



Contribution à l'étude de la propriété littéraire et artistique à partir d'Internet

Valentin Monnier

► To cite this version:

Valentin Monnier. Contribution à l'étude de la propriété littéraire et artistique à partir d'Internet. Droit. Université de Montpellier, 2022. Français. ⟨NNT : 2022UMOND020⟩. ⟨tel-04076065⟩

HAL Id: tel-04076065

<https://theses.hal.science/tel-04076065v1>

Submitted on 20 Apr 2023

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

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



HAL Authorization

**THÈSE POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR
DE L'UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER**

En droit privé et sciences criminelles

École doctorale Droit et science politique

Unité de recherche UM207 (Laboratoire de droit privé)

**CONTRIBUTION À L'ÉTUDE DE LA
PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE
À PARTIR D'INTERNET**

Présentée par Valentin MONNIER

Le 25 novembre 2022

Sous la direction de Madame le Professeur Christine HUGON

Devant le jury composé de

M. Christophe ALBIGES, Professeur des Universités, Université de Montpellier
M. Jean-Michel BRUGUIÈRE, Professeur des Universités, Université Grenoble Alpes
M. Christophe GEIGER, Professeur des Universités, Université Luiss Guido Carli
Mme Christine HUGON, Professeur des Universités, Université de Montpellier
M. Thierry REVET, Professeur des Universités, Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Examineur
Rapporteur
Rapporteur
Directrice
Président



**UNIVERSITÉ
DE MONTPELLIER**

Remerciements

Je souhaite tout d'abord adresser de sincères remerciements à mes relecteurs Irina Amariței, Manon Aude, Émilie Besson, Noël Boy, Philomène Calvez, Laurent Chabaud, Adrien Dousson, Kévin Favre, Priscille Fillol, Johanna Fondeville, Thomas Hugon, Adrien Hurtado, Léa Massé, Samuel Parard, Marion Pasquier, Camille Rolls, Maélys Saingra et Agathe Salines. Merci pour votre disponibilité et l'intérêt que vous avez porté à l'égard de cette thèse.

Mes remerciements sont également adressés aux doctorants du Laboratoire de droit privé et de l'Institut de Droit européen et des droits de l'Homme. Grâce à vous, ce travail n'aura pas été aussi solitaire qu'il aurait pu l'être, votre présence rendant le fardeau moins lourd à porter. Merci également pour votre écoute et nos échanges souvent fructueux.

Je souhaite, en outre, faire part de ma gratitude à Monsieur le Professeur Louis-Frédéric Pignarre et à Madame le Professeur Fanny Tarlet pour leur engagement au sein de l'école doctorale. Grâce à votre investissement et aux nombreuses formations proposées au cours de ces années, vous avez permis à nombre d'entre nous de mieux appréhender les exigences inhérentes à la recherche en Droit. Merci pour votre accompagnement, et merci également à Mesdames Sophie Segui et Iwona Brousse pour leur travail indispensable au fonctionnement et à la vie de l'école doctorale dont elles constituent le cœur battant.

Merci encore à tous ceux qui m'ont soutenu au cours de ces années, parmi lesquels mes amis et les membres de ma famille. Vos encouragements et votre confiance dans ce projet ont été déterminants et m'ont permis de tenir la distance.

Enfin, et surtout, mes plus vifs remerciements sont destinés à Madame le Professeur Christine Hugon pour l'encadrement qu'elle a assuré durant ces six années. Je ne peux qu'exprimer ma gratitude pour la liberté que vous m'avez accordée dans l'expression de mes idées, si éloignées des vôtres soient-elles parfois. Je vous suis également reconnaissant pour la contradiction dont vous avez fait montre, permettant une grande maturation de mes idées et arguments. Ma gratitude est d'autant plus forte lorsque je songe à l'ensemble des inspirations que vous avez su m'insuffler au détour de nos échanges. Pour toutes ces raisons, permettez-moi de vous dire, simplement, merci Madame le Professeur.

Sommaire

Introduction.....	1
PARTIE I : L'inadaptation du modèle propriétaire à la réservation des œuvres de l'esprit	27
Titre I : L'inadéquation flagrante de la propriété aux enjeux numériques	31
Chapitre I : La propriété littéraire et artistique fragilisée par la nature d'Internet	33
Section I : L'accès à l'œuvre favorisé par l'encadrement d'Internet	34
Section II : La contrefaçon de l'œuvre favorisée par l'anonymat sur Internet.....	53
Chapitre II : La propriété littéraire et artistique fragilisée par la nature des usages numériques	79
Section I : Une réservation propriétaire de l'œuvre inadaptée aux pratiques des internautes	80
Section II : Une réservation propriétaire de l'œuvre inflexible face aux pratiques des internautes	116
Titre II : L'inadéquation manifeste de la propriété aux droits fondamentaux de l'auteur et de l'utilisateur	153
Chapitre I : La quête de droits fondamentaux culturels de l'auteur et de l'utilisateur...	155
Section I : La recherche préliminaire de prérogatives attachées à l'auteur et l'utilisateur	156
Section II : La recherche impérative d'équilibre entre droits fondamentaux de l'auteur et de l'utilisateur.....	200
Chapitre II : L'implication de droits fondamentaux culturels de l'auteur et de l'utilisateur	225
Section I : L'ébranlement du pouvoir d'exclure de l'auteur	226
Section II : Le bouleversement du droit de la propriété littéraire et artistique.....	261

PARTIE II : Le dépassement du modèle propriétaire dans la réservation des œuvres de l'esprit.....299

Titre I : Détermination du contenu des droits littéraires et artistiques 303

Chapitre I : Identification préliminaire des utilités du bien au profit du propriétaire et des tiers 305

Section I : Appréhension extensive de la nature des utilités 306

Section II : Appréhension ciblée de la nomenclature des utilités..... 333

Chapitre II : Distribution consécutive des utilités de l'œuvre au profit de l'auteur et de l'utilisateur 363

Section I : Affectation de droits sur l'œuvre en faveur de l'utilisateur 364

Section II : Pérennisation de droits sur l'œuvre en faveur de l'auteur 401

Titre II : Détermination des limites aux droits littéraires et artistiques 455

Chapitre I : Délimitation substantielle des droits littéraires et artistiques..... 457

Section I : L'articulation des droits littéraires et artistiques autour de la technique du contrôle de proportionnalité 458

Section II : L'adaptation des exceptions aux droits patrimoniaux de l'auteur 503

Chapitre II : Délimitation temporelle des droits de l'auteur 527

Section I : Inadaptation de l'étendue temporelle du monopole d'exploitation du créateur 528

Section II : Raccourcissement de l'étendue temporelle des droits du créateur 548

Conclusion générale.....585

Propositions de textes 591

Bibliographie sélective.....595

I- Traités, manuels et ouvrages généraux 595

II- Thèses et ouvrages spéciaux 599

III- Ouvrages collectifs 607

IV- Articles et chroniques..... 611

V- Jurisprudence citée et notes jurisprudentielles 626

Index alphabétique 639

Table des matières 645

Principales abréviations

act. : actualité

ADPIC : Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce

AJDA : Actualité juridique de droit administratif

AJDI : Actualité juridique de droit immobilier

AJ pénal : Actualité juridique pénal

aff. : affaire

al. : alinéa

ARCOM : Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique

art. : article

avr. : avril

Bull. : Publié au bulletin de la Cour de cassation

Bull. ass. plén. : Bulletin des arrêts de l'assemblée plénière de la Cour de cassation

c/ : contre

CA : Cour d'appel

Cass. ass. plén. : Assemblée plénière de la Cour de cassation

Cass. ch. mixte : Chambre mixte de la Cour de cassation

Cass. ch. requ. : Chambre des requêtes de la Cour de cassation

Cass. civ. 1^{ère} : Première chambre civile de la Cour de cassation

Cass. civ. 2^{ème} : Deuxième chambre civile de la Cour de cassation

Cass. civ. 3^{ème} : Troisième chambre civile de la Cour de cassation

Cass. crim. : Chambre criminelle de la Cour de cassation

Cass. soc. : Chambre sociale de la Cour de cassation

C. civ. : Code civil

C. com. : Code de commerce

CE : Conseil d'État

CEDH : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales

cf. : confer

chron. : Chronique

CJCE : Cour de justice des communautés européennes (avant 2008)

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne (depuis 2008)

coll : collection

comm. : commentaire

CCE : Revue communication, commerce électronique

concl. : conclusions

cons. : considérant

Cons. const. : Conseil constitutionnel

contra : à l'opposé

Cour EDH : Cour européenne des droits de l'Homme

C. pénal : Code pénal

CPI : Code de la propriété intellectuelle

CSA : Conseil supérieur de l'audiovisuel

CSPLA : Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique

D. : Dalloz, Recueil Dalloz-Sirey

DADVSI : Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information

Dalloz IP/IT : Revue Dalloz propriété intellectuelle et nouvelles technologies

DDHC : Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen

déc. : décembre

dir. : sous la direction de

doctr. : doctrine

Dr. et patr. : Revue Droit et patrimoine

DRM : *Digital rights management*, mesures techniques de protection

DUDH : Déclaration universelle des droits de l'Homme

éd. : édition

ét. : étude

févr. : février

Gaz. Pal. : Gazette du palais

gr. ch. : grande chambre

HADOPI : Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet

ibid : *ibidem*

ibidem : au même endroit

in : dans

infra : en aval dans le texte

IRPI : Institut de recherche en propriété intellectuelle

janv. : janvier

JCP E : Jurisclasseur périodique édition entreprise et affaires

JCP G : Jurisclasseur périodique édition générale

JCP N : Jurisclasseur périodique édition notariale et immobilière

JO : Journal officiel

JPLA : Juris-Classeur Propriété littéraire et artistique

juill. : juillet

LEPI : Revue l'essentiel du droit de la propriété intellectuelle

n° : numéro

nov. : novembre

obs. : observations

oct. : octobre

OMPI : Organisation mondiale de la propriété intellectuelle

op. cit. : *opere citato*, précédemment cité (au cours des dix dernières pages au sein du chapitre courant)

p. : page

PIDCP : Pacte international relatif aux droits civils et politiques

PIDESC : Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

Prop. intell. : Revue Propriétés intellectuelles

PUAM : Presses universitaires d'Aix-Marseille

PUF : Presses universitaires de France

RCDIP : Revue critique de droit international privé

RDI : Revue droit de l'immobilier Dalloz

RDPI : Revue du droit de la propriété intellectuelle

RFDA : Revue française de droit administratif

RIDA : Revue internationale du Droit d'auteur

RJC : Revue de jurisprudence commerciale

RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires

RLDI : Revue Lamy Droit de l'immatériel

RSC : Revue de science criminelle et de droit pénal comparé

RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil

RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial

RTD eur. : Revue trimestrielle de droit européen

s. : et suivants

sept. : septembre

SPRD : Société de perception et de répartition des droits

ss. : sous

supra : en amont dans le texte

t. : tome

TGI : Tribunal de grande instance

trad. : traduction

TJ : Tribunal judiciaire

UE : Union européenne

V. : voir

V. ég. : voir également

vol. : volume

VPN : *Virtual private network*, Réseau privé virtuel

Introduction

« La pensée est, par essence, inappropriable ; la faculté de copier et de reproduire la pensée ne l'est pas moins »¹.

1. **De l'évidence de la propriété.** Les droits relatifs à l'œuvre de l'esprit font, depuis l'époque révolutionnaire, l'objet d'une réservation propriétaire. Jugés appropriables, ils n'ont depuis jamais cessé d'être envisagés comme les composantes d'une propriété incorporelle. Toutefois, l'avènement d'Internet, provoquant la diffusion irrésistible des créations à travers les réseaux numériques, conduit à remettre en doute l'appropriabilité de l'œuvre de l'esprit. Pour autant, la propriété, en tant que technique de réservation des biens, peut-elle seulement être remise en cause ? La question peut tout d'abord se poser au sujet de la propriété civiliste, reconnue comme un véritable droit naturel, voire en tant que droit de l'Homme². Comme le déclarait Bastiat « la Propriété est un droit antérieur à la loi, puisque la loi n'aurait pour objet que de garantir la Propriété »³. Cette technique de réservation, envisagée comme immanente à toute société humaine, serait donc incontestable et irremplaçable. Pourtant, la propriété a toujours fait, dans son principe même, l'objet de critiques acerbes. Il n'est que de citer Proudhon qui s'indignait en affirmant que « la propriété c'est le vol »⁴.

¹ A-C. RENOUEAU, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, éd. Jules Renouard, 1838, vol. 1, p. 454.

² Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, art. 2.

³ F. BASTIAT, « Propriété et loi », *Journal des économistes*, 1848, vol. 20, p. 177.

⁴ P.-J. PROUDHON, *Qu'est-ce que la propriété ? ou recherches sur le principe du droit et du gouvernement*, La librairie de Prévot, Paris, 1840.

Effectivement, la propriété, dont l'effet consiste notamment en l'exclusion d'autrui du bien et de ses utilités, a souvent été considérée comme un obstacle à un juste partage des richesses. Toutefois, les détracteurs de la propriété ne sont pas parvenus à convaincre de l'inopportunité de cette technique de réservation, de sorte que celle-ci règne sans conteste ou peu s'en faut. En droit civil, la propriété constitue aujourd'hui une évidence.

2. **De l'évidence de la propriété littéraire et artistique.** Au-delà du droit civil, la propriété s'est étendue à d'autres objets et d'autres matières, parmi lesquelles le droit de la propriété intellectuelle. Au sein de cette spécialité, la propriété devient un véritable truisme puisqu'elle intègre l'intitulé même de la discipline. Le constat est d'autant plus prégnant au sein de la propriété littéraire et artistique, fortement sous-tendue par une approche jusnaturaliste en droit français⁵. C'est cette conception particulière de la matière qui faisait dire à Le Chapelier que la propriété littéraire est « la plus sacrée, la plus légitime et la plus inattaquable des propriétés »⁶. Ainsi, l'auteur étant l'unique créateur de son bien, personne ne mériterait plus que lui d'obtenir la réservation de la quasi-totalité des utilités de l'œuvre. Or, quel moyen plus efficace que la propriété afin d'assurer une réservation d'une si large portée ? Bien que ce mode de réservation ait fait l'objet d'une contestation non négligeable au cours du XIX^{ème} siècle, il faut bien constater qu'il s'est imposé depuis comme un authentique paradigme. En matière littéraire et artistique, la propriété constitue aujourd'hui une évidence.

3. **Du bouleversement de la propriété littéraire et artistique à l'ère numérique.** Le droit de la propriété littéraire et artistique, confronté à plusieurs défis notamment liés à l'émergence de nouvelles technologies, a toujours su s'adapter et intégrer de nouvelles dispositions sans altérer son esprit. De la fin des années soixante jusqu'à l'aurore du XXI^{ème} siècle, Internet, nouvel outil de diffusion, a progressivement créé des opportunités tant techniques qu'économiques et suscité des questionnements en lien avec le droit de la création immatérielle. Ce réseau semblait initialement se présenter comme un simple médium, faisant suite à la presse ou à la radiodiffusion. Néanmoins, à l'approche de l'an 2000, les applications offertes par Internet se sont rapidement développées. Devenu « web 2.0 » puis « web 3.0 », Internet permet aujourd'hui non seulement la réception de contenus numériques,

⁵ LUCAS (A.), LUCAS (H-J.) et LUCAS-SCHLOETTER (A.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 2017, 5^{ème} éd., p. 41 : « Que le droit d'auteur français soit centré sur la personne de l'auteur, dans la ligne jusnaturaliste des lois révolutionnaires, ne saurait, selon nous, prêter à discussion ».

⁶ I. LE CHAPELIER, « Rapport sur la pétition des auteurs dramatiques », séance du 13 janv. 1791, p. 16 : « La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et si je puis parler ainsi, la plus personnelle de toutes les propriétés, est l'ouvrage, fruit de la pensée d'un écrivain ; cependant c'est une propriété d'un genre tout différent des autres propriétés ».

mais également la diffusion à très grande échelle d'informations numérisées. Partant, les œuvres de l'esprit se trouvent échangées entre internautes de façon presque instantanée, sans que la distance ne vienne entraver ce processus. Un tel fait, inédit, a conduit à la contrefaçon massive d'œuvres de l'esprit, notamment concernant les phonogrammes et vidéogrammes. Ce phénomène n'a aujourd'hui toujours pas été endigué. La réservation propriétaire de l'œuvre, proclamant pourtant un rapport d'exclusivité entre l'auteur et sa création, se révèle impuissante à juguler cette hémorragie. En matière littéraire et artistique, la propriété se trouve aujourd'hui bouleversée.

4. Remise en question de la propriété littéraire et artistique à partir d'Internet. Face à l'émergence de nouvelles pratiques et de nouveaux acteurs, le droit de la propriété littéraire et artistique se trouve remis en question. De nombreuses interrogations se posent au regard de la crise que traverse actuellement – et depuis trop longtemps déjà – le droit d'auteur. Le droit de la propriété littéraire et artistique est-il toujours adapté face aux usages induits par Internet ? Ce réseau ne vient-il pas mettre en lumière le profond déséquilibre résultant d'une réservation exclusive de l'œuvre ? L'idée même d'une propriété sur les créations littéraires et artistiques est-elle encore justifiée et souhaitable au regard des enjeux numériques ? D'une part, ces questions pourraient sembler peu légitimes au regard de l'histoire du droit de la création immatérielle. En effet, le droit exclusif reconnu à l'auteur a su s'accommoder de l'imprimerie, du télégraphe ou de la télédiffusion. Mieux encore, la réservation propriétaire de l'œuvre semble s'être progressivement construite autour de ces évolutions technologiques, de sorte qu'Internet ne serait qu'une nouvelle étape dans l'élaboration de la matière⁷. D'autre part, les questions évoquées en amont apparaissent particulièrement sérieuses lorsque sont prises en compte les spécificités d'Internet ; médium permettant l'échange instantané des œuvres, de manière parfois difficilement traçable et sans coût de reproduction, Internet est à même de distendre le rapport d'exclusivité liant l'auteur à l'œuvre. Ainsi, en vue de démontrer l'intérêt de notre réflexion, nous reviendrons sur l'essor progressif de la réservation propriétaire de l'œuvre à l'aune de la technique (§1), avant de mettre en évidence le déclin soudain de la réservation propriétaire de l'œuvre sous l'impulsion d'Internet (§2).

⁷ B. GLEIZE et A. MAFFRE-BAUGÉ, « Le numérique, continuité et renouveau de la propriété intellectuelle » in B. GLEIZE et A. MAFFRE-BAUGÉ, *La propriété intellectuelle renouvelée par le numérique*, Dalloz, 2020, p. 4 : « Il nous semble qu'il n'y a ni vraiment continuité, ni véritablement révolution, mais qu'entre ces deux extrêmes, le curseur penche plutôt en faveur du renouveau ».

§1- L'essor progressif de la réservation propriétaire de l'œuvre à l'aune de la technique

5. **Versatilité du droit de la propriété littéraire et artistique.** Le droit de la création immatérielle est loin d'être demeuré immuable à travers l'histoire. Au fur et à mesure des évolutions techniques, l'adaptation des droits de l'auteur a été rendue nécessaire pour capter de nouvelles utilités ou protéger le créateur de nouvelles atteintes. Cette mutation du contenu de la matière ne s'est cependant pas accompagnée d'une mutation de son esprit, le droit de la création immatérielle n'ayant pas fait l'objet d'une dénaturation depuis son élaboration. Conçu comme une propriété dès la période révolutionnaire, le lien unissant le créateur à l'œuvre n'a cessé de se préciser, se construisant systématiquement dans un rapport d'exclusivité. Aujourd'hui, il apparaît donc rationnel que le législateur tente de prolonger cette réservation propriétaire dans la sphère numérique. En effet, si l'œuvre peut être efficacement réservée et protégée sur le réseau des réseaux, rien ne devrait imposer un infléchissement du droit de la propriété littéraire et artistique. Dès lors, dans le cadre de notre démonstration, nous mettrons en lumière l'élaboration du paradigme propriétaire à partir des évolutions technologiques (I), avant d'insister sur la volonté de perpétuation du paradigme propriétaire en présence d'Internet (II).

I- L'élaboration du paradigme propriétaire à partir des évolutions technologiques

6. **L'avant-propriété du droit de la création immatérielle.** Lorsqu'est étudiée l'histoire de la propriété littéraire et artistique, il apparaît rapidement que la notion même de « propriété » n'est que très récente. Toutefois, la protection de l'auteur étant également relativement nouvelle, la période durant laquelle le droit de la création immatérielle ne recourait pas à la propriété fut brève. Les premières manifestations d'une protection spécifique aux droits patrimoniaux ne sont pas à trouver en France, mais à Venise. En 1469, ce qui était alors une République concéda un privilège d'édition pour cinq années à l'éditeur Johann von Speyer afin qu'il démocratise l'usage de l'imprimerie dans la ville⁸. Il s'agissait toutefois d'un privilège personnel et non d'un véritable système de protection à grande échelle. De manière générale, y compris en France, la protection de l'auteur et des libraires était initialement assurée par l'octroi

⁸ F. BENHAMOU et J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright*, La Découverte, 2007, p. 19.

de privilèges dès la fin du XV^{ème} siècle. À cette époque, ce sont la plupart du temps les exploitants qui obtiennent un tel privilège, titre particulièrement précaire puisque révocable à tout instant par le souverain l'ayant délivré. En 1777, alors que la première société de perception et de redistribution des droits est créée par Beaumarchais, un arrêt du Conseil du Roi⁹ vient systématiser la mise en place de privilèges pour l'exploitation des œuvres littéraires et encadrer la durée desdits privilèges¹⁰. La France est alors, sur ce plan, en retard vis-à-vis de l'Angleterre qui, dès 1709, avait promulgué le *Statute of Anne*, premier texte régissant le *copyright*. Par ce texte, était créé un droit exclusif sur les œuvres littéraires en matière de vente et d'impression au profit de l'auteur ou du propriétaire de l'œuvre¹¹. Ici, et il s'agit d'un élément majeur, la mise en place de l'exclusivité était directement motivée par l'usage de plus en plus intensif de l'imprimerie qui conduisait à une paupérisation de certains auteurs¹². Ainsi, bien que l'imprimerie existait déjà depuis plusieurs siècles, c'est sa démocratisation qui a fatalement entraîné la reconnaissance d'un rapport d'exclusivité entre l'auteur et son œuvre.

7. **Avènement de la propriété littéraire et artistique.** Afin de voir triompher la propriété littéraire et artistique, il sera nécessaire d'attendre l'abolition des privilèges et les lois révolutionnaires des 13-19 janvier 1791 et 19-24 juillet 1793. Celles-ci sont, en effet, les premières à reconnaître un pouvoir discrétionnaire de l'auteur concernant l'exploitation des œuvres théâtrales¹³ et œuvres littéraires, musicales et picturales¹⁴ grâce à Le Chapelier et Lakanal. À cette époque, la distinction entre droit d'auteur et *copyright* est encore tenue¹⁵,

⁹ Arrêt du Conseil du Roi du 30 août 1777 portant règlement sur la durée des privilèges en librairie, témoignant pour la première fois à l'auteur une attention particulière : « 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 au montant de ses avances et à l'importance de son entreprise ».

¹⁰ *Ibidem*, art. III et IV : « Les privilèges qui seront accordés à l'avenir, pour imprimer des livres nouveaux, ne pourront être d'une moindre durée que de dix années. Ceux qui auront obtenu des privilèges en jouiront non seulement pendant tout le temps qui y sera porté, mais encore pendant la vie des auteurs, en cas que ceux-ci survivent à l'expiration des privilèges ».

¹¹ *Statute of Anne*, 5 avr. 1709, XI.

¹² *Ibidem* : « whereas printers, booksellers, and other persons have a late frequently taken the liberty of printing, reprinting, and publishing, or causing to be printed, reprinted or published, books and other writings, without the consent of the authors or proprietors of such books and writings, to their very great detriment, and too often to the ruin of them and their families ».

¹³ Loi du 13 janv. 1791 relative aux théâtres et au droit de représentation et d'exécution des œuvres dramatiques et musicales, art. 3 : « Les ouvrages des auteurs vivants ne pourront être représentés sur aucun théâtre public, dans toute l'étendue de la France, sans le consentement formel et par écrit des auteurs, sous peine de confiscation du produit total des représentations au profit des auteurs ».

¹⁴ Loi du 19 juill. 1793 relative à la propriété littéraire et artistique, art. 1 : « Les auteurs d'écrits en tout genre, les compositeurs de musique, les peintres et dessinateurs qui feront graver 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 en partie ».

¹⁵ A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2010, 3^{ème} éd., p. 7 : « Il est indéniable que le droit français n'a en 1791 fait que copier le Statut d'Anne anglais ».

le droit de la propriété littéraire et artistique s'intéressant, à l'origine, essentiellement à l'exploitation de l'œuvre. Cette obsession pour la reproduction de l'œuvre et la vente de supports physiques met une nouvelle fois en exergue le rôle déclencheur de l'imprimerie dans la reconnaissance du droit exclusif unissant l'auteur à sa création. Il est certain qu'en l'absence d'un tel moyen technique, permettant une large diffusion des œuvres, jamais un tel droit de propriété n'aurait vu le jour. Dès lors, à compter de sa naissance, la propriété littéraire et artistique va connaître une montée en puissance¹⁶ consubstantielle au développement des technologies de reproduction et de représentation. C'est donc à partir de droits essentiellement économiques que la propriété littéraire et artistique va se construire, l'émergence de droits moraux, intégrant la propriété, n'intervenant qu'ultérieurement à travers la jurisprudence du XIX^{ème} siècle¹⁷.

8. **Contestation éphémère d'un recours à la réservation propriétaire.** Si le recours à la propriété s'est imposé dès la Révolution française, un tel choix n'a cependant pas manqué de susciter les critiques. Renouard constitue ainsi le principal représentant d'un mouvement ayant procédé à une contestation farouche du recours à la technique propriétaire en droit de la création immatérielle. Renvoyant à la nature immatérielle des œuvres, il indiquait notamment que « la pensée est, par son essence, inappropriable ; la faculté de copier et de reproduire la pensée ne l'est pas moins »¹⁸. L'auteur invitait par là même à oublier tout rapport d'exclusivité entre le créateur et son œuvre, la propriété constituant à son sens un mode de réservation inadapté aux spécificités des créations issues du génie humain. Était alors envisagée la mise en œuvre d'un simple droit à rémunération au profit de l'auteur en lieu et place du droit de propriété¹⁹. Néanmoins, ce mouvement contestataire baissa en intensité au point où la réservation propriétaire de l'œuvre ne fit plus l'objet de profondes remises en cause.

9. **Ancrage de la propriété en droit de la création immatérielle.** L'histoire récente du droit d'auteur est largement marquée par la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique qui, supplantant les lois révolutionnaires, confirme l'emprise de l'exclusivisme sur la matière²⁰. La loi du 3 juillet 1985 vient, quant à elle, mettre en place des

¹⁶ L. MARINO, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013, p. 27.

¹⁷ Sur le droit de paternité : T. civ. Seine, 17 août 1814, cité par A-C. RENOARD, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, éd. Jules Renouard, 1838, vol. 2, p. 332 ; sur le droit de divulgation : CA Paris, 11 janv. 1828, *Vergne*.

¹⁸ A-C. RENOARD, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, op. cit., p. 454.

¹⁹ *Ibidem*, p. 52 : « S'installe progressivement l'idée que le droit exclusif n'est pas le seul modèle possible. Et en effet, l'idée est souvent émise de transformer le droit exclusif en droit à rémunération ».

²⁰ Loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, art. 21 : « L'auteur jouit, sa vie durant, du droit exclusif d'exploiter son œuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire ».

droits voisins du droit d'auteur, de même qu'un régime spécifique au profit de certaines créations issues des nouvelles technologies : les logiciels²¹. Le droit de la propriété littéraire et artistique est ensuite très rapidement codifié à droit constant par une loi du 1^{er} juillet 1992. Toutes ces évolutions ont été, au moins en partie, motivées par les évolutions technologiques²² permettant notamment la création d'œuvres audiovisuelles ou informatiques et assurant la diffusion toujours plus rapide de l'ensemble des créations. Loin d'adopter une philosophie parfaitement utilitariste²³, le droit de la création immatérielle a toujours été caractérisé par une approche jusnaturaliste, combinée à une vision personnaliste. Ainsi, bien que le droit de la propriété littéraire et artistique ait souvent été confronté à de nouveaux enjeux techniques²⁴, ces derniers, loin de remettre en cause le paradigme propriétaire, ont pleinement accompagné son élaboration.

II- La volonté de perpétuation du paradigme propriétaire en présence d'Internet

10. **Internet, nouveau médium.** À l'aube du XXI^{ème} siècle, la démocratisation d'un mode de communication inédit faisait entrer le monde des médias dans une nouvelle ère. Permettant la mise en réseau de nombreux appareils informatiques et la communication de données à l'autre bout du monde, Internet représentait un nouvel enjeu pour le droit de la propriété littéraire et artistique. De fait, le réseau a bouleversé la manière d'appréhender l'œuvre de l'esprit. Souvent qualifiée de bien culturel²⁵, voire comparée à un bien de consommation, la création ne s'est jamais trouvée autant marquée par l'accessibilité. Dans ce contexte, l'immobilisme du législateur aurait nécessairement conduit à d'importantes atteintes aux droits de l'auteur. Encore une fois, l'évolution de la technique allait inviter à une adaptation de la matière en vue d'assurer une protection satisfaisante de l'œuvre et, à travers elle, de l'auteur.

²¹ Loi du 3 juill. 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle, titres II et V.

²² B. GLEIZE et A. MAFFRE-BAUGÉ, « Le numérique, continuité et renouveau de la propriété intellectuelle » *op. cit.*, p. 8 : « La propriété intellectuelle se nourrit des évolutions technologiques. A leur contact, elle se transforme et se redessine ».

²³ A. LUCAS, H-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, p. 41 : « Les justifications utilitaristes n'ont pas pesé lourd en France. Jamais le législateur ne s'y est ouvertement référé ».

²⁴ L. MARINO, *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 28.

²⁵ G. VERCKEN, « Vers un marché de l'occasion des biens culturels numériques ? » *Légipresse*, 2013, n° 303, p. 146 à 151 ; V. é.g. J. FARCHY, C. MÉADEL et G. SIRE, *La gratuité, à quel prix ? Circulation et échange de biens culturels sur Internet*, Presses des mines, 2015.

11. **Adaptation apparente du droit de la création immatérielle à Internet.**

Le droit de la propriété littéraire et artistique n'a pas tardé à répondre aux enjeux posés par Internet. Avant même son adaptation, la généralité de ses dispositions permettait déjà de reconnaître des droits au profit des auteurs d'œuvres numériques ou numérisées²⁶. Pour garantir le respect de ces droits face à la contrefaçon des œuvres de l'esprit sur Internet, les lois HADOPI I et II de 2009 ont mis en place une autorité administrative indépendante chargée d'une réponse graduée contre le téléchargement illicite. De nombreuses adaptations sont également intervenues à l'initiative de l'Union européenne, notamment à travers la directive DADSVI de 2001²⁷ ou, plus récemment, la directive du Parlement européen sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique de 2019²⁸. L'émergence d'Internet a donc justifié la création de nouveaux droits voisins, au profit des éditeurs et agences de presse notamment²⁹, et de mécanismes d'urgence inédits comme en matière de *streaming* sportif³⁰. Au regard de ces multiples interventions, la réservation propriétaire semble efficacement préservée et rien n'apparaît susceptible, *a priori*, d'entraîner sa remise en cause. La volonté de perpétuation du paradigme propriétaire s'avère donc réelle et fructueuse au regard de l'ensemble de ces éléments. Dès lors, à quoi bon songer à une remise en question du système propriétaire du fait de l'émergence d'un simple outil technique³¹ ? Ainsi, au regard de l'ensemble de ces éléments, le droit de la création immatérielle fournit l'impression d'une parfaite adaptation à Internet et aux différents enjeux numériques.

12. **Internet, médium singulier.** Les différentes évolutions techniques évoquées jusqu'ici ont pour trait commun de décupler les facultés de copie et de diffusion de l'œuvre. L'imprimerie, le phonographe, le cinématographe, la photographie, la radiodiffusion et la télédiffusion, en plus de permettre l'émergence de nouvelles créations, ont participé à la communication de plus en plus rapide et massive de l'ensemble des œuvres de l'esprit. L'adaptation du droit de la création immatérielle à chaque bond technologique est alors

²⁶ P. GAUDRAT, « Les modèles d'exploitation du droit d'auteur », *RTD com.*, 2009, p. 323 : « Une œuvre littéraire et artistique simplement numérisée reste soumise en tout au droit d'auteur classique et à son mode naturel d'exploitation ».

²⁷ Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

²⁸ Directive 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique.

²⁹ CPI, art. L. 218-1 et s.

³⁰ Code du sport, art. L. 333-10.

³¹ A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 49 : « sans doute faut-il se garder de céder au vertige de la modernité. Après tout, le droit de la propriété littéraire et artistique a bien su s'adapter à la photographie, au phonographe, au cinéma, à la radio, à la télévision, au câble et au satellite ».

impérative à double titre. D'une part, la technique rend l'œuvre vulnérable car plus susceptible d'atteintes. D'autre part, la technologie représente une aubaine dans le cadre de l'exploitation de la création. Au regard de ces deux enjeux, Internet semble se singulariser de la masse des autres moyens de communication tant il exacerbe les opportunités et les risques portant sur l'œuvre. Le réseau numérique a en effet presque aboli les frontières, aboli le temps et aboli la matière en rendant le support bien souvent dispensable. De plus, Internet, loin de n'être qu'un outil de réception des informations et créations, est un véritable outil de communication tous azimuts, caractéristique inédite au sein de la famille des médias. En réalité, loin de constituer un énième médium aisément domptable, le réseau des réseaux pourrait inviter à un bouleversement profond du droit de la propriété littéraire et artistique³², enrayant par là même la volonté de perpétuation du paradigme propriétaire.

13. Participation à l'analyse du système propriétaire. Avant de déterminer si Internet peut véritablement constituer un outil de nature à remettre profondément en cause le droit de la propriété littéraire et artistique, il nous revient de définir avec précision les termes de notre sujet d'étude. L'analyse ici menée est présentée en tant que « contribution », marquant notre volonté de prendre part à une construction d'ensemble, celle du droit de la création immatérielle. Cette contribution porte sur « l'étude » du droit de la propriété littéraire et artistique, manière de révéler notre intention d'analyser ce qu'est le droit de la propriété littéraire et artistique, sans pour autant exclure une réflexion sur ce que pourrait être cette matière. La « propriété », quant à elle, s'avère centrale dans la recherche ici entreprise, car s'inscrivant au fondement même du droit de la création immatérielle. Néanmoins, envisagée de manière générale, la propriété peut renvoyer à une caractéristique singulière, un trait unique, personnel³³. Dans ce contexte, il n'est guère surprenant que la propriété, au sens juridique, implique une « relation exclusive entre une personne et une chose »³⁴. En effet, sa principale incidence consiste en la réservation de la quasi-totalité des utilités d'une chose au profit d'un

³² J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « L'internet ou l'illusion libertaire » in P. SIMLER (offert à), *Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, Dalloz et LexisNexis, 2006, p. 810 : « Le droit d'auteur s'est déjà adapté aux précédents changements technologiques : radio, télévision, cinéma, etc. La prochaine étape pourrait cependant entraîner une mutation plus fondamentale » ; V. ég. N. MIKAELIAN, *La mutation des droits d'auteur dans l'environnement numérique : l'émergence d'un droit d'accès*, Thèse, Nice, dir. G. GOURDET, 2004, p. 7.

³³ A-C. RENOARD, *Du droit industriel dans ses rapports avec les principes du droit civil sur les personnes et sur les choses*, éd. Guillaumin, 1860, p. 225 : « Propriété, dans sa signification première, origine des autres emplois de ce mot, s'entend de ce qui, inhérent et essentiel à un être animé, à une chose, à une conception de l'esprit, les distingue de toute autre personne, de toute autre chose, de toute autre idée ».

³⁴ N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innomés*, Thèse, Paris II, dir. P-Y. GAUTIER, Dalloz, 2010, p. 244.

seul, ce dernier pouvant exclure les tiers du bien³⁵. En un sens, comme le note Monsieur le Professeur Mikhaïl Xifaras, la propriété consiste en « l'expression juridique de l'avoir »³⁶. La captation des utilités de l'œuvre au profit d'un propriétaire s'est donc, à compter de la période révolutionnaire, imposée en droit civil, faisant de la propriété l'« instrument fondamental de l'action juridique » du sujet de droit³⁷. Ainsi, l'émergence de nouveaux biens a été l'occasion d'une extension du paradigme propriétaire au sein de nouvelles frontières et, particulièrement, en droit de la création immatérielle³⁸.

14. Contribution à l'étude de la propriété littéraire et artistique. Si notre étude conduira nécessairement à envisager une analyse de la réservation propriétaire de manière générale, notre principal centre d'intérêt demeurera la propriété littéraire et artistique. Cette matière n'est autre que l'une des composantes de la matière plus vaste qu'est la propriété intellectuelle, discipline marquée jusque dans son esprit par la réservation propriétaire³⁹. S'agissant de l'expression « propriété littéraire et artistique », celle-ci se trouve généralement employée pour désigner « le monopole temporaire d'exploitation pécuniaire appartenant à l'artiste ou à l'écrivain sur son œuvre et aussi, dans un sens plus large, l'ensemble des droits patrimoniaux ou non, reconnus au créateur d'une œuvre de l'esprit »⁴⁰. La notion peut toutefois être étendue pour désigner à la fois les droits patrimoniaux et moraux de l'auteur, mais encore les droits voisins, dispositions relatives aux exceptions aux droits de l'auteur et autres dispositions particulières qui intègrent la première partie du Code de la propriété intellectuelle (CPI). C'est cette définition que nous faisons le choix de retenir pour désigner la propriété littéraire et artistique.

15. La propriété littéraire et artistique, matière et outil de réservation. Néanmoins, au regard de la nature même de notre analyse, une précision d'importance doit être

³⁵ T. REVET, « La propriété de la personnalité », *Gaz. Pal.*, 2007, n° 139, p. 49 : « Le droit de propriété, c'est le pouvoir exclusif, ce par quoi une personne se réserve l'exclusivité d'une chose. L'exclusivité d'une chose est acquise par un pouvoir spécifique et unique, le *jus excluendi alios* : le pouvoir de repousser quiconque ».

³⁶ M. XIFARAS, *La propriété : étude de philosophie du droit*, Thèse, Besançon, dir. R. DAMIEN, PUF, 2004, p. 479.

³⁷ T. REVET, « À propos de l'article de Bernard Beignier "Pour un nouveau code civil" », *D.*, 2019, p. 1011.

³⁸ R. CABRILLAC, « Rapport introductif » in V. MALABAT et A. ZABALZA, *La propriété au XIXème siècle : un modèle ancestral toujours adapté aux grands enjeux de notre environnement ?*, Dalloz, 2021, p. 2 : « Le schéma classique du droit de propriété jouit ainsi en ce début de XXIème siècle d'une éclatante vitalité. Le droit de propriété a même su déborder le périmètre traditionnel qui était le sien pour servir de matrice aux "propriétés" intellectuelles, industrielles ou commerciales ».

³⁹ L. MARINO, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 201 *op. cit.*, p. 16 : « propriété incorporelle qui permet à son titulaire d'exploiter en exclusivité certains biens immatériels créés par l'esprit, mais aussi d'interdire leur usage ou leur exploitation par autrui ».

⁴⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2022, 14^{ème} éd., V. Propriété

apportée. La propriété littéraire et artistique peut en effet revêtir deux sens proches mais différents que nous ne saurions ici confondre. D'une part, la propriété littéraire et artistique peut être perçue comme une matière ayant vocation à régir le sort des œuvres de l'esprit et leur utilisation. D'autre part, la propriété littéraire et artistique peut être envisagée en tant qu'outil de réservation propriétaire de l'œuvre de l'esprit intégrant le droit d'auteur. L'une et l'autre de ces définitions sont aujourd'hui devenues presque indissociables tant le degré de pénétration de la propriété est important en droit de la création immatérielle. Nous ne faisons toutefois pas le choix d'exclure l'une ou l'autre de ces définitions, notre recherche ayant vocation à étudier tant la matière dans son ensemble que le mécanisme de réservation qui lui est associé. Aussi, lorsque nous souhaiterons désigner la matière sans aucune référence au paradigme propriétaire, nous emploierons l'expression, plus neutre, de « droit de la création immatérielle »⁴¹. Précisons enfin que les termes « auteur » et « créateur » seront ici employés en tant que synonymes, de même que les mots « œuvre » et « création », en vue de limiter les redondances.

16. **Étude de la propriété littéraire et artistique à partir d'Internet.** Notre étude trouve cependant sa source dans la confrontation entre la propriété littéraire et artistique et « Internet »⁴². Ce dernier peut être désigné comme le « réseau mondial de télécommunication reliant entre eux des ordinateurs ou des réseaux locaux et permettant l'acheminement de données numérisées de toutes sortes »⁴³. Internet ayant vocation à retenir toute notre attention au sein des premiers développements, il n'est pas nécessaire de s'attarder sur la définition ici fournie. Néanmoins, une précision d'une extrême importance doit encore être délivrée avant d'entreprendre notre analyse. Cette dernière sera menée « à partir d'Internet », ce qui implique que le réseau sera le déclencheur de notre réflexion. Ce médium constituera en effet le point de départ de notre étude car il s'avère susceptible de constituer un révélateur de l'inadaptation du système propriétaire en droit de la création immatérielle. Toutefois, une fois passée cette démonstration préalable, le recours à Internet sera bien moins fréquent et laissera place à une analyse globale du droit de la propriété littéraire et artistique, y compris en dehors d'Internet. En ce sens, l'expression « à partir de » doit donc être entendue littéralement, Internet n'étant

⁴¹ Bien que l'expression « droit de la création immatérielle » puisse théoriquement intégrer le droit de la propriété industrielle, nous restreindrons ainsi l'acception de cette formule à la seule matière portant sur les œuvres de l'esprit.

⁴² Internet se distingue du *World wide web* qui n'est que l'un de ses services, ce qui ne nous empêchera pas d'évoquer, par abus de langage, la « toile » ou le *web* pour faire référence à Internet.

⁴³ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^{ème} éd., V. Internet.

pas tant un fil rouge qu'un élément déclencheur. Il n'en demeure pas moins indispensable à notre réflexion comme nous aurons l'occasion de le démontrer.

17. **Délimitation du sujet d'étude.** L'étude de la propriété littéraire et artistique à partir d'Internet offre d'innombrables perspectives qui ne peuvent toutes être traitées. Retenons avant tout que notre principal objet d'étude sera le droit français, bien que les législations et jurisprudences d'autres pays pourront occasionnellement être invoquées à titre comparatif. Notamment, les modèles anglo-saxons, reposant sur une tradition de *copyright*⁴⁴, pourront être envisagés comme source d'inspiration dans la perspective d'une adaptation de certains mécanismes. Le droit de la propriété littéraire et artistique concentrera nos efforts d'analyse, quoique certaines références au droit de la propriété industrielle ou au droit de l'environnement puissent ponctuellement intervenir dans le cadre de certains rapprochements. Notons également que le droit civil des biens et les droits fondamentaux disposeront d'une place de choix lors de certaines étapes de la démonstration. En dehors de ces matières, les références à d'autres pans du Droit seront très occasionnelles. L'étude étant impulsée par Internet, notre analyse sera loin de se limiter au seul domaine numérique. Dès lors, au-delà des seules créations numériques ou numérisées⁴⁵ transitant par Internet, nos développements s'attacheront à l'ensemble des œuvres de l'esprit, peu important leur support. Si nos efforts seront essentiellement tournés vers l'analyse de la propriété de l'auteur, les droits voisins et exceptions aux droits de l'auteur intégreront cependant notre étude. Précisons enfin que les jetons non fongibles (NFT), correspondant à des actifs numériques non interchangeables⁴⁶, ne seront pas incorporés au sein de notre raisonnement. Bien que ceux-ci pourraient présenter un intérêt dans la réservation des œuvres de l'esprit⁴⁷, nous faisons volontairement le choix de les mettre à l'écart, leur analyse n'étant pas requise par la démonstration⁴⁸. Ainsi délimité, notre sujet permet de mettre en lumière le déclin soudain de la propriété en tant qu'outil de réservation de l'œuvre de l'esprit.

⁴⁴ J-M. BRUGUIÈRE, *Le droit du copyright anglo-américain*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2017, p. 12.

⁴⁵ E. DERIEUX, « Le livre numérique : questions juridiques sans réponses », *RLDI*, n° 60, 1^{er} mai 2010.

⁴⁶ M-P. L'HOPITALIER, « NFT, opportunités économiques et défis juridiques », *RLDI*, n° 194, 1^{er} juill. 2022.

⁴⁷ B. GLEIZE, « L'irrésistible ascension des jetons non fongibles », *RLDI*, n° 194, 1^{er} juill. 2021 ; V. ég. J. ELKAIM, C. SAND et S. SABER, « Métavers : réflexions prospectives – Propriété intellectuelle, fiscal, pénal », *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, mai 2022, n° 1, doss. 10.

⁴⁸ Une approche globale du droit de la création immatérielle permet, en effet, de répondre à la problématique qui sera par la suite exposée, sans que l'étude des NFT ne soit véritablement indispensable.

§2- Le déclin soudain de la réservation propriétaire de l'œuvre sous l'impulsion d'Internet

18. **L'impulsion d'une dynamique nouvelle sous le prisme d'Internet.** Bien plus qu'un nouveau médium, Internet présente des enjeux inédits liés à la reproductibilité de l'œuvre, à sa diffusion et à son accès. Se distinguant nettement des autres modes de communication des créations, Internet imprime manifestement une dynamique nouvelle en droit de la propriété littéraire et artistique. Ladite dynamique n'est pas sans ternir la réservation propriétaire, le lien entre l'auteur et son œuvre apparaissant plus que jamais fragilisé par la communication débridée des créations. En lien direct avec ce constat, c'est l'approche personnaliste du droit de la création immatérielle qui semble également en proie à une remise en question face à Internet et aux applications qu'il offre. Une telle pression exercée sur la propriété et le personnalisme, piliers du droit de la propriété littéraire et artistique, peut légitimement impulser une mutation majeure de l'esprit de la matière. Nous observerons ainsi que le réseau numérique contribue à la remise en cause de la réservation propriétaire de l'œuvre (I), tout en favorisant le recours à une approche fonctionnaliste du droit d'auteur (II) et invitant même à la métamorphose du droit de la création immatérielle (III).

I- Un réseau numérique contribuant à la remise en cause de la réservation propriétaire de l'œuvre

19. **Désynchronisation flagrante entre norme et usages.** Le sujet que nous nous proposons d'étudier permettra la mise en évidence de la désynchronisation existant entre la lettre du CPI et la pratique. En effet, là où la loi reconnaît à l'auteur un droit si étendu qu'il en est qualifié d'infini par certains auteurs⁴⁹, le créateur ne parvient parfois plus à faire respecter son droit exclusif dans la sphère d'Internet. L'œuvre, téléchargée, mise à disposition en *streaming*, mutilée ou encore utilisée en vue de l'élaboration d'œuvres dérivées sans autorisation, ne bénéficie manifestement pas de la protection associée à un mode de réservation propriétaire. Là où l'œuvre devrait faire l'objet d'un respect scrupuleux et où son utilisation

⁴⁹ M. BUYDENS, *La propriété intellectuelle : évolution historique et philosophique*, Bruylant, 2012, p. 296 : « Le propriétaire a donc un droit infini, absorbant toutes les dimensions de la chose, et qui pourra donc à son sujet tout ce qui n'aura pas, par dérogation, été interdit par la loi ».

devrait s'accompagner de mille précautions au sens de la loi, sa reproduction, sa diffusion et sa commercialisation semblent, dans les faits, affranchies de nombreuses règles du CPI. Partant, le droit d'auteur dans son ensemble, et la réservation propriétaire en particulier, apparaissent, après une période d'essor de deux siècles, en déclin. Le sujet envisagé présente ainsi l'avantage d'inviter à l'analyse de ce phénomène et, plus intéressant encore, de ses causes profondes.

20. Implication d'Internet dans l'altération de l'esprit du droit de la création immatérielle. Au-delà des nombreuses atteintes à la propriété de l'auteur permises par Internet, l'intérêt du sujet sélectionné réside également dans la mise en évidence de l'altération de l'esprit même du droit de la création immatérielle. Si le rôle du public animait largement le débat autour du droit de la propriété littéraire et artistique dans la première moitié du XIX^{ème} siècle, c'est presque exclusivement vers l'auteur et l'investisseur que s'est tournée la matière jusqu'à récemment. Toutefois, Internet a su provoquer un renouvellement du débat relatif à la place réservée au public au sein du droit de la création immatérielle, impliquant une évolution de sa philosophie. Face aux tentatives d'adaptation du droit positif, certains déplorent déjà que « le droit d'auteur se mue en service au consommateur »⁵⁰. À travers la multiplication des exceptions au droit de l'auteur, l'émergence du contrôle de proportionnalité et le désir à présent avoué de favoriser l'accès aux œuvres⁵¹, la philosophie de la matière semble effectivement faire l'objet d'une transformation non négligeable. L'analyse d'un tel phénomène présentera alors un intérêt majeur dans le cadre de notre démonstration.

21. Analyse de l'adaptabilité de la propriété face à Internet. Si Internet entraîne un décalage important entre la norme et l'usage et s'il conduit à une altération de l'esprit du droit de la création immatérielle, la propriété, en tant qu'outil de réservation de l'œuvre, se trouve mise au défi. De plus, si le droit de la création immatérielle devait être amené à évoluer, la propriété mériterait très probablement d'être adaptée en vue d'échapper au déclin qui la frappe. Dans l'hypothèse où la propriété peut être conciliée à Internet sans se dénaturer, la remise en cause du système ne s'impose que dans ses modalités et non dans son esprit. L'intérêt de notre sujet est ainsi également de questionner l'adaptabilité de la propriété face au réseau numérique. Si, en matière littéraire et artistique, la propriété peut faire l'objet d'une

⁵⁰ P-Y. GAUTIER, « Pour une réelle régulation du droit d'auteur : le respect de la hiérarchie entre droit exclusif et exceptions », *RLDI*, n° 94, 1^{er} juin 2013 ; V. ég. C. CARON, « Le consommateur en droit d'auteur », *Lamy droit des affaires*, n° 77, 1^{er} déc. 2004.

⁵¹ Loi n° 2021-1382 du 25 oct. 2021 relative à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique.

appréhension suffisamment souple, elle sera susceptible de se renouveler en vue de se réaffirmer en tant que paradigme. Si, au contraire, la nature de la propriété ne lui permet pas de s'adapter, sauf à se trahir, il conviendra de tirer les conclusions de ce constat en remettant profondément en cause les choix opérés par le droit positif.

22. **Exposé de la problématique.** Ces différentes pistes de réflexion convergent vers un point essentiel : le devenir du modèle propriétaire en droit de la création immatérielle. À l'aune des éléments évoqués jusqu'ici, nous sommes à présent en mesure de formuler une interrogation permettant d'exposer l'essence de notre démarche. Partant, dans le cadre de cette étude nous tenterons de répondre à la question suivante : **le modèle propriétaire est-il le plus adapté à la réservation des œuvres de l'esprit au regard des enjeux liés à Internet ?** Il s'agit donc de questionner les fondements de la propriété reconnue sur l'œuvre et d'évaluer l'opportunité d'un tel régime face au nouveau médium que constitue Internet. Si la propriété littéraire et artistique, en tant qu'instrument, devait présenter d'importantes failles, prêtant le flanc à la critique, son hégémonie pourrait être remise en cause. Dès lors, si la propriété n'est plus aussi apte à régir le droit de la création immatérielle, devra être envisagé un modèle alternatif ne présentant pas la même technique de réservation. Cette hypothèse est d'autant plus vraisemblable qu'Internet pousse à une profonde remise en cause de l'un des fondements de la propriété littéraire et artistique : le personnalisme.

II- Un réseau numérique favorisant le recours à une approche fonctionnaliste du droit d'auteur

23. **Une approche instrumentaliste du droit de la création immatérielle.** Afin de répondre à la problématique générale exposée à l'instant, il nous faut révéler la dynamique que prendra notre démarche. Nous proposons ici de recourir à une méthode faisant intervenir davantage d'utilitarisme au sein du droit de la création immatérielle, tout en mobilisant la théorie de la fonction sociale des droits. Ces choix, s'ils sont intrinsèquement personnels⁵², se trouvent également justifiés au regard de l'angle d'analyse choisi et de l'influence d'Internet

⁵² C. ATIAS, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.*, 1977, chron. 251 : « Le juriste ne peut se dérober à l'obligation de prendre parti sur le fait qui a provoqué ou provoque l'intervention de la loi ; il ne peut se dispenser de choisir parmi les buts dont la réalisation peut être poursuivie. Le jugement de valeur est une étape décisive de la réflexion juridique ».

sur le droit de la propriété littéraire et artistique comme nous allons à présent le mettre en évidence.

24. Effritement des approches jusnaturaliste et personnaliste face à Internet.

Rappelons que le droit de la propriété littéraire et artistique est marqué par une approche tant jusnaturaliste que personnaliste⁵³. À ce titre, le droit de l'auteur est envisagé comme inné et tourné tout entier vers la protection de l'auteur et du lien l'unissant à son œuvre. Dans la théorie de Locke, l'auteur acquiert la propriété de son œuvre par son travail intellectuel, au même titre que l'homme travaillant une parcelle de terre en devient le propriétaire⁵⁴. Dans ce contexte, la légitimité de l'auteur est complète et il se place au centre du droit de la création immatérielle. Néanmoins, l'émergence d'Internet n'a pas été sans effet sur l'importance réservée aux théories jusnaturaliste et personnaliste. En effet, au-delà des critiques usuelles qui peuvent être adressées au droit naturel⁵⁵, ces théories se trouvent remises en cause au profit d'une vision parfois plus sociale du droit d'auteur⁵⁶. La dévalorisation de l'œuvre, son renvoi au statut de simple bien de consommation, la contrefaçon massive de l'œuvre au mépris de l'auteur et les atteintes multiples aux droits moraux ne traduisent ainsi rien de moins qu'un double effritement du personnalisme et du jusnaturalisme en présence d'Internet.

25. Renouveau de l'approche utilitariste sous l'impulsion d'Internet.

Outre les théories jusnaturaliste et personnaliste, qui vont généralement de pair, le droit de la création immatérielle est susceptible d'être irrigué par d'autres courants, tels que l'utilitarisme ou la planification sociale⁵⁷. Ces thèses, positivistes, présentent une vision instrumentaliste du droit ; les prérogatives reconnues à l'auteur seraient alors tournées vers la réalisation d'un objectif

⁵³ M. VIVANT et J-M BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2019, 4^{ème} éd., p. 39.

⁵⁴ J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, Flammarion, 1984, [1^{ère} éd. 1690, trad. D. MAZEL], p. 213.

⁵⁵ C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, 2003, p. 48 : « le droit naturel est utilisé et modelé dans le sens qu'on veut bien lui donner, voire pour contester l'existence du droit en soi » ; V. ég. J-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil : les biens*, LGDJ, 2010, 2^{ème} éd., p. 77 : « Le droit n'a pas à entériner tous les instincts et doit, au contraire, souvent les combattre ».

⁵⁶ A. STROWEL et C. DOUTRELEPONT, « La socialisation du droit d'auteur à travers la généralisation des licences non volontaires : un danger ou une nécessité ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 22, 1989, n° 1, p. 148 : « le droit d'auteur troque sa qualité de droit naturel, dont l'existence découlerait d'une nature des choses, pour enfiler celle d'un droit social, dont l'existence est liée à l'intérêt de la société » ; V. ég. C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé, op. cit.*, p. 55 : « la dimension économique grandissante des industries liées au droit d'auteur a introduit un phénomène d'érosion des justifications personnalistes au profit des justifications utilitaristes ».

⁵⁷ W. FISHER, « Theories of intellectual property » in S. MUNZER, *New essays in the legal and political theory of property*, Cambridge University Press, 2001, p. 168 : concernant la théorie de la planification sociale, celle-ci orienterait l'exercice du droit subjectif vers la construction d'une « société désirable ».

déterminé⁵⁸. Si l'approche personnaliste a historiquement dominé le droit de la propriété littéraire et artistique, l'utilitarisme s'est vu reconnaître une influence moindre⁵⁹, mais réelle⁶⁰. En effet, la simple limitation temporelle des droits patrimoniaux de l'auteur permet de déceler une impulsion utilitariste au sein de la matière. Toutefois, les considérations liées à l'utilitarisme voient leur importance croître dans le sillage d'Internet. Ce dernier constituant un formidable moyen d'exploiter l'œuvre, l'accent est mis sur l'exploitation de la valeur contenue dans l'œuvre⁶¹, le droit d'auteur se rapprochant par là même du *copyright*. Face au déclin des approches personnaliste et jusnaturaliste, la montée en puissance de l'utilitarisme apparaît donc inéluctable⁶². Nous ne prétendons cependant pas qu'Internet serait le seul facteur impliquant cette bascule du personnalisme vers l'utilitarisme, de nombreux facteurs exogènes, notamment de nature économique, contribuant au phénomène. Le rôle d'Internet apparaît cependant suffisamment important en la matière pour le tenir pour l'un des principaux responsables de ce phénomène.

26. Manifestations hétérogènes de l'utilitarisme. Avant d'opérer une mise en avant de la théorie utilitariste dans nos développements et d'en tirer les conséquences, encore faut-il déterminer les multiples acceptions du terme « utilitarisme ». L'utilitarisme constitue un courant de pensée qui, s'il présente une assise commune à toutes ses branches, possède de nombreuses formes. S'il devait être défini de la manière la plus pure possible, il conviendrait de retenir que « l'utilitarisme considère qu'une institution est juste dès lors qu'elle maximise l'intérêt défini comme prioritaire »⁶³. La doctrine utilitariste se caractérise par une volonté de maximisation d'un intérêt particulier, toute l'attention étant tournée non vers le

⁵⁸ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, LGDJ, 1997, [1^{ère} éd. 1925, trad. B. LAROCHE et V. FAURE] p. 71 : « Le droit est un moyen, un moyen social spécifique, ce n'est pas une fin » ; V. ég. S. GUTIERREZ-LACOUR, *Le temps dans les propriétés intellectuelles*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, Litec, 2004, p. 38 : « Le droit conféré sur la création varie en fonction non seulement des qualités intrinsèques de celles-ci, mais surtout en fonction des objectifs que le droit se voit assigner à son égard ».

⁵⁹ F. BENHAMOU et J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright*, *op. cit.*, p. 17.

⁶⁰ B. GALOPIN, *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, Thèse, Paris XI, dir. P. SIRINELLI, IRPI, 2012, p. 242 : « Même si elle n'est pas dominante, l'approche utilitariste ou instrumentaliste a marqué la législation française ».

⁶¹ F. POLLAUD-DULIAN, « *Quo vadis lex ?* », *RTD com.*, 2016, p. 641 : « Il s'agit alors de moins en moins d'améliorer la protection des créateurs et de plus en plus de s'interroger sur le point de savoir si leurs droits n'entravent pas l'économie numérique et les besoins des consommateurs » ; V. ég. N. NETANEL, « Copyright and a democratic civil society », *The Yale law journal*, vol. 106, 1996, n° 2, p. 283.

⁶² A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, *op. cit.*, p. 51 : « l'industrialisation du marché des " biens culturels " [...] conduit inéluctablement à occulter le fondement jusnaturaliste du droit d'auteur pour privilégier l'approche utilitariste ».

⁶³ M. BUYDENS, *La propriété intellectuelle : évolution historique et philosophique*, *op. cit.*, p. 352.

détenteur du droit, mais vers la finalité de la prérogative qui lui est reconnue⁶⁴. Quelles sont cependant les finalités qu'est susceptible de poursuivre la théorie utilitariste ? Fondateur de cette théorie, Bentham voyait notamment dans l'utilitarisme le moyen de maximiser le plaisir⁶⁵. Autrement dit, la théorie de Bentham était tout entière tournée vers la recherche du plus grand bonheur pour le plus grand nombre. Le choix de cet intérêt particulier, s'il est critiquable⁶⁶, se trouvait alors justifié car le bonheur apparaissait aux yeux de l'auteur comme un but indépassable, absolu. Toutefois, au-delà de cette conception, une autre forme d'utilitarisme peut être identifiée, celle-ci tendant à la maximisation des richesses⁶⁷. Transposé en droit de la propriété littéraire et artistique, l'utilitarisme tend à créer un contexte favorable à l'exploitation de l'œuvre. Cette approche, généralement associée au modèle du *copyright*, est aujourd'hui dominante au point que l'utilitarisme est communément envisagé dans une stricte approche économique.

27. Rejet d'un utilitarisme purement économique. Dans le cadre de notre démonstration, nous faisons le choix de mettre en avant l'approche utilitariste, notamment en ce qu'elle imprègne l'évolution actuelle du droit de la création immatérielle. Toutefois, il nous faut préciser quel intérêt l'utilitarisme aura vocation à maximiser au sein de la matière. Précisons tout d'abord que le droit d'auteur ne saurait poursuivre des finalités strictement économiques, une telle vision ne tenant pas compte de trop nombreuses valeurs pourtant essentielles⁶⁸. En effet, les œuvres de l'esprit « constituent une richesse sur le plan économique, mais aussi culturel et scientifique »⁶⁹, de sorte que le seul aspect économique s'avère bien insuffisant en vue d'assurer une finalisation optimale des droits portant sur l'œuvre. La conception de l'utilitarisme qui sera ici retenue se rapprochera donc largement de celle initialement dégagée par Bentham, car maximisant le bien-être social. La finalité assumée des

⁶⁴ L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Dalloz, 2003, p. 18 : « La règle de droit est donc la règle de légitimité des buts ».

⁶⁵ J. BENTHAM, *Introduction to the principles of morals and legislation*, Payne, 1780, p. 2 : « By the principle of utility is meant that principle which approves or disapproves of every action whatsoever, according to tendency which it appears to have to augment or diminish the happiness of the party whose interest is in question ».

⁶⁶ M. VILLEY, *Philosophie du droit, Définitions et fins du droit*, Dalloz, 1986, 4^{ème} éd., p. 112.

⁶⁷ P. GAUDRAT et F. SARDAIN, *Traité de droit civil du numérique*, Larcier, 2015, t. 1, p. 91 : Dans cette idéologie du primat de l'économie, « le droit n'aurait pour première (sinon unique) mission que de répondre aux besoins du marché ».

⁶⁸ C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, *op. cit.*, p. 50 : « la faiblesse de la vision utilitariste réside certainement dans le fait qu'elle ramène l'acte créatif à sa dimension uniquement économique » ; V. ég. C. GEIGER, « L'avenir du droit d'auteur en Europe : vers un juste équilibre entre protection et accès à l'information », *JCP G* n° 48, 23 nov. 2009, p. 493 : « Le droit d'auteur, véritable enjeu de société, ne concerne pas uniquement la science juridique, mais doit être étudié également sous l'angle économique, philosophique, sociologique, historique voire psychologique ».

⁶⁹ A. LATREILLE, « L'écrivain saisi par la numérisation : regard croisé sur le régime du contrat d'édition, des œuvres orphelines et des livres indisponibles », *Cahiers Droit, sciences et technologies*, n° 5, 2015.

droits de l'auteur est alors, notamment, de favoriser la diffusion des œuvres et des connaissances⁷⁰. En ce sens, cette approche emprunte tant à l'utilitarisme qu'à la théorie de la planification sociale du droit. L'accès à l'œuvre, voire au patrimoine culturel dans son ensemble, constitue par conséquent l'un des buts que nous attribuons au droit de la création immatérielle, bien que d'autres finalités seront envisagées en aval.

28. **Rejet d'une approche purement utilitariste.** La théorie utilitariste présente cependant, à l'instar des théories personnaliste et jusnaturaliste, ses revers. Loin de constituer un modèle social intangible⁷¹, l'utilitarisme ne saurait être envisagé comme unique guide, comme théorie complète et absolue⁷². Il faut bien admettre que, quelles que soit les finalités recherchées au sein d'un modèle utilitariste, aucune n'apparaît jamais inconditionnelle, susceptible de satisfaire l'ensemble des impératifs. Tout choix opéré dans ce cadre apparaît donc critiquable car consubstantiellement entaché d'arbitraire⁷³. C'est la raison pour laquelle cette théorie, si elle sera largement valorisée, ne constituera pas notre unique référentiel. En effet, l'utilitarisme, appliqué sans bornes, pourrait très rapidement conduire à sacrifier l'auteur au profit de la société, causant au créateur une atteinte irréversible. Ainsi, personnalisme et jusnaturalisme seront également considérés afin que l'intérêt individuel ne cède jamais automatiquement face à un intérêt collectif supérieur. Si ces théories semblent peu conciliables en apparence, il convient de constater que, même en droit positif, l'utilitarisme côtoie le jusnaturalisme et le personnalisme, aucun modèle ne pouvant purement exclure l'une de ces approches⁷⁴. Il ne s'agit donc pas d'envisager le droit d'auteur comme un droit à la

⁷⁰ J. BENTHAM, *Introduction to the principles of morals and legislation*, op. cit., p. 45.

⁷¹ J. RAWLS, *Justice et démocratie*, trad. C. AUDARD, P. DE LARA, F. PIRON et A. TCHOUDNOWSKY, Le Seuil, 1993, p. 293 : « L'État ne peut pas plus agir en vue de maximiser la satisfaction des préférences rationnelles des citoyens ou de leurs besoins (comme l'utilitarisme), ou bien afin de promouvoir l'excellence humaine ou les valeurs de perfection (comme le perfectionnisme), qu'il ne peut agir afin d'exceller le catholicisme, le protestantisme ou toute autre religion que ce soit. Aucune de ces opinions sur le sens, la valeur et la finalité de l'existence humaine, définies par les conceptions du bien correspondantes, d'ordre religieux ou philosophique, n'est adoptée par l'ensemble des citoyens ; par conséquent, la réalisation de l'une d'entre elles à travers les institutions de base donnerait à l'État un caractère sectaire ».

⁷² R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Bloomsbury, 11^{ème} éd., 2020, p. 6 : « Individuals have rights when, for some reason, a collective goal is not sufficient justification for denying them what they wish, as individuals, to have or to do, or not a sufficient justification for imposing some loss or injury upon them ».

⁷³ R. BOFFA, *La destination de la chose*, Thèse, Montpellier, dir. M-L. MATHIEU, Lextenso, 2008, p. 20 : « les choses sont dépourvues en tant que telles de finalité. Elles ne portent un but que par la médiation de la volonté humaine ».

⁷⁴ P. MALAURIE, « Les antinomies des règles et de leurs fondements » in P. CATALA (offert à), *Le droit privé français à la fin XXème siècle : études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 29 : « Il y a aussi une antinomie traditionnelle entre le droit naturel et le droit positif, mais l'opposition est artificielle car le droit ne peut se passer ni de l'un ni de l'autre ».

copie⁷⁵, mais davantage d'infléchir le primat du personnalisme au profit d'une ascendance de l'utilitarisme.

29. **Recours à la fonction sociale du droit de la création immatérielle.** L'adoption d'une approche utilitariste conduit à entrevoir les droits subjectifs sous un angle instrumentaliste, finaliste. Or, peuvent être envisagés plusieurs types de finalisme, le droit pouvant être accordé à un individu dans l'intérêt égoïste de son titulaire ou dans l'intérêt d'un groupe. Ainsi, comme instrument de mise en œuvre de l'utilitarisme, nous adopterons ici une vision empreinte de la théorie de la « fonction sociale » des droits. Cette dernière, issue de la pensée de Comte⁷⁶ et prolongée par doyens Duguit⁷⁷ et Josserand⁷⁸, envisage les droits subjectifs comme de purs instruments au service de la réalisation d'un but de nature sociale. En droit de la création immatérielle, cette finalité peut consister en un partage des connaissances ou en la poursuite du progrès de manière générale⁷⁹. Dans le cadre de cette théorie, la réalisation de la fonction sociale d'un droit subjectif ou d'une discipline entière est analysée à l'aune de son « utilité sociale »⁸⁰. Si le droit de la propriété littéraire et artistique ne s'avère pas purement hermétique à toute interprétation en termes de fonction sociale⁸¹ des droits, il faut bien admettre que le jusnaturalisme caractérisant le droit positif n'est pas accueillant à l'égard de cette théorie positiviste⁸². Impossible, en effet, d'admettre que les droits de l'auteur seraient tous innés, tout en retenant qu'ils seraient créés par l'État dans un but déterminé, planifié⁸³. En outre, la réservation propriétaire, intimement liée au jusnaturalisme, tient également en horreur la théorie de la fonction sociale, la propriété reconnue à l'auteur n'étant pas purement conçue comme

⁷⁵ V-L. BENABOU, « Puiser à la source du droit d'auteur », *RIDA*, n° 192, avr. 2002, p. 667.

⁷⁶ A. COMTE, *Système de politique positive*, Librairie scientifique-industrielle de L. Mathias, 1851, t. 1, p. 361 : « nul ne possède plus d'autre droit que celui de toujours faire son devoir ».

⁷⁷ L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Librairie Félix Alcan, 1912, p. 158 et s.

⁷⁸ L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, Sirey, 1938, 3^{ème} éd., t. 1, p. 810.

⁷⁹ F. MACREZ, *Créations informatiques : bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, Litec, 2011, p. 14.

⁸⁰ L'utilité sociale renvoie ainsi aux bénéfices procurés à la société par un dispositif particulier ou une matière dans son ensemble.

⁸¹ V. RUZEK, « Vers un modèle européen transversal de finalisation des droits de propriété intellectuelle ? » in M. VIVANT (en l'honneur de), *Penser le droit de la pensée : mélanges en l'honneur de Michel Vivant*, dir. J-M. BRUGUIÈRE et C. GEIGER, LexisNexis et Dalloz, 2020, p. 619 : « Les droits de propriété intellectuelle sont des droits finalisés, ils ne confèrent une emprise (licite) sur les choses immatérielles que considérées sous certaines de leurs utilités économiques dans les perspectives et la logique qui sont les leurs ; hors de ce "cercle", point de réservation, point d'usurpation ».

⁸² L'approche du droit d'auteur à travers sa fonction sociale tend toutefois à prendre une place de plus en plus importante dans de nombreux États, V. Conseil économique et social des Nations Unies, Observation générale n° 17, 2005 : « La propriété intellectuelle est un bien social et elle a une fonction sociale ».

⁸³ O. LAROQUE, *Les lois symboliques : une étude à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, Thèse, Paris II, dir. P-Y. GAUTIER, éd. Panthéon-Assas, 2021, p. 302.

instrumentale⁸⁴. Ainsi, il existe une profonde antinomie entre le droit positif et la théorie de la fonction sociale à laquelle nous nous proposons de recourir⁸⁵.

30. Réhabilitation de la théorie de la fonction sociale à partir d'Internet.

Le recours à la théorie de la fonction sociale, si cette dernière est éloignée des fondements historiques du droit de la propriété littéraire et artistique, se trouve cependant justifié au regard du contexte actuel. L'effritement du personnalisme et du jusnaturalisme au profit d'une approche utilitariste n'est pas sans effets sur la finalité du droit de la création immatérielle. Partant, la crise du droit d'auteur se traduit aussi par une crise de la finalité de la matière, ses buts n'étant parfois plus aussi clairs qu'il y a plusieurs décennies⁸⁶. Là où le droit d'auteur avait vocation à protéger la personne de l'auteur, la vision contemporaine de la discipline tend davantage à en faire un instrument au service de la société⁸⁷. S'opère donc un changement de paradigme à travers lequel l'auteur n'apparaît plus en qualité de propriétaire-souverain⁸⁸, mais comme titulaire obligé socialement au sens de Duguit⁸⁹. L'institution que constitue la propriété voit ainsi ses assises s'éroder en droit de la création immatérielle. Internet n'est pas étranger à un tel glissement conceptuel ; ayant en partie initié le renouveau de l'approche utilitariste du droit d'auteur, il est naturel qu'il invite, entre autres, à une analyse en termes de fonction sociale du droit de la création immatérielle. Le réseau numérique, entraînant des échanges de données rapides et à un coût négligeable, révèle le potentiel résidant dans une répartition optimale des droits portant sur l'œuvre de l'esprit. L'accès à cette dernière, particulièrement laborieux avant l'émergence des différents médias, se trouve aujourd'hui grandement facilité en présence d'Internet. Ce réseau a, dès lors, fait tomber les ultimes obstacles à l'accessibilité de l'œuvre, ouvrant une multitude d'avenirs possibles pour le droit de la création immatérielle. En outre, Internet favorise le recours à la théorie de la fonction sociale en ce qu'il accorde une place inédite aux membres du public. Ces derniers se muent en

⁸⁴ J. DE MALAFOSSE, « La propriété gardienne de la nature » in J. DE MALAFOSSE (en l'honneur de), *Mélanges en l'honneur du Professeur Jehan de Malafosse : entre nature et humanité*, dir. J. FROMAGEAU, C. HUGLO et F-G. TRÉBULLE, LexisNexis, 2016, p. 353.

⁸⁵ M. BUYDENS, *La propriété intellectuelle : évolution historique et philosophique*, op. cit., p. 469 : « La propriété intellectuelle ne peut remplir son rôle d'instrument de l'intérêt général que pour autant qu'elle soit déchargée de son statut de droit naturel (par essence intangible et premier) et pensée à nouveau comme un privilège ».

⁸⁶ O. LAROQUE, *Les lois symboliques : une étude à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 299 : l'auteur relève un « essoufflement de la matière qui a perdu de vue, par la superposition de réformes ponctuelles, ses propres principes ».

⁸⁷ *Ibidem*, p. 302 : « Mis en concurrence avec d'autres droits, tels que le droit à l'information ou à la culture, le droit d'auteur semble avoir perdu les caractères qui fondent son unité. A cette crise d'identité s'ajoute une crise de fonction de la discipline à qui l'on veut faire jouer un rôle social qui n'est pas, en priorité, le sien ».

⁸⁸ J-P. CHAZAL, « Le propriétaire-souverain : archéologie d'une idole doctrinale », *RTD civ.*, 2020, p. 1.

⁸⁹ L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, op. cit., p. 158.

véritables acteurs, devenant parfois créateurs de contenus purement originaux ou dérivés qu'ils partagent sur la toile. Au regard de la multitude d'intervenants (auteur, public, plateformes, investisseurs, artistes-interprètes, créateurs d'œuvres dérivées...), il devient particulièrement difficile de n'envisager le droit d'auteur que sous le prisme de la relation unissant le créateur à son œuvre. Pour l'ensemble de ces raisons, Internet favorise une nouvelle conception du droit d'auteur en ne considérant plus la propriété du créateur comme une finalité en elle-même.

31. Détermination de la fonction sociale du droit de la création immatérielle.

Au regard des éléments évoqués jusqu'ici, nous optons pour une analyse du droit de la création immatérielle sous l'angle de la fonction sociale des droits. Toutefois, encore faut-il déterminer le contenu précis de cette fonction sociale afin de disposer d'un cap fixe dans le cadre de notre démonstration. Si, au cours des développements à venir, nous évoquerons « la » fonction sociale du droit de la création immatérielle, nous intégrerons en son sein trois fonctions distinctes qui devront être simultanément poursuivies. La fonction la plus évidente de la discipline étudiée est celle qui lui est attribuée par le droit positif : la protection de l'auteur et de son œuvre. Un tel impératif se traduit principalement par la reconnaissance de droits moraux au profit de l'auteur, outre l'octroi d'une rémunération à son bénéfice. Une autre fonction pouvant être attribuée au droit de la création immatérielle réside dans l'incitation à la création. Il apparaît en effet souhaitable de favoriser l'émergence d'œuvres nouvelles et de meilleure qualité au profit de la communauté tout entière⁹⁰. Cette finalité, qui n'est pas purement étrangère au droit positif, suppose une reconnaissance et une rémunération attirante pour l'auteur. Ces deux premières finalités, plutôt classiques⁹¹, peuvent toutefois être complétées par la plus grande diffusion possible de l'œuvre de l'esprit. Il apparaît effectivement insuffisant d'inciter à la création de l'œuvre et de protéger l'auteur si l'œuvre ne se trouve pas efficacement communiquée au public. Si la création présente une valeur en elle-même, sa diffusion constitue un intérêt bien supérieur et sans lequel le droit de la création immatérielle ne remplit pas parfaitement son office. Il en résulte que ces trois finalités feront l'objet d'une conciliation constante à travers la poursuite de la fonction sociale du droit d'auteur. Ainsi, cette montée en

⁹⁰ A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz, *op. cit.*, p. 56 : « Il ne faut pas oublier que le droit d'auteur a pour seule et unique finalité d'encourager la création en conférant aux auteurs un droit privatif sur leurs œuvres. L'auteur est le bénéficiaire d'un droit d'exploitation temporaire instauré dans un seul but, celui de la collectivité ».

⁹¹ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur, Economica*, 2014, 2^{ème} éd., p. 56 : « l'individu créateur est placé au centre du dispositif, qui tend à sa protection et à l'encouragement à la création. C'est dire qu'ici, l'intérêt public ou l'idée de récompense sont très secondaires ».

puissance de l'approche fonctionnaliste, couplée à la remise en cause de la réservation propriétaire de l'œuvre, invite à la métamorphose du droit de la création immatérielle.

III- Un réseau numérique invitant à la métamorphose du droit de la création immatérielle

32. Remise en cause de la réservation propriétaire du droit d'auteur par Internet. Au regard de l'ensemble des bouleversements qui ont été mis en évidence en amont, il semble qu'Internet appelle à une profonde remise en cause du droit de la propriété littéraire et artistique. Partant, l'analyse et la remise en question de la propriété comme technique de réservation au sein du droit de l'immatériel figureront parmi les enjeux de notre étude. Les failles liées à la mise en œuvre d'un régime propriétaire en droit d'auteur devront, à ce titre, être mises en lumière. La propriété, dans sa philosophie, dans ses manifestations et dans sa fonction, devra faire l'objet d'une analyse permettant d'évaluer sa pertinence au regard des enjeux liés à Internet. C'est grâce à cette méthode que nous serons en mesure de déterminer si la propriété constitue le modèle le plus adapté à la réservation des œuvres de l'esprit. Un autre défi de taille consistera en l'évaluation de la possible substitution de la propriété par un modèle alternatif au sein du droit de la création immatérielle. En effet, ce mode de réservation semble si ancré en droit français que son retrait pourrait s'avérer illusoire⁹². Il nous reviendra alors de démontrer que la propriété, loin de constituer un modèle obligé⁹³, pourrait utilement être remplacée par une autre technique de réservation.

33. La poursuite d'une vision instrumentaliste du droit de la création immatérielle. Afin de mener notre analyse de façon cohérente et adaptée, l'un des enjeux de cette étude sera également de nous assurer d'un strict respect de la méthode instrumentaliste telle que présentée en amont. Il s'agira ainsi de mettre en œuvre et légitimer le recours accru à l'utilitarisme et, surtout, à la fonction sociale des droits, trop souvent rejetée dans son principe même⁹⁴. C'est notamment à l'aune de la finalité sociale du droit d'auteur, impliquant protection de l'auteur, incitation à la création et accès à l'œuvre, que nous étudierons l'adaptation du modèle propriétaire à la réservation des œuvres de l'esprit. Il nous reviendra alors d'évaluer si

⁹² A. LUCAS, H-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 27 ; V. ég. F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, op. cit. p. 59.

⁹³ J-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, « De la propriété comme modèle » in A. COLOMER (offert à), *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 305.

⁹⁴ J-P. CHAZAL, « La propriété : dogme ou instrument politique ? », *RTD civ.*, 2014, p. 763.

le droit positif permet de poursuivre efficacement la finalité sociale du droit de la création immatérielle. Si tel ne devait pas être le cas, nous tenterons de déterminer si la propriété peut être adaptée en vue d'assurer les fonctions reconnues à la matière. Si la nature de la réservation propriétaire devait se révéler trop rigide pour répondre à la finalité sociale du droit d'auteur, un modèle alternatif devrait alors être envisagé en vue de créer un droit de la création immatérielle remplissant parfaitement sa fonction sociale.

34. Recherche d'un équilibre entre les acteurs du droit de la création immatérielle. Le recours à l'approche fonctionnaliste exigera une très grande vigilance en vue d'assurer le meilleur équilibre possible entre les différents acteurs du droit d'auteur. La prise en compte de l'artiste-interprète, du public, des investisseurs et créateurs d'œuvres dérivées risque d'engendrer une profonde dégradation des droits et du statut de l'auteur, d'autant plus que la perception d'un tel équilibre s'avère nécessairement subjective⁹⁵. Il ne faudrait donc pas qu'au nom de l'accès à l'œuvre, l'auteur se trouve dépouillé de son droit à rémunération ou de ses droits moraux⁹⁶. Il ne faudrait pas non plus provoquer l'excès inverse – propre au personnalisme du droit positif – conduisant à une mise sous verrou de l'œuvre dans le but d'assurer la protection du créateur. Notons dès à présent que, dans le cadre d'une mise en œuvre de la théorie de la fonction sociale du droit d'auteur, les deux principaux acteurs seront nécessairement l'auteur et le public, le titulaire et la société. C'est avant tout entre eux que l'équilibre devra être assuré en vue d'une parfaite harmonie du droit de la création immatérielle.

35. Lignes de force de la démonstration. En vue de répondre à la problématique posée, nous commencerons par mettre en évidence la fragilisation du droit positif sous l'impulsion de la nature même d'Internet. La propriété littéraire et artistique se révélera moins intangible en raison de la stimulation des échanges et de l'anonymat assurés par le réseau. Nous étudierons également la fragilisation du droit d'auteur mise en lumière par les pratiques des internautes. Ces derniers, portant de multiples atteintes aux droits de l'auteur, participent ainsi à la baisse de vigueur de la propriété littéraire et artistique. Par la suite, la favorisation de l'accès à l'œuvre permise par Internet nous permettra de partir en quête de droits fondamentaux culturels. De tels droits seront largement susceptibles de légitimer

⁹⁵ V-L. BENABOU, « “Les exceptions” : variations autour d'une notion floue », *RIDA*, n° 256, avr. 2018, p. 122 : « Contrairement à une vision jusnaturaliste du droit d'auteur, il n'y a pas plus d'immanence du droit exclusif que de fixité des exceptions et le législateur a le loisir d'en modifier l'étendue et la teneur au regard des équilibres sociaux qu'il souhaite promouvoir ».

⁹⁶ D. LEFRANC, « Le nouveau public : réflexions comparatistes sur les décisions “Napster” et “MP3.com” », *D.*, 2001, p. 107 ; V. é.g. S. DUSOLLIER et M. BUYDENS, « Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses », *CCE*, sept. 2001, n° 9, chron. 22.

l'intégration de l'accès à l'œuvre en tant que finalité du droit de la création immatérielle⁹⁷. Une fois ces droits identifiés et caractérisés, nous serons alors amenés à reconnaître leurs potentielles implications concernant l'équilibre gouvernant le droit d'auteur. La propriété, comme technique de réservation de l'œuvre, étant rejetée à l'issue de ces développements, nous serons dès lors amenés à proposer un modèle alternatif à la propriété littéraire et artistique. Recourant à la théorie du faisceau de droits, nous prendrons soin de déconstruire l'œuvre en plusieurs catégories d'utilités, avant de procéder à la distribution de nouvelles prérogatives sur l'œuvre de l'esprit. Cette distribution ne sera pas à sens unique puisque, au-delà de l'auteur, certains membres du public pourront bénéficier de véritables prérogatives. En vue de compléter notre modèle, il sera nécessaire d'en présenter les limites substantielles en précisant le sort des exceptions aux droits de l'auteur ainsi que les modalités de mise en œuvre du contrôle de proportionnalité. Enfin, l'étude sera clôturée par une détermination des limites temporelles de notre modèle, se traduisant par une sérieuse remise en cause de la durée de protection des droits patrimoniaux résultant du droit positif.

36. **Présentation du plan.** Notre démonstration se scindera en deux principaux axes de réflexion. Dans un premier temps, nous consacrerons nos développements à la critique du droit de la propriété littéraire et artistique. Cette appréciation du droit positif permettra de mettre en évidence le manque d'efficacité du droit d'auteur dans la réalisation de sa finalité sociale au regard des limites de la technique propriétaire. Il ne s'agira pas d'affirmer que la propriété serait totalement inapte à encadrer les œuvres de l'esprit, mais simplement d'indiquer qu'elle ne constituerait peut-être pas le mode de réservation le plus efficace pour ces biens. Dans ce cadre, nous aurons particulièrement recours à Internet, celui-ci ayant vocation, rappelons-le, à initier notre réflexion sans nécessairement intégrer l'ensemble des développements postérieurs. C'est donc à partir du réseau numérique et des droits fondamentaux culturels que nous mettrons en exergue l'inadaptation du modèle propriétaire à la réservation des œuvres de l'esprit (**Partie I**). Dans un second temps, nos efforts se porteront vers l'édification d'un modèle alternatif à celui régissant le droit positif. Dès lors, face à la propriété littéraire et artistique, nous proposerons les « droits littéraires et artistiques », modèle n'ayant pas recours à la réservation propriétaire. Nous mettrons ainsi en évidence l'intérêt d'un abandon du régime

⁹⁷ D. GERVAIS, *La notion d'œuvre dans la Convention de Berne et en droit comparé*, Thèse, Nantes, dir. A. LUCAS, Librairie Droz, 1998, p. 207 : « Dans le cas du droit d'auteur, la culture aura une influence sur la façon dont la société gère les rapports entre le créateur et le public et au-delà entre, d'une part, les droits de l'artiste sur son œuvre et, d'autre part, l'intérêt de la société à accélérer le développement culturel et scientifique en donnant accès nouvelles expressions de la pensée ».

propriétaire concernant les œuvres de l'esprit, constat qui ne sera pas transposable en droit civil ou dans toute autre matière en raison des spécificités du droit de la création immatérielle. Dans ce contexte, les droits patrimoniaux et moraux de l'auteur feront l'objet d'une délimitation nouvelle, tandis que des droits subjectifs seront octroyés aux personnes physiques agissant en dehors de tout but commercial. Par là même, nous aurons procédé au dépassement du modèle propriétaire dans la réservation des œuvres de l'esprit (*Partie II*).

Partie I : L'inadaptation du modèle propriétaire à la réservation des œuvres de l'esprit

Partie II : Le dépassement du modèle propriétaire dans la réservation des œuvres de l'esprit

PARTIE I : L'inadaptation du modèle propriétaire à
la réservation des œuvres de l'esprit

38. **L'hégémonie propriétaire.** Marqué du sceau de la propriété, le droit de la création immatérielle semble, *a priori*, revêtu d'un caractère absolu. Ce caractère est partagé avec la propriété civiliste ayant inspiré la propriété littéraire et artistique. La propriété reconnue à l'article 544 du Code civil manifeste la plus parfaite emprise sur la chose réservée¹. Dès lors, la propriété reconnue à l'auteur devrait elle aussi conduire à une maîtrise totale de l'œuvre par son titulaire. La propriété littéraire et artistique apparaît donc sans tâche, et ce d'autant qu'elle ne consiste pas en un simple droit subjectif. L'élévation de la propriété au statut de droit de l'Homme ne peut en effet que renforcer le primat de ce mécanisme de réservation dans le royaume juridique². La propriété reconnue à l'auteur semble, par conséquent, occuper une place hégémonique, limitant l'influence que pourraient avoir d'autres facteurs ou d'autres intérêts en droit de la création immatérielle.

39. **Latence d'intérêts refoulés par le droit positif.** La prédominance du propriétaire-souverain qui transparaît en droit positif, apparaît cependant susceptible de porter atteinte à certains intérêts légitimes. C'est ici le public qui se fait particulièrement remarquer, revendiquant un accès aux œuvres à un prix toujours plus faible. Au-delà de simples questions pécuniaires, la propriété est parfois vécue comme un mécanisme particulièrement restrictif³, dont les limites ne permettraient pas de tenir suffisamment compte du droit à l'information ou de droits dits « culturels ». L'œuvre est alors parfois rêvée comme un bien commun dont l'accès serait garanti à tous et avec un minimum de restrictions, ouvrant notamment la voie à la réalisation d'œuvres dérivées sans autorisation de l'auteur. Une telle conception, aux antipodes du droit positif⁴, demeure aujourd'hui parfaitement utopique. Il n'en demeure pas moins que différentes revendications, que nous prendrons soin d'illustrer, tendent à contester l'hégémonie propriétaire précédemment décrite. Celle-ci demeure cependant relativement inflexible face

¹ J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, « De la propriété comme modèle » in A. COLOMER (offert à), *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 288 : « Le droit de propriété corporelle défini par l'article 544 du Code civil réalise une emprise juridique totale sur la chose, objet du droit, qui s'illustre par une emprise physique d'égale portée ».

² M. BUYDENS, *La propriété intellectuelle : évolution historique et philosophique*, Bruylant, 2012, p. 294 : « Qualifier le droit intellectuel de propriété, c'est donc lui donner le caractère nécessaire et incontestable d'un droit de l'Homme. Ce faisant, on se protège contre toute remise en cause de son existence même ».

³ B. LANG, « Incidences des changements de modèles, apports du modèle alternatif des logiciels libres : le "pacte faustien" » in V. DE BEAUFORT, *Droits de propriété intellectuelle dans un monde globalisé*, Vuibert, 2009, p. 150.

⁴ É. TERRIER, *Vers une nouvelle figure du droit d'auteur : l'affirmation d'une logique publique culturelle*, Thèse, Poitiers, dir. M. CORNU, Larcier, 2021, p. 444 : « Il ressort par conséquent de la qualification de commun une propriété amoindrie dont l'exclusivisme doit compter avec la volonté de permettre à tous de jouir du bien ».

aux différentes prétentions du public. Ainsi, certains intérêts latents semblent inexorablement refoulés par la nature même du droit d’auteur.

40. **La fragilisation de la propriété littéraire et artistique.** Si la propriété littéraire et artistique tente de s’adapter – parfois timidement – à l’évolution de la société et des médias, la remise en cause de ses fondements n’est pas à l’ordre du jour. Un tel bouleversement n’est souvent pas jugé nécessaire, le modèle pouvant être adapté au gré des circonstances. Néanmoins, les défis induits par Internet ne sont, semble-t-il, pas sans menacer les fondements mêmes du droit de la création immatérielle⁵. De plus en plus, le débat est porté sur des aménagements de droits qui auraient constitué des tabous il y a plusieurs dizaines d’années. Cette évolution est notamment en lien avec le droit européen qui tend vers une approche utilitariste qui n’a jamais prévalu historiquement sur le vieux continent. Dans ces circonstances, la fragilisation de la propriété littéraire et artistique et de ses assises ne peut qu’être constatée.

41. **Les marqueurs de l’inadaptation du modèle propriétaire à la réservation des œuvres de l’esprit.** Cette fragilisation de la matière trouve, selon nous, sa cause dans l’inadaptation du modèle propriétaire à la réservation des œuvres de l’esprit. Les marqueurs supposés de cette inadaptation, qui sont de deux ordres, vont ici être mis en évidence successivement. Premier indicateur, les enjeux numériques qui bouleversent totalement la manière dont l’œuvre est diffusée dans la société et dont le droit d’auteur est appréhendé par le public. La création étant communiquée sans frais et de façon instantanée, les internautes n’ont pas tardé à saisir les opportunités qu’offre Internet pour se saisir de l’œuvre dans le respect ou au mépris de la loi. Second indicateur, le développement, précipité par Internet, de droits reconnus au profit du public. De tels droits apparaissent souvent en inadéquation avec le droit positif et suscitent la crainte, fondée, d’ébranler les fondements de la propriété littéraire et artistique⁶. Nous nous intéresserons essentiellement à la potentielle reconnaissance de droits fondamentaux en faveur du public, particulièrement susceptibles de révéler l’inopportunité de la réservation propriétaire sur les œuvres de l’esprit. Ces indicateurs semblent particulièrement propices à une évaluation et une critique d’ensemble du droit de la création immatérielle. Ils serviront à estimer l’adhésion à la norme et la pertinence du droit positif au regard des enjeux

⁵ F. MACREZ, « L’exploitation numérique des livres indisponibles : que reste-t-il du droit d’auteur ? », *D.*, 2012, p. 749 : « Le développement du numérique engendre une nécessité d’adaptation du droit dont la profondeur peut aller jusqu’à en miner des principes que l’on croyait pourtant inaltérables ».

⁶ É. TERRIER, *Vers une nouvelle figure du droit d’auteur : l’affirmation d’une logique publique culturelle*, *op. cit.*, p. 473 : « les droits du public sont souvent perçus comme concurrents du droit d’auteur, leur objectif supposé étant de détricoter les droits exclusifs des créateurs et d’affaiblir la logique personnaliste du droit d’auteur ».

contemporains. Ils permettront également de répondre à la question de savoir si l'équilibre interne assuré par la matière entre les intérêts de l'auteur et de l'utilisateur peut être jugé satisfaisant. L'objectif est également ici d'évaluer si le droit d'auteur remplit la finalité qui lui a été fixée, ou s'il échoue à remplir son office. Nous constaterons dans cette première partie l'inadéquation flagrante de la propriété aux enjeux numériques (Titre I), cette inadéquation étant également manifeste en présence de droits fondamentaux de l'auteur et de l'utilisateur (Titre II).

Titre I : L'inadéquation flagrante de la propriété aux enjeux numériques

42. **La multiplication des vecteurs de diffusion de l'œuvre.** Internet n'est que le dernier-né d'une longue lignée de vecteurs de diffusion des informations et œuvres de l'esprit. L'écriture, le télégraphe, la radiophonie ou l'audiovisuel constituent des médias déjà bien ancrés dans la société moderne, bien que la plupart soient relativement récents. Ces différents instruments ont parfois suscité l'évolution du droit de la propriété littéraire et artistique et ont parfois justifié des régimes spécifiques comme en matière audiovisuelle ou cinématographique. Dans ce contexte, il est possible qu'Internet – mais cela n'a pas encore été démontré à ce stade – soit susceptible d'influencer le développement du droit de la création immatérielle. Cela est d'autant plus vrai qu'Internet présente une envergure jamais vue, assurant la convergence de l'ensemble des médias préexistants⁷. Ce réseau informationnel présente donc, *a priori*, tous les caractères suscitant une mutation du droit d'auteur et des droits voisins.

43. **La propriété de l'auteur confrontée à Internet.** Afin de déterminer si le système propriétaire est adapté ou non aux enjeux numériques, il semble opportun de questionner l'adéquation même de la nature d'Internet avec celle du droit d'auteur. Favorisant l'instantanéité, l'échange de données à peu de frais, voire l'anonymat, le réseau des réseaux pourrait bien porter atteinte à la réservation propriétaire. Ainsi, Internet menace-t-il le statut de la création et même le lien entre l'auteur et son œuvre. Cette dernière, parfois rabaissée au rang de simple objet de consommation, ne semble plus disposer de l'aura que tend à lui conférer le CPI. Dans ce contexte, la reconnaissance d'un droit absolu sur la création se trouve remis en cause par l'existence même d'Internet et des perspectives qu'il offre.

44. **La propriété de l'auteur confrontée à l'internaute.** Le degré d'adaptation de la réservation propriétaire aux enjeux numériques peut également être évalué à l'aune d'un facteur autrement déterminant : le comportement des internautes. La pratique des utilisateurs consiste ici en un indicateur majeur de l'adaptation du droit à la société, bien que – précisons-

⁷ P. TRUDEL, F. ABRAN, K. BENYKHLEF et S. HEIN, *Droit du cyberspace*, Thémis, 1997, n°16-10 : « Les inforoutes se caractérisent par le processus, non achevé, de convergence des techniques de communication, notamment l'audiovisuel (incluant la radiodiffusion et la câblodiffusion), les télécommunications et l'informatique ».

le d'emblée – le rôle du droit ne doit jamais se résumer à une simple codification de l'usage. Les pratiques et éventuelles revendications des internautes seront ainsi étudiées pour évaluer l'efficacité de la réservation propriétaire dans la sphère d'Internet. Dans l'hypothèse où cette réservation serait entachée, il conviendrait de s'enquérir des raisons d'un éventuel dysfonctionnement dans la réservation de l'œuvre.

45. **Frictions entre Droit, technique et usages.** Au regard de ce qui vient d'être exposé, il est probable qu'existent des frictions entre le Droit, la technique et les usages. Cela est d'autant plus probable que certains auteurs semblent redouter le glissement du droit d'auteur vers un simple droit de la consommation⁸. Pourtant, le droit d'auteur est-il, dans sa forme actuelle, véritablement menacé par Internet et les internautes ? La réservation propriétaire est-elle potentiellement inadaptée aux enjeux numériques ? Pour répondre à ces questions, nous constaterons que la propriété littéraire et artistique se trouve fragilisée par la nature d'Internet (Chapitre I), avant de retenir qu'elle l'est également par la nature des usages numériques (Chapitre II).

⁸ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2014, 2^{ème} éd., p. 72.

Chapitre I : La propriété littéraire et artistique fragilisée par la nature d'Internet

46. **Opportunités et écueils d'Internet pour le droit d'auteur.** Permettant la diffusion instantanée de l'œuvre à l'autre bout du monde, offrant de nouvelles perspectives en termes d'interaction avec le public et ouvrant de nouveaux marchés, Internet présente de nombreux atouts pour courtiser l'auteur et, au-delà, le producteur de l'œuvre. Néanmoins, une certaine hostilité peut être décelée dans la relation des titulaires de droit à Internet. Le rapport à l'objet de propriété intellectuelle a changé avec la diffusion numérique ; pour une partie du public, l'œuvre n'est plus l'objet de contemplation d'autrefois, mais plutôt un bien de consommation⁹. Les œuvres elles-mêmes sont parfois produites dans cette optique, comme en matière audiovisuelle. Dès lors, s'opère, au sens de Monsieur le Professeur André Lucas, un véritablement mouvement de « réification »¹⁰ de l'œuvre de l'esprit. Il s'agit là d'un risque majeur qui menace d'entacher la superbe du droit de la création immatérielle et de modifier sa philosophie en profondeur. Dans un tel contexte, Internet est plus que susceptible d'initier une reconsidération de la place de l'exclusivité au sein de la matière¹¹.

47. **Internet, contrée méconnue.** Dans le but d'étudier l'impact d'Internet sur le droit de la propriété littéraire et artistique, il apparaît essentiel de parfaitement appréhender le « réseau des réseaux » dans sa nature même. Une telle analyse est d'autant plus importante qu'Internet constitue une contrée bien souvent méconnue¹². Bien que les internautes s'aventurent aujourd'hui quotidiennement dans l'environnement numérique, la régulation d'Internet et sa structure demeure souvent ignorées. Avant de répondre à la question de savoir si la propriété littéraire et artistique est adaptée à Internet, encore faut-il, au préalable, être en mesure d'indiquer de quelle marge de manœuvre dispose l'État dans la régulation des usages de l'œuvre sur le réseau. À travers la question de la régulation apparaissent des enjeux relatifs à l'accès à l'œuvre ainsi qu'à son utilisation frauduleuse. Pour cette raison, nous verrons dans

⁹ D. BÉCOURT, « Vers une révolution du droit d'auteur ? », *Dr. et patr.*, n° 72, 1^{er} juin 1999 : « La notion d'« œuvre de l'esprit » – originale et unique – a cessé de constituer le modèle exclusif ».

¹⁰ LUCAS (A.), LUCAS (H.-J.) et LUCAS-SCHLOETTER (A.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 2017, 5^{ème} éd., p. 55.

¹¹ J. PETROU-FRELING, *L'évolution du droit d'auteur à l'heure du livre numérique : les conditions de développement d'un nouveau marché*, Thèse, Paris I, dir. J. FARCHY, 2016, p. 206 : « Le numérique, en affaiblissant l'exclusion, renforce la facilité de l'accès, ce qui oblige à revoir la pertinence de l'exclusion en matière de droit d'auteur ».

¹² P-X. CHOMIAC DE SAS, « Le dark web ou l'internet clandestin et son encadrement juridique », *RLDI*, n° 149, 1^{er} juin 2018.

un premier temps que l'encadrement d'Internet favorise l'accès à l'œuvre (Section I), avant, dans un second, temps, de constater que la contrefaçon de l'œuvre est favorisée par l'anonymat (Section II).

Section I : L'accès à l'œuvre favorisé par l'encadrement d'Internet

48. **Régulation de l'accès à l'œuvre sur le réseau.** Sur Internet, l'œuvre diffusée se trouve particulièrement exposée au regard du public. Le réseau se caractérisant par le libre accès, il semble parfois ardu de concilier la circulation fluide de l'œuvre avec le droit exclusif reconnu à l'auteur¹³. Cette équation instable amène à s'interroger sur deux enjeux liés au développement d'Internet. D'une part, se pose la question de savoir de quels pouvoirs disposent les États pour réguler l'essor d'Internet et des flux qui s'y propagent. Si l'emprise étatique sur la toile devait être relative, voire marginale, cela emporterait des conséquences majeures sur les solutions envisageables afin de mieux encadrer l'accès à l'œuvre. D'autre part, l'existence d'Internet impose un questionnement sur un potentiel « droit d'accès » au réseau. S'il existe une telle prérogative, l'accès à l'œuvre peut s'en trouver d'autant plus simplifié, bien que – et nous le verrons par la suite – l'accès à Internet n'est pas systématiquement synonyme d'accès à l'œuvre¹⁴. Partant, nous constaterons que la protection de l'œuvre est affaiblie sur Internet (§1), avant de mettre en évidence que l'accès à la propriété de l'auteur est renforcé sur ce même réseau (§2).

§1 : Protection affaiblie de la propriété de l'auteur sur un réseau décentralisé

49. **Emprise de la propriété littéraire et artistique sur Internet.** En dehors d'Internet, le pouvoir étatique peut éprouver des difficultés à asseoir son autorité en vue de réguler certaines activités. À n'en pas douter, dans le domaine numérique, l'État peut être amené à rencontrer des difficultés analogues, particulièrement lorsqu'il s'agit de faire respecter

¹³ M. TORRE-SCHAUB, « La place de l'analyse économique dans le droit américain du *copyright* : l'affaire *Napster*, entre usage légitime, droit à exclure et pouvoir de marché » in M-A. FRISON-ROCHE et A. ABELLLO, *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, p. 385 : « L'affaire *Napster* a montré combien il est difficile de trouver une solution harmonieuse entre le droit à exclure – accordé au titulaire – et le libre accès ».

¹⁴ V. *infra* n° 83.

la législation sur le droit d'auteur. Nous constaterons ainsi la relativisation patente du pouvoir étatique dans le domaine numérique (I), avant de mettre en évidence l'emprise imparfaite du droit de la propriété littéraire et artistique dans le domaine numérique (II).

I : L'emprise relative du pouvoir étatique dans le domaine numérique

50. **L'exemple des noms de domaine.** Pour introduire l'idée selon laquelle le pouvoir étatique est limité dans le domaine numérique, il semble opportun d'évoquer l'exemple symptomatique de la gouvernance des noms de domaine. Au sein du réseau Internet, chaque composante, comme l'ordinateur personnel ou le serveur, correspond à une extrémité d'une immense arborescence. Ce point précis est identifié par une adresse que l'on nomme IP pour *Internet Protocol* et qui consiste en une série de chiffres. Afin de faciliter la navigation des individus sur le réseau, le *Domain Name System* (DNS) fut créé dans les années quatre-vingt. Celui-ci permet d'associer l'IP à ce que l'on appelle un nom de domaine¹⁵, simplifiant d'autant plus l'accès aux différentes pages du réseau. L'obtention d'un nom de domaine est relativement libre puisqu'il s'agit de le réserver pour en obtenir la jouissance exclusive, selon un modèle qui n'est pas sans rappeler le droit des marques.

51. **Régime du nom de domaine.** Le nom de domaine est donc un élément clé de l'appropriation de l'espace numérique dont il nous revient de présenter brièvement le régime. Sans grande surprise, le droit exclusif portant sur un nom de domaine s'analyse en un bien aux yeux de la Cour EDH¹⁶. En effet, celui-ci représente un intérêt substantiel et ne saurait échapper aux dispositions du premier protocole additionnel de l'article premier de la CEDH, quand bien même il n'existe que sous forme dématérialisée¹⁷. Le nom de domaine s'analyse également en un signe distinctif au sens de l'article L. 711-1¹⁸ du CPI, ce qui explique la proximité de son régime avec celui de la marque de fabrique, de commerce ou de service. Cette proximité

¹⁵ A titre d'exemple, le site de Legifrance avait, au 13 octobre 2020, pour IP 45.60.136.242 et le nom de domaine qui y était associé était legifrance.gouv.fr.

¹⁶ Cour EDH, 18 sept. 2007, n° 25379/04, 21688/05, 21722/05 et 21770/05, *Paeffgen GmbH c/ Allemagne*, (JCP G, 2008, I, 158, n° 1, obs. C. CARON ; *RTD civ.*, 2008, p. 503, obs. T. REVET).

¹⁷ *Ibidem* : « the concept of “ possessions ” referred to in Article 1 of Protocol No.1 has an autonomous meaning which is not limited to ownership of physical goods and is independent from the formal classification in domestic law ».

¹⁸ Constituent un signe distinctif les « mots, assemblages de mots, noms patronymiques et géographiques, pseudonymes, lettres, chiffres, sigles », V. également dans le sens de la reconnaissance du nom de domaine en tant que signe distinctif : CA Paris, 15 oct. 2003, n° RG 96/33344, *Frédéric R. c/ Excelsior Publications*, (JCP E, n° 15, p. 621, note T. DEBIESSE).

s'explique, en outre, par le caractère limité et renouvelable de la réservation portant sur les noms de domaine¹⁹. Le régime du nom de domaine étant présenté, il nous revient d'évoquer la régulation dont fait l'objet son adressage.

52. Les autorités de régulation et d'adressage des noms de domaines.

La réservation des noms de domaine se fait auprès d'institutions spécialisées, dont la plus importante est sans conteste l'*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN)²⁰. Il s'agit d'une association de droit californien à but non lucratif qui vise la régulation de la délivrance des adresses IP et noms de domaines ainsi que d'autres services techniques. Créée en 1998, elle fut sous tutelle du gouvernement américain durant de nombreuses années dans la mesure où elle tirait sa légitimité d'un contrat passé avec le département du commerce et de l'industrie des États-Unis d'Amérique²¹. Ayant rempli les missions qui lui avaient été confiées, l'ICANN réussit à s'émanciper de l'État fédéral en octobre 2016, mettant presque un terme aux contestations relatives à la mainmise des États-Unis sur l'organisation. Plusieurs institutions épaulent l'ICANN au niveau régional. C'est notamment le cas de l'Association française pour le nommage Internet en coopération²² (AFNIC). Ce registre de noms de domaine a la charge d'attribuer les noms de domaine relevant du territoire français, notamment le « .fr ». L'AFNIC est contrainte par un cadre légal relatif aux noms de domaine en France. Il est notamment prévu que « les noms de domaine sont attribués et gérés dans l'intérêt général selon des règles non discriminatoires et transparentes, garantissant le respect de la liberté de communication, de la liberté d'entreprendre et des droits de propriété intellectuelle »²³. Bien que des représentants de l'État siègent à l'AFNIC, cette institution n'est pas sous la tutelle d'un État comme pouvait l'être l'ICANN dans le passé. Toutefois, si l'état n'est qu'une partie prenante, comment sont gouvernés l'ICANN et l'AFNIC ?

53. Gouvernance des autorités de régulation des noms de domaines.

Tant l'ICANN que l'AFNIC ou la DENIC²⁴ allemande font l'objet d'une gouvernance toute particulière. La forme associative de ces entités est déjà un indice sur leur mode de régulation. Ces autorités ne sont pas construites autour d'un traité formel, leur fonctionnement et leur

¹⁹ Code des postes et des communications électroniques, art. L. 45-1.

²⁰ A savoir que les principales missions de l'ICANN sont accomplies avec le soutien de l'*Internet Assigned Numbers Authority* (IANA).

²¹ F. MACREZ, *Créations informatiques : bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, Litec, 2011, p. 137.

²² L'ICANN conserve cependant un poids nettement plus important que l'AFNIC.

²³ Code des postes et des communications électroniques, art. L. 45-1.

²⁴ *Deutsch Network Information Center*.

gestion relevant avant tout du consensus. Il était entendu à propos de l'ICANN, et avant même qu'elle n'acquiert une totale autonomie, que le fonctionnement de celle-ci reposerait sur des accords et non sur une source purement légale²⁵. Ce consensus est notamment opéré entre des organisations internationales, des représentants des États²⁶, des associations d'utilisateurs d'Internet ou encore des membres de bureaux d'enregistrement des noms de domaines. C'est le choix initial d'opter pour la forme d'une association à but non lucratif qui a permis de mettre en place ce que l'on appelle aujourd'hui – de manière quelque peu barbare – le *multi-stakeholderisme* qui consiste en la gestion d'une organisation par de nombreuses parties prenantes. L'autorégulation s'impose ici, au détriment d'une source légale qui aurait largement eu l'occasion de s'appliquer si les États avaient empêché la privatisation des autorités de gestion. Le schéma d'autorité classique est ainsi particulièrement bousculé dans ce système où l'État, s'il n'est pas absent, s'efface au profit d'autres acteurs²⁷.

54. **La gouvernance d'Internet, limite au pouvoir étatique.** Le rôle des États se trouve donc réduit en matière de gestion des noms de domaine, à tel point que même en cas de litige, l'ICANN redirige le contentieux vers l'*International center for dispute resolution*, le centre d'arbitrage de l'OMPI ou le centre international d'expertise de la chambre de commerce internationale. Le recours à l'arbitrage est encore une manifestation de l'absence de mainmise de l'État dans la gouvernance des noms de domaines. Les États-Unis et la France sont contraints de rester autour de la table et de négocier de gré à gré avec les autres parties prenantes, de sorte qu'ils ne sont que « des acteurs parmi d'autres »²⁸. Un tel constat n'est cependant cantonné à la seule gestion des noms de domaine, la gouvernance d'Internet représentant, de façon bien plus globale, une certaine limite au pouvoir étatique.

55. **Internet, construction empirique.** Le réseau physique sur lequel se développe Internet s'est considérablement étendu depuis son avènement. Cette construction a avant tout été empirique, les installations se développant au gré des besoins. Bien que certains investissements relèvent pour partie des États, les règles de mise en œuvre du réseau échappent

²⁵ D. LINDSAY, *International Domain Law*, Oxford et Portland, 2007, p. 48 : « l'autorité sur les noms de domaine est [...] principalement définie au moyen d'accords entre les parties plutôt que par référence à une source légale d'autorité indépendante et externe, tel un traité international ».

²⁶ Les représentants des États sont regroupés au sein du comité consultatif des gouvernements. Le simple fait que cet organe soit qualifié de *consultatif* en dit long sur l'absence de mainmise des États sur l'ICANN.

²⁷ L. BELLI, *De la gouvernance à la régulation de l'Internet*, Thèse, Paris II, dir. G. GUGLIELMI, éd. Berger-Levrault, 2016, p. 53 : « le paradigme weberiano-kelsenien est mis à l'épreuve de l'émergence de centres de régulation autonomes et indépendants qui sont encadrés plus efficacement par une structure en réseau plutôt que par une structure pyramidale traditionnelle ».

²⁸ J. NOCETTI, « Internet, une gouvernance inachevée », *Revue Politique étrangère*, vol.79, n° 4, 2014, p. 11.

elles aussi assez largement à la souveraineté étatique. Au-delà de la seule structure physique du réseau, l'architecture numérique de celui-ci semble en apparence une considération bien triviale. Ce qui n'apparaît que comme une simple considération technique pourrait cependant représenter un enjeu considérable dans la détermination de la place de l'État dans la gouvernance d'Internet. Pour parfaitement entrevoir l'importance de ce point, il semble opportun de centrer le débat sur les artisans du cyberspace.

56. « **Le code fait loi** ». En janvier 2000, Lawrence Lessig, Professeur de Droit à l'Université d'Harvard, rédigeait un article intitulé « *Code is law* »²⁹, dans lequel il mettait en avant le caractère normatif du codage qui structure Internet. Pour lui, le cyberspace est notamment régulé par les codeurs car ce sont eux qui posent les conditions d'accès aux sites (âge de l'utilisateur, libre accès ou présentation d'un certificat de connexion). Ces architectes d'Internet vont alors avoir un impact non négligeable dans l'établissement des règles d'accès au réseau.

57. **Les maîtres du code.** Les techniciens en charge de l'élaboration du code qui structure le réseau se sont regroupés au sein d'institutions, dont certaines sont informelles, afin d'accompagner les évolutions d'Internet. Interviennent ici de nombreux groupements dont les interactions sont complexes. À titre d'exemple il est possible de désigner l'*Internet Society* (ISOC), association de droit américain, comme l'autorité la plus influente en matière numérique. Ses membres, qui se comptent en dizaines de milliers, se donnent pour mission de jouer le rôle de chef d'orchestre du déploiement d'Internet. À ce titre, l'association a confié le développement d'Internet à l'*Internet Architecture Board* (IAB), qui se décompose en groupes de travail. Le plus important d'entre eux est sans aucun doute l'*Internet Engineering Task Force* (IETF), qui est chargée de l'établissement des standards d'Internet. Des centaines de groupes de l'IETF sont présents à l'international et participent de manière conjointe à l'adaptation et l'amélioration du fonctionnement du réseau. Il est également possible d'évoquer ici le *World Wide Web Consortium* (W3C), qui se donne pour but de rendre compatibles les différents langages utilisés sur la toile. Au-delà du simple rôle de ces groupements dans l'établissement de l'architecture d'Internet, il est indéniable que ceux-ci disposent d'un pouvoir d'une autre nature. Comme le soulève justement le Professeur Evelyne Lagrange, ces institutions privées « détiennent un pouvoir normatif – éventuellement indirect – allant au-delà de la standardisation technique et, pour certaines d'entre elles au moins, un pouvoir opérationnel sur des segments

²⁹ L. LESSIG, « Code is Law, On liberty in cyberspace », *Harvard Magazine*, janv. 2000.

critiques du réseau (registres, serveurs...) »³⁰. Ainsi, les maîtres du code apparaissent, en quelque sorte, comme des rédacteurs invisibles en charge d'une fonction déterminante pour le développement même d'Internet³¹.

58. Le recours à l'autorégulation dans la gouvernance d'Internet. En présence d'une myriade d'associations et groupements informels, impossible de prétendre donner en quelques lignes une analyse complète des enjeux sous-jacents. Toutefois, au regard des quelques éléments envisagés se dégage une constante : l'autorégulation prime. Selon un système particulièrement proche de celui régissant l'ICANN, la gouvernance du réseau résulte d'une concertation multi-parties prenantes. À toutes les étapes, la régulation d'Internet présente le même visage et l'État ne peut, une nouvelle fois, s'imposer comme seule autorité de régulation en la matière³². Le pouvoir n'apparaît pas sans partage sur Internet, ce qui tend à questionner la place de l'État dans ce cadre.

59. Une autorégulation satisfaisante. Au fond, aucun véritable maître d'Internet ne s'échappe de la masse d'associations et de groupements informels qui forment la cheville ouvrière du réseau. Loin de pouvoir identifier une entité souveraine et omnipotente, l'on se trouve face à une hydre indétrônable. Les forces en présence ayant des voix équivalentes, seul le consensus et la conciliation trouvent leur place dans la régulation d'Internet. L'État étant relégué au rang de simple protagoniste dans la régulation d'Internet, certains, dont le Professeur Lawrence Lessig, ont pu craindre dans un premier temps que les plus opportunistes profitent de la situation³³. Si ces inquiétudes pouvaient être légitimes au début du millénaire, l'on constate que la gouvernance d'Internet, de par sa nature collaborative, empêche la domination d'un seul acteur au détriment des autres³⁴. La place de l'État n'a donc pas été occupée par de puissants

³⁰ E. LAGRANGE, « Panorama des institutions impliquées dans la "gouvernance de l'Internet" » in Société française pour le droit international, *Internet et le droit international*, Colloque de Rouen, éd. Pedone, 2014, p. 206.

³¹ V. *contra* M-A. FRISON-ROCHE, « Pour réguler l'espace numérique : la solution de l'interrégulation », *CCE*, n°11, nov. 2016, entretien 10 : « il n'est pas tant besoin de "réguler Internet" en soi que d'interréguler ce qui s'y déroule. Cela n'est d'ailleurs pas opportun de "réguler en soi Internet" car il y a une continuité entre l'objet régulé dans l'espace concret et l'espace virtuel » ; V. ég. J. GROFFE-CHARRIER, « La loi est-elle dictée par le code ? », *Dalloz IP/IT*, 2020, p. 602.

³² *Rapport du groupe de travail sur la gouvernance d'Internet des Nations Unies*, Juin 2005, p. 4.

³³ L. LESSIG, « Code is Law, On liberty in cyberspace », *op. cit.* : « Quand les intérêts gouvernementaux sont écartés, d'autres intérêts les remplacent. Les connaissons-nous ? Sommes-nous sûrs qu'ils soient meilleurs ? ».

³⁴ Certaines inquiétudes demeurent malgré tout, notamment au regard d'une possible modification de l'architecture d'Internet : « L'alternative est la suivante : poursuivre sur la voie d'un Internet libre et ouvert, celui qui a historiquement favorisé l'innovation, la croissance économique, le développement social et la liberté de communication ; ou prendre un virage à cent quatre-vingts degrés et faire le choix d'un Internet réglementé, limité, censuré et fragmenté, les politiques nationales et les intérêts commerciaux des entreprises restreignant ou étouffant les droits et libertés individuels », W. KLEINWÄCHTER, « Internet, sociétés civiles et gouvernements : cohabitation ou choc des cultures ? », *Revue Politique étrangère*, vol.77, n° 2, 2012, p. 264.

groupements privés car, d'une part, l'État demeure présent et puisque, d'autre part, les particuliers, associations, et membres de la société civile se sont approprié le cyberspace aux côtés des entreprises et autres acteurs. Pour l'heure, la gouvernance d'Internet fonctionne de manière satisfaisante, le système de régulation multi-parties prenantes étant éprouvé.

60. **Relativité du rôle des États dans la gouvernance d'Internet.** À l'issue de ces premiers développements, se dégage le constat que les États ne sont pas parfaitement souverains concernant la régulation d'Internet. Ce dernier constituant une construction empirique et intéressant une multitude d'acteurs, il est légitime que d'autres parties prenantes participent à l'élaboration du réseau. Cela peut cependant sembler étonnant dans la mesure où Internet peut être comparé à une forme de service public³⁵ dont l'État se déresponsabilise partiellement. Néanmoins, la régulation des noms de domaine ou de la construction même du réseau ne constitue qu'une partie des enjeux liés à Internet. L'édiction de la norme et son application sur Internet représentent ainsi un monopole pour l'État. Toutefois, au regard de la nature d'Internet, l'emprise de la norme dans le cyberspace pourrait être compromise.

II : L'emprise imparfaite du droit de la propriété littéraire et artistique dans le domaine numérique

61. **Difficultés relatives à la gestion des flux de données.** La maîtrise d'Internet semble, au moins en apparence, échapper partiellement à l'emprise du pouvoir souverain, empêchant ce dernier de parfaitement projeter sa volonté dans la sphère dématérialisée. Un tel constat pourrait entraîner des conséquences qui dépasseraient nécessairement le seul environnement numérique. En effet, monde physique et numérique interagissent l'un avec l'autre, de sorte qu'une perte d'influence des gouvernements dans la sphère numérique emporterait des conséquences sur le plan matériel. Le non-respect de la loi sur Internet peut effectivement susciter une perte d'autorité progressive de l'État particulièrement délétère comme nous aurons l'occasion de l'étudier. Ici, le risque est véritablement celui de l'échec de

³⁵ N. BONUCCI, A EXCOFFIER-NOSOV et M. ROGERS, « La gouvernance d'Internet vue par une organisation internationale » in Société française pour le droit international, *Internet et le droit international*, colloque de Rouen, éd. Pedone, 2014, p. 237 : « Internet est de facto un service public universel assuré par des intérêts privés sur la base d'une construction juridique de droit interne américain ».

l'État dont le rôle se trouve parfois relativisé³⁶. Face au flux croissant de données, l'État, ne pouvant matériellement et légalement réguler la totalité des contenus au cas par cas, se trouve placé en difficulté. Le maillage d'Internet favorisant les échanges, la régulation du trafic d'informations devient particulièrement complexe et les infractions, à l'instar de la contrefaçon, se trouvent démultipliées³⁷. Par nature, Internet ne se prête donc pas aisément à la régulation étatique, bien qu'il n'y échappe pas purement ; il ne peut que difficilement – et au prix de graves restrictions aux libertés fondamentales – faire l'objet d'une mainmise de l'État. Seuls des régimes particulièrement autoritaires tels ceux de la République populaire de Chine³⁸ ou de la Russie parviennent à atteindre un degré de contrôle maximal du réseau sur leur sol. Une telle emprise apparaît toutefois exclue dans les sociétés occidentales, car notamment contraire à la liberté d'expression et ses différentes composantes.

62. **Internet, zone de non-droit ?** Au regard de ces difficultés quant à la régulation des flux de données, il est fréquemment soutenu que, par nature, Internet serait une zone de non-droit, échappant par principe à l'influence de tout pouvoir souverain. Cet espace serait dès lors une jungle, un espace de liberté absolu pour lequel aucun amendement n'aurait été porté au contrat social³⁹. Croyant retrouver l'état de nature dans le monde immatériel, une partie des internautes n'hésite pas à harceler, hacker ou contrefaire massivement des droits de propriété intellectuelle. L'individu, le matériel et l'œuvre se trouvent donc particulièrement exposés sur la toile, à tel point qu'il est fréquemment proclamé qu'Internet serait une zone de non-droit.

63. **Une menace sur la propriété littéraire et artistique.** La croyance en un monde affranchi du Droit et du contrôle étatique conduit à un sentiment de liberté vis-à-vis de la propriété littéraire et artistique. Certains n'hésitent ainsi pas à vanter les bienfaits d'Internet grâce auquel « cesse la confiscation de l'intelligence collective par des minorités de fait ou de droit »⁴⁰. Le droit d'auteur, parfois conçu comme un privilège illégitime aux yeux d'une partie

³⁶ P. TURK, « La souveraineté des États à l'épreuve d'Internet », *Revue du droit public*, Lextenso, nov. 2013, n° 6, p. 1489 ; V. ég. B. BARRAUD, *Le renouvellement des sources du droit, Illustrations en droit de la communication par Internet*, Thèse, Aix-Marseille, dir. H. ISAR, PUAM, 2018, p. 47 : « L'internet et la mondialisation qu'il accompagne posent la question de la "fin des territoires" et, par conséquent, la question de la "fin des États", ainsi que celle de la "fin du droit" ou, du moins, d'une certaine idée du droit ».

³⁷ L. LESSIG, « Code is Law, On liberty in cyberspace », *op. cit.* : « dans la mesure où il est difficile d'identifier les internautes, il devient très difficile d'associer un comportement à un individu particulier. Et dans la mesure où il est difficile d'identifier le type de données qui sont envoyées, il devient très difficile de réguler l'échange d'un certain type de données. Ces spécificités de l'architecture d'Internet signifient que les gouvernements sont relativement restreints dans leur capacité à réguler les activités sur le Net ».

³⁸ F. DOUZET, « Les frontières chinoises de l'Internet », *Revue Hérodote*, La Découverte, 2017/2, n° 125, p. 127.

³⁹ J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « L'internet ou l'illusion libertaire » in P. SIMLER (offert à), *Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, Dalloz et LexisNexis, 2006, p. 803

⁴⁰ J-A. JUTTEAU, *L'âge du jeu*, Sciences Po les presses, 2017, p. 113.

du public, se trouve par conséquent menacé dans l'espace numérique. Faut-il, dès lors, considérer que la propriété littéraire et artistique ne trouve aucune emprise sur le réseau Internet ?

64. **Internet, espace sous l'emprise du Droit.** Le postulat selon lequel Internet serait une zone de non-droit est manifestement erroné. Le caractère non tangible d'Internet ne saurait en effet être un prétexte pour le faire échapper au Droit. Au contraire, il implique la mise en relation d'un nombre extrêmement varié de normes⁴¹. Véritable carrefour des législations nationales et supranationales⁴² et lieu privilégié de mise en œuvre du droit de la consommation, Internet est éminemment concerné par la règle de droit. En réalité, si le réseau numérique constitue un bouleversement technique, il n'a pas pour autant laissé exsangue l'ordre juridique⁴³. Internet n'est qu'un fait, singulier certes, mais auquel le Droit peut et doit impérativement s'adapter⁴⁴. Si la régulation des noms de domaine et du développement même d'Internet pouvait faire craindre une forme de démission de l'État et, à travers lui, du Droit, le constat est en réalité tout autre. En réalité, Internet est, aujourd'hui plus que jamais, un espace sous l'emprise du Droit⁴⁵.

65. **Omniprésence du Droit.** Ne serait-ce que sur le plan théorique, la présence d'une régulation étatique s'impose. Les ressortissants d'un État ne sauraient échapper à leur législation nationale sous couvert d'opérer dans une sphère immatérielle. Le retrait de la règle de Droit d'Internet constituerait une hérésie en ce qu'elle porterait une atteinte sévère à l'applicabilité de la norme sur le plan physique, ces deux espaces étant interconnectés.

⁴¹ P. TURK, « La souveraineté des États à l'épreuve d'Internet », *op. cit.*, p. 1489 : « loin d'être une zone de non-droit, Internet se retrouve soumis aux feux croisés des législations nationales et des réglementations supranationales, fixant des limites à la liberté d'expression, protégeant la vie privée ou les droits d'auteur, ou réglementant le commerce, la publicité ou les jeux en ligne ».

⁴² F. DONNAT, Droit européen de l'Internet : réseaux, données, services, *LGDJ*, 2018, p. 11 : « Loin d'être une zone sans frontière, Internet est un réseau à la fois mondial et régional, qui obéit tout autant à des règles universelles qui sous-tendent son fonctionnement qu'aux législations nationales applicables sur le territoire dans lequel les activités ont lieu ».

⁴³ M. BARDIN, « Le droit d'accès à Internet : entre "choix de société" et protection des droits existants », *RLDI*, n° 91, 1^{er} mars 2013 : « Internet n'a rien créé sinon, peut-être, une nouvelle manière d'exercer ses droits ».

⁴⁴ G. VERMELLE, « L'immatériel et la répression » in F. TERRÉ, *Le droit et l'immatériel, Archives de philosophie du droit*, t. 43, Sirey, 1999, p. 223 : « On ne peut aller contre l'immatériel. Ce n'est ni totalement un bienfait pour l'humanité, ni fondamentalement une horreur technologique. C'est un fait. Un instrument nouveau. Il faut même renoncer à le soumettre à une surveillance totale ».

⁴⁵ Dans le même sens, E. TARDIEU-GUIGUES, « Internet et territoire », *RLDI*, n° 99, déc. 2013 : « La revendication des États sur le réseau internet s'affirme, et ces derniers exercent, d'une façon ou d'une autre, leur souveraineté sur celui-ci » ; V. ég. G. FLORIMOND, *Droit et Internet, de la logique internationaliste à la logique réaliste*, Thèse, Nantes, dir. I. DESPRES, Mare et Martin, 2016, p. 34 : « le droit des États s'applique sur Internet. C'est le constat du mouvement réaliste. Il s'applique parce que les internautes sont des personnes physiques présentes dans le monde réel et que les opérateurs sont des sociétés constituées sous l'empire des lois étatiques ; mais surtout, il s'applique parce qu'il est nécessaire ».

Les arguments tirés de l'idée selon laquelle Internet serait naturellement hermétique à la norme sont viscéralement erronés. Bien que cet espace soit, en lui-même, très difficile à contrôler, ce n'est pas toujours le cas de l'activité qui se développe en son sein. En réalité, une régulation par le pouvoir régalien est possible et des outils de contrôle existent notamment pour vérifier l'adresse IP des internautes. Bien entendu, ce contrôle demeure limité et, en l'état actuel, se montre parfois insuffisant pour obtenir le respect de la norme. Ainsi, même si son emprise peut se montrer moins intense, l'État conserve un certain pouvoir d'intervention dans la sphère numérique, lui permettant d'agir en vue d'imposer le respect de la règle de Droit. Ce dernier ne peut qu'occuper l'espace numérique, puisqu'il s'agit d'un espace social. La norme est condamnée à poursuivre l'Homme dans ses relations avec ses semblables, quelle qu'en soit la forme, quel que soit le lieu...

66. **Application du droit pénal dans l'espace numérique.** Comme le Droit dans son ensemble, les qualifications pénales classiques ont vocation à envahir la sphère numérique sans connaître de bouleversement majeur. Si l'identification de l'auteur de l'infraction est plus difficile sur Internet, l'adaptation du Droit consistera souvent en une aggravation de la peine encourue lorsqu'est utilisé un service de communication au public en ligne, comme c'est le cas en matière de harcèlement moral⁴⁶. En matière de contrefaçon, le raisonnement est strictement identique dans la mesure où cette qualification pénale concerne toute atteinte au droit moral ou aux droits patrimoniaux commise sur Internet.

67. **Autorité imparfaite du droit d'auteur sur Internet.** Il est bien évident que la propriété littéraire et artistique ne saurait, à l'image du Droit dans son ensemble, être étrangère à Internet. Le droit de la création immatérielle a bien entendu toute légitimité et toute compétence pour régir le comportement des internautes. Néanmoins, si l'emprise de cette matière sur les usages numériques est théoriquement sans conteste, les faits révèlent une certaine difficulté de la norme à s'imposer. En effet, comme nous le verrons plus en détail en aval, la contrefaçon est massive sur Internet, impliquant un non-respect extrêmement important de la législation en la matière⁴⁷. Ainsi, ce n'est pas tant la question de la présence ou de la compétence de la norme qui se pose, mais plutôt celle de son respect, de son application effective⁴⁸. C'est en ce sens que l'autorité du droit d'auteur peut être qualifiée d'imparfaite, la loi faisant, sur ce point, l'objet de nombreuses violations. Il est ici primordial de mettre ce point en

⁴⁶ C. pénal, art. 222-33-2-2 4°.

⁴⁷ V. *infra* n° 136.

⁴⁸ F. DONNAT, Droit européen de l'Internet : réseaux, données, services, *op. cit.*, p. 12.

exergue pour la suite des développements, une telle question ayant une vocation centrale dans notre démonstration d'ensemble.

68. **L'accès simplifié aux œuvres de l'esprit par Internet.** Le droit de la propriété littéraire et artistique, s'il est donc présent dans la sphère numérique, n'en demeure pas moins chahuté. L'œuvre de l'esprit demeure protégée, mais sa protection effective, si elle est, à certaines occasions, simplifiée car automatisée, s'avère parfois plus difficile à assurer. Partant, si la création n'est pas livrée à un simple « *far west* juridique », il n'en demeure pas moins que sa protection se trouve affaiblie car difficile à mettre en œuvre. C'est dans ce contexte qu'Internet permet un accès simplifié aux œuvres de l'esprit, rendant celles-ci d'autant plus vulnérables face aux actes de contrefaçon. Il semble alors opportun de s'interroger sur la légitimité et la protection reconnue aux internautes concernant l'accès au réseau. Si l'Internaute devait disposer d'un droit d'accéder à Internet, de quelle ampleur celui-ci disposerait-il ? Dans l'hypothèse où un « droit d'accès à Internet » devait exister, pourrait-il conduire à légitimer une forme de « droit d'accès à l'œuvre » ? En répondant à ces questions, nous mettrons un peu plus en exergue le fait que l'accès à l'œuvre de l'esprit est grandement favorisé par Internet.

§2 : Accès renforcé à la propriété de l'auteur sur un réseau décentralisé

69. **L'accès à Internet comme préalable à l'accès à l'œuvre sous format numérique.** L'accès à l'œuvre de l'esprit se trouve largement simplifié via les réseaux informatiques. Toutefois, l'accès à l'œuvre sous format numérique a bien souvent pour condition préalable l'accès à Internet, qui se révèle donc être un enjeu majeur. Si le droit d'accéder au réseau se trouvait garanti, l'accès à l'œuvre n'en serait que favorisé – mais non assuré pour autant. Pouvant bénéficier de l'appui d'un droit fondamental, il est extrêmement probable que ce droit d'accès présente une importance non négligeable en droit positif. L'accès à Internet sera ainsi rattaché à la liberté d'expression et de communication (I), avant que ne soit envisagé un « droit d'accès » à Internet autonome (II).

70. **Une liberté d'expression tutélaire.** L'accès à Internet, s'il doit être rattaché à une prérogative, peut être intuitivement rapproché de la liberté d'expression et de communication. Cette dernière semble ici s'imposer en tant que liberté tutélaire, mais d'autres droits fondamentaux sont de nature à justifier l'accès de chacun au réseau informatique. Par exemple, pourquoi la liberté d'aller et venir devrait-elle se cantonner à la sphère physique ? Dans une conception large, il serait possible de considérer que l'utilisateur se déplace dans l'espace virtuel. Ne dit-on pas d'ailleurs qu'il « surf » ou qu'il « navigue » ? Autre illustration, celui de la liberté de commerce et d'industrie ; Internet étant le prolongement du monde tangible, la restriction des activités ayant lieu en son sein serait susceptible de porter atteinte à ce droit, justifiant d'autant plus le libre accès au réseau. Néanmoins, aucun droit ne semble permettre de mieux sanctuariser l'accès à Internet que la liberté d'expression et de communication. Il convient bien entendu de rappeler le caractère fondamental de ce droit au sens de la DDHC⁴⁹. Internet étant le plus parfait vecteur des idées humaines, il participe pleinement de l'exercice de la liberté d'expression. Il s'agit de la liberté qui caractérise le plus cet espace, puisqu'elle concerne la quasi-intégralité des activités ayant lieu sur Internet. La moindre conversation, le plus petit forum ou le plus modeste des avis sont des manifestations de la liberté d'expression et de communication. Difficile de trouver plus solide fondement en lien avec un éventuel droit d'accéder au contenu du *web* et aux acteurs qui participent à son activité ; ainsi la liberté d'expression apparaît comme un tuteur auprès duquel pourrait se développer, ou se dévoiler, un tel droit.

71. **La liberté d'expression et de communication, droit fondamental dans la sphère d'Internet.** Dans son rapport au Premier ministre sur les droits et libertés sur Internet, le député Christian Paul indiquait qu'Internet ne pouvait se concevoir en dehors de toute liberté d'expression⁵⁰. Internet intègre une très forte dimension humaine, qui contraint à intégrer la quasi-totalité des droits et libertés fondamentaux dans sa sphère d'influence. L'individu participant à la construction d'Internet, on ne saurait le censurer sans appauvrir en

⁴⁹ DDHC du 26 août 1789, art. 11 : « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre à l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi ».

⁵⁰ C. PAUL, *Du droit et des libertés sur Internet : rapport au premier ministre*, La documentation française, 2001, p. 33 : « Sans nul doute, la liberté d'expression doit être reconnue comme un principe fondamental de l'Internet. Elle constitue à la fois l'une de ses conditions de développement et l'un de ses acquis ».

partie le contenu du réseau. Cette liberté fondamentale pèse donc tout particulièrement dans la sphère numérique. L'étendue d'un éventuel droit d'accès à Internet sera dès lors déterminée au regard de l'importance que revêt la liberté d'expression dans un ordre juridique donné. Il est ainsi possible de deviner une différence d'approche entre la France et les États-Unis, ces deux pays ne réservant pas les mêmes limites à ce droit fondamental⁵¹. Là où le juge français sera éventuellement enclin à restreindre l'accès à Internet ou l'une de ses composantes, le juge américain devra se montrer particulièrement prudent pour ne pas contrarier un fondement qui ne présente que peu de limites. Quoi qu'il en soit – et même en droit français – le caractère fondamental de la liberté d'expression tendra à limiter drastiquement les possibles atteintes à l'accès au *web*. Au regard de cette liberté fondamentale, il est déjà possible d'identifier un premier corollaire à la liberté d'expression et de communication sur Internet : le « droit d'accès à la société numérique »⁵². Avoir le droit de s'exprimer impliquerait logiquement le droit d'entrer en contact avec autrui, y compris sur Internet. Grâce à ce simple aperçu, l'on comprend que l'accès peut englober bien d'autres composantes, tel le simple accès à l'information en ligne. Dès lors, la liberté d'expression et de communication n'est-elle pas pleinement en mesure de sous-tendre un droit autonome d'accès à Internet ?

II : L'autonomie du droit d'accès à Internet

72. L'accès à Internet, droit subjectif ou liberté fondamentale ? L'identification d'une prérogative personnelle d'accès à Internet qui ne soit pas totalement éclipsée par son droit tutélaire est un premier pas vers la reconnaissance d'un droit subjectif d'accès à Internet (A), ce dernier pouvant être qualifié de droit fondamental dérivé (B).

A : Le droit subjectif d'accès à Internet

73. Une complète reconnaissance du droit d'accès à Internet au plan interne. L'accès à Internet est un enjeu qui est loin d'avoir suscité le désintérêt en France et à travers le

⁵¹ O. ITANEAU, *Quand le digital défie l'État de droit*, Eyrolles, 2016, p. 56 : « la liberté d'expression et le *freedom of speech* ont des contenus bien différents. La première est encadrée par la loi et les abus sanctionnés, quand le second est absolu et garanti comme tel par la Constitution de 1787 des États-Unis et son premier amendement ».

⁵² M-C. ROQUES-BONNET, *Le Droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Thèse, Toulouse, dir. L. RAPP, éd. Michalon, 2010, p. 409.

monde. Dans certains pays, comme aux Philippines, l'accès à Internet a été reconnu comme un droit à part entière⁵³. Existe-t-il, en France, un tel droit subjectif d'accès aux réseaux de communication ? La réponse est sans aucune hésitation positive. Si des doutes étaient possibles avant 2009, la censure de la première loi HADOPI par le Conseil constitutionnel apporte une solution nette : « qu'en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit [la libre communication des pensées et des opinions] implique la liberté d'accéder à ces services »⁵⁴. Là encore, la liberté d'expression s'impose comme la principale justification à ce qui est enfin reconnu comme un droit d'accès⁵⁵. C'est le terme de liberté qui est ici employé par le Conseil constitutionnel, marquant l'importance d'un tel droit, qui semble primer le droit d'auteur⁵⁶. Même si l'accent est mis sur le rôle du droit tutélaire, la liberté d'accéder à Internet se distingue et s'isole parfaitement : elle acquiert son autonomie.

74. Une pleine reconnaissance du droit d'accès à Internet à l'international.

Au-delà de la seule approche française de la question, l'accès à Internet est érigé en droit subjectif par certains pays et organisations. C'est notamment le cas de l'Union européenne qui a reconnu par règlement que « l'utilisateur final » dispose du droit d'accéder librement aux informations et contenus et d'en diffuser eux-mêmes via Internet⁵⁷. L'utilisateur final, qui n'est autre que l'internaute, a ainsi le droit de prendre connaissance et de participer activement à la vie numérique. Le Parlement et le Conseil n'utilisent pas le terme de liberté mais s'en tiennent

⁵³ Magna Carta for Philippine Internet freedom, 2013, section 6.1 : « the State shall, within its jurisdiction, protect and promote universal access to the internet ».

⁵⁴ Cons. const., 10 juin 2009, Décision n° 2009-580, *HADOPI*, (RSC, 2009, p. 609, obs. J. FRANCILLON ; *D.*, 2009, p. 1770, obs. J-M BRUGUIÈRE ; *D.*, 2009, p. 2045, note L. MARINO ; *JCP E*, n° 40, p. 17, note A. ZOLLINGER ; *RLDI*, 2009, n° 51, p. 107, note I. BOUBEKEUR).

⁵⁵ Le droit d'accéder à la culture, que nous aurons largement l'occasion d'aborder, peut être également avancé comme l'un des fondements du droit général d'accès à Internet : « Le droit d'accès à la culture (ou à l'éducation) pourrait être invoqué à l'appui d'une revendication d'un droit d'accès au réseau Internet », A. STROWEL, « La loi Création et Internet : de la confirmation d'un « droit d'accès » en droit d'auteur à l'analyse de la proportionnalité de la réponse graduée » in IRPI, *Contrefaçon sur Internet, les enjeux du droit d'auteur sur le web 2.0*, Colloque de l'IRPI, LexisNexis 2009, p. 109.

⁵⁶ « Le Conseil constitutionnel a établi une hiérarchie entre droits de l'Homme qui l'a conduit à faire prévaloir la liberté d'expression et sa résultante, la connexion à internet, sur la défense du droit d'auteur », V-L. BENABOU, « Grand guignol », *Propriétés intellectuelles*, n° 32, juill. 2009, p. 214.

⁵⁷ Art. 3 1° du règlement UE 2015/2120 du Parlement européen et du Conseil du 25 nov. 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un Internet ouvert : « les utilisateurs finals ont le droit d'accéder aux informations et aux contenus et de les diffuser, d'utiliser et de fournir des applications et des services et d'utiliser les équipements terminaux de leur choix, quel que soit le lieu où se trouve l'utilisateur final ou le fournisseur, et quels que soient le lieu, l'origine ou la destination de l'information, du contenu, de l'application ou du service, par l'intermédiaire de leur service d'accès à l'internet ».

simplement à la reconnaissance d'un droit, ce qui ne peut cependant pas conduire à minorer l'importance de la prérogative reconnue.

75. **Le droit d'accès à Internet selon la Cour EDH.** La Cour EDH a également eu l'occasion de reconnaître ce même droit d'accès à Internet⁵⁸ lors d'une affaire ayant trait au placement en détention suivant une infraction pénale. Ici, le blocage de l'accès à Internet suffit à la Cour pour conclure que « la mesure en cause est constitutive d'une "ingérence d'autorités publiques" dans le droit de l'intéressé à la liberté d'expression, dont fait partie intégrante la liberté de recevoir et de communiquer des informations ou des idées »⁵⁹. La solution de la Cour EDH est intéressante car nuancée⁶⁰ ; elle admet qu'un accès sans aucune restriction ne peut être reconnu aux détenus. Toutefois, certains sites – notamment ceux permettant la connaissance de ses droits – doivent demeurer accessibles. Le fondement semble ici davantage être celui du droit à l'information que celui de la liberté d'expression. Pour autant, le résultat demeure le même, à savoir la reconnaissance d'un droit d'accès à Internet, même à minima.

76. **Le droit d'accès à Internet aux États-Unis d'Amérique.** Au niveau fédéral, la Cour suprême des États-Unis d'Amérique a largement limité l'atteinte à ce droit par l'arrêt *Reno*⁶¹ où était mise en avant la liberté d'expression. Le libéralisme américain transparait dans la décision puisque la solution fut guidée par la conviction qu'une forte régulation de la liberté d'expression serait néfaste. En réalité, la Cour suprême ne vise pas directement un droit d'accès à Internet mais refuse l'entrave au *freedom of speech* sur le réseau numérique. Si la liberté de parole sur Internet doit être préservée, *a fortiori*, l'accès à Internet doit l'être par la même occasion. Il résulte de ces éléments que l'accès à Internet, qu'il soit directement ou indirectement reconnu et qu'il repose sur la liberté d'expression⁶² ou le droit à l'information,

⁵⁸ Cour EDH, 18 déc. 2012, n° 3111/10, *Ahmet Yildirim c/ Turquie*, (AJDA, 2013, p. 165, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *Dalloz actualité*, 9 janv. 2013, obs. C. MANARA ; JCP G, 2013, p. 97, obs. F. SUDRE) ; V. ég. Cour EDH, 19 janv. 2016, n° 17429/10, *Kalda c/ Estonie*, (*Dalloz actualité*, 3 févr. 2016, obs. L. PRIOU-ALIBERT ; *D.*, 2016, p. 1220, obs. J-P. CÉRÉ ; *AJ pénal*, 2016, p. 224, obs. V. CHOVGAN ; *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 266, obs. L. SAENKO) et Cour EDH, 9 févr. 2021, n° 68550/17, *Ramazan Demir c/ Turquie*, (*Gaz. Pal.*, n° 8, p. 42, note C. BERLAUD).

⁵⁹ *Ibidem*, point n° 55.

⁶⁰ On notera également que la Cour demande aux juridictions d'effectuer une mise en balance entre l'intérêt des détenus et les impératifs de l'ordre public : Cour EDH, 18 juin 2019, n° 47121/06, *Mehmet c/ Turquie*, (RSC, 2019, p. 717, obs. J-P. MARGUÉNAUD ; JCP G, n° 27, p. 1312, note B. PASTRE-BELDA).

⁶¹ Cour suprême des États-Unis d'Amérique, 26 juin 1997, n° 96-511, *Attorney general of the United States c/ American Civil Liberties Union* : « As a matter of constitutional tradition, in the absence of evidence to the contrary, we presume that governmental regulation of the content of speech is more likely to interfere with the free exchange of ideas than to encourage it. The interest in encouraging freedom of expression in a democratic society outweighs any theoretical but unproven benefit of censorship ».

⁶² Au point qu'il a été affirmé que « le droit d'accès à Internet est fondamental dans notre société, mais il n'existe que comme moyen de réalisation, d'exercice, de la liberté d'expression », A. BENSAMOUN, « Les droits fondamentaux et Internet » in R. CABRILLAC, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2022, 28^{ème} éd., p. 317.

fait l'objet d'une large reconnaissance. Pour autant, peut-on considérer qu'il s'agit d'une liberté fondamentale ?

B : Le droit fondamental dérivé d'accès à Internet

77. **Un service nécessaire.** À la lecture du Code de l'action sociale et des familles, il est possible de déceler un caractère fondamental au droit d'accès à Internet – outre le rattachement à son droit tutélaire lui-même fondamental. En effet, la loi du 7 octobre 2016⁶³ reconnaît qu'Internet est un service essentiel de la vie quotidienne avec une section complète consacrée au « maintien de la connexion à Internet ». La loi reconnaît à la connexion à Internet un caractère tout à fait particulier et accorde à l'internaute un régime protecteur dérogeant au droit des obligations : « en cas de non-paiement des factures, la fourniture d'énergie et d'eau, un service téléphonique et un service d'accès à internet sont maintenus jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la demande d'aide »⁶⁴. L'accès à Internet se retrouve donc soumis à un régime identique à celui d'éléments matériels de première nécessité comme l'eau ou l'énergie, ce qui marque son caractère essentiel⁶⁵. La défaillance de l'internaute dans l'exécution de son obligation de paiement ne peut donner lieu à suspension de l'abonnement ou résolution pour inexécution tant que sa demande d'aide n'a pas été traitée. La solution est particulièrement profitable au souscripteur de l'abonnement, bien que le débit puisse être limité à au strict nécessaire, notamment en vue de la consultation de son courriel⁶⁶. Il en résulte que, en cas de non-paiement, l'accès au haut débit ne sera plus garanti par l'opérateur, mais ce dernier sera tout de même contraint de faire bénéficier son client d'une bande passante minimum. Au passage, on remarquera que, visant l'accès aux services de communication et de courrier électronique, ce texte prend pour principal fondement la liberté d'expression et de communication. Le rattachement du droit d'accès à Internet à la liberté d'expression ainsi que son caractère essentiel reconnu par la loi du 7 octobre 2016 sont de précieux indices qui peuvent conduire à

⁶³ Loi n° 2016-1321 du 7 oct. 2016 pour une République numérique.

⁶⁴ Article L. 115-3 du Code de l'action sociale et des familles.

⁶⁵ G. LOISEAU, « Accès à Internet, une exécution forcée du contrat au profit du débiteur défaillant », *CCE*, n° 12, déc. 2016, com. 100 : « ce que l'on concevait assez naturellement s'agissant de prestations nécessaires pour vivre dans des conditions décentes – fourniture d'énergie (électricité, gaz, chauffage), fourniture d'eau – présente peu ou prou un même caractère de nécessité en ce qui concerne l'accès à Internet, encore que ce ne soit pas le même degré de nécessité ».

⁶⁶ Article L. 115-3 du Code de l'action sociale et des familles : « le débit du service d'accès à internet maintenu peut être restreint par l'opérateur, sous réserve de préserver un accès fonctionnel aux services de communication au public en ligne et aux services de courrier électronique ».

penser que ce droit serait fondamental. Toutefois, cette opinion est loin d'être unanimement partagée...

78. **Oppositions à la fondamentalisation du droit d'accès à Internet.** L'existence d'un droit fondamental d'accès à Internet ne va pas de soi. En effet, la seule tutelle d'une autre liberté fondamentale n'implique pas nécessairement que le droit d'accès à Internet soit touché par la grâce de la fondamentalisation. C'est notamment l'opinion du Professeur Grégoire Loiseau qui voit dans cette analyse « un droit fondamental dérivé de primo-droits fondamentaux »⁶⁷. Certes, la reconnaissance d'un droit fondamental doit faire l'objet d'une mûre réflexion car le risque est de perdre le sens de ce qui est fondamental en présence de droits trop nombreux et hétérogènes dans une telle catégorie. Il a pu également être soutenu que, dans sa décision de 2009, le Conseil constitutionnel n'avait pas consacré un droit fondamental d'accès à Internet mais un « “quasi droit” constitutionnel à l'accès »⁶⁸. Ici encore, le droit d'accès n'est pas perçu comme une liberté fondamentale à part entière, mais simplement comme l'émanation d'un droit constitutionnel. Mais alors, si le droit d'accès à Internet n'est pas purement fondamental, quelle est sa valeur dans la hiérarchie des normes ?

79. **Un droit subjectif à valeur constitutionnelle.** Les décisions HADOPI ont poussé certains à reconnaître sans détour le caractère fondamental de l'accès à Internet⁶⁹. Reprenons alors les mots du Conseil constitutionnel ; celui-ci indique que la liberté d'expression et de communication « implique la liberté d'accéder » aux services en ligne. Ainsi s'il n'est pas directement indiqué que l'accès à Internet constituerait un droit fondamental, toujours est-il que celui-ci est identifié en tant que liberté. *A minima*, l'on peut donc considérer qu'il s'agit d'une liberté ou, pour marquer sa non-appartenance à la catégorie des droits fondamentaux, d'un « droit-liberté »⁷⁰. Le droit-liberté constitue un droit subjectif suffisamment proche de sa liberté tutélaire pour bénéficier de la plupart de ses attributs, sans pouvoir prétendre à une véritable indépendance, à une reconnaissance en tant que liberté

⁶⁷ G. LOISEAU, « Accès à Internet, une exécution forcée du contrat au profit du débiteur défaillant », *op. cit.* ; ajoutant que « cette inclination à démultiplier les “droits à” en les élevant à la fondamentalité pour en souligner l'importance est juridiquement mortifère ».

⁶⁸ M-C. ROQUÈS-BONNET, *Le Droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, *op. cit.*, p. 403 : « le Conseil constitutionnel n'a pas, en 2009, reconnu le droit d'accès au réseau comme un droit constitutionnel à part entière, mais comme un “quasi-droit” constitutionnel à l'accès, ce droit devant être rattaché au droit-pivot de la liberté d'expression ».

⁶⁹ A. PLATON et L. TELLIER-LONIEWSKI, « Loi Création et Internet : le feuilleton législatif continue... suite et fin ? », *Gaz. Pal.*, 23 juill. 2009, n° 204, p. 3.

⁷⁰ L. MARINO, « Le droit d'accès à Internet, nouveau droit fondamental », *Dalloz*, 2009, p. 2045 : « l'accès à internet devient ainsi, en lui-même, un droit-liberté, en empruntant par capillarité la nature de son tuteur, la liberté d'expression ».

fondamentale à part entière. Quoi qu'il soit, il est clair que le droit d'accès à Internet constitue, même dans une conception restrictive, un droit subjectif à valeur constitutionnelle.

80. **Un droit fondamental dérivé.** La liberté d'accès à Internet pourrait en un sens constituer un droit fondamental dérivé⁷¹, dont le droit fondamental primaire serait la liberté d'expression et de communication. Par droit fondamental dérivé, il faut comprendre que le droit d'accès à Internet ne serait pas en lui-même un droit fondamental⁷², mais plutôt qu'il partagerait les traits du droit fondamental dans lequel il trouve sa source. Au regard de ces éléments, et du fait qu'il s'agit d'un droit constitutionnellement protégé, le droit d'accès à Internet mérite donc une protection renforcée. Madame le Professeur Laure Marino ne rejette toutefois pas l'idée que le droit d'accès puisse constituer, en définitive, une liberté fondamentale pleine et entière⁷³. Néanmoins, une distinction pourra toujours être effectuée entre ce qui relève des droits fondamentaux et ce qui possède une valeur constitutionnelle. Il semble ici plus sûr de considérer le droit d'accès à Internet en tant que droit fondamental dérivé, droit subjectif à valeur constitutionnel ou droit-liberté, marquant son caractère quasi fondamental, sans pour autant le porter aux nues par la fondamentalisation. En définitive – et c'est ce qui importe véritablement en l'occurrence – ce droit présente une forte valeur et un niveau de protection supérieur à celui d'un droit subjectif.

81. **Le droit d'accès à Internet, garantie de l'accès à l'œuvre ?** Le droit d'accès à Internet faisant l'objet d'une protection importante, celui-ci ne peut que contribuer à favoriser l'accès à l'œuvre de l'esprit. Bien entendu, les créations poursuivent leur circulation dans le secteur physique, mais la part de diffusion de l'œuvre dans le secteur numérique ne cesse de croître chaque année comme nous le verrons. En présence d'un droit d'accès à Internet, l'internaute dispose d'une source prodigieuse d'œuvres de l'esprit, situées dans le domaine public ou soumises à un droit exclusif. En ce sens, le droit d'accès à Internet constitue, en partie, une assurance d'accès au patrimoine culturel que constituent de nombreuses œuvres

⁷¹ Sur l'existence de droits dérivés des droits fondamentaux, v. G. LOISEAU, « Accès à Internet, une exécution forcée du contrat au profit du débiteur défaillant », *op. cit.*, E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *Revue AJDA*, 1998, p. 6 : « la liberté constitue donc un droit fondamental en cet autre sens qu'il est un droit général, principal - ou "matriciel" - d'où dérivent toutes ses manifestations particulières ».

⁷² B. RIDARD, « La nécessité d'un retour aux fondamentaux : la protection constitutionnelle du droit d'accès à Internet et le droit d'auteur », *RLDI*, n° 77, 1er déc. 2011.

⁷³ L. MARINO, « Le droit d'accès à Internet, nouveau droit fondamental », *op. cit.*, p. 2045 : « le droit d'accès à internet dépend donc d'un droit de valeur constitutionnelle. Le Conseil l'avait qualifié, jadis, de droit *fondamental* (comme la Cour européenne des droits de l'homme), mais il semble délaisser l'appellation. Toutefois, si l'on admet que les droits de valeur constitutionnelle sont *ipso facto* des droits fondamentaux, cela revient au même ».

dématérialisées. Néanmoins, on ne saurait interpréter le droit d'accès à Internet comme une garantie d'accès aux œuvres.

82. **Caractère non extensif du droit d'accès à Internet.** Le droit d'accès à Internet doit impérativement être entendu strictement. Il ne s'agit pas d'un droit à la communication de tout contenu présent sur le réseau, mais d'un droit d'accès au réseau lui-même. Partant, seules les informations et données publiques seront accessibles, de même que certains contenus si les autorisations adéquates sont délivrées à l'utilisateur. Par principe, les droits de propriété intellectuelle, au premier rang desquels le droit d'auteur, conservent pleinement leur emprise. Le droit d'accès à Internet n'entraîne donc pas l'effacement de l'exclusivité conférée au titulaire par le droit de la propriété littéraire et artistique⁷⁴. Il n'existe ainsi aucun conflit véritable entre droit de la création immatérielle et droit d'accès à Internet.

83. **L'absence de droit à la communication de l'œuvre de l'esprit.** Au-delà du seul droit d'accès à Internet, il est légitime de s'interroger sur l'existence d'un potentiel droit à la communication de l'œuvre de l'esprit. Si, il y a plusieurs décennies, cette quête aurait été nécessairement infructueuse, les dernières évolutions législatives permettent de reconsidérer la question. Bien que le CPI, ni aucun autre texte, ne consacre de droit général à la communication de l'œuvre de l'esprit, la loi procédant à la création de l'ARCOM semble assurer une plus grande prise en considération de cet enjeu⁷⁵. En effet, l'un des titres de cette loi s'intitule « protection de l'accès au public aux œuvres cinématographiques et audiovisuelles ». Celui-ci tend à imposer aux producteurs de certaines œuvres une notification auprès du ministère de la Culture afin de s'assurer d'une exploitation suivie des œuvres audiovisuelles. Si le dispositif permet effectivement de protéger l'auteur en assurant l'exploitation continue de l'œuvre, il n'en demeure pas moins que la loi prétend défendre « l'accès au public aux œuvres ». Cette évolution n'est bien entendu pas isolée ; la naissance de régimes tels que ceux de l'œuvre indisponible ou de l'œuvre orpheline ne tendent qu'à mieux garantir l'accès à certaines œuvres de l'esprit au public. Point remarquable, – et nous aurons l'occasion de le souligner par la suite –, ces régimes sont tous deux directement motivés par les évolutions techniques accompagnant Internet⁷⁶. En lien direct avec ces considérations, nous aurons également l'occasion d'évoquer l'existence

⁷⁴ L. MARINO, « Le droit d'accès à Internet, nouveau droit fondamental », *op. cit.*, p. 2045 : « Le hisser [le droit d'accès à Internet] au rang de droit fondamental n'empêche pas de protéger par ailleurs la propriété intellectuelle, qui est aussi un droit fondamental ».

⁷⁵ Loi n° 2021-1382 du 25 oct. 2021 relative à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique, art. 30.

⁷⁶ V. *infra* n° 221.

de droits fondamentaux culturels qui participent à cette même dynamique, bien que leur invocabilité soit sujette à caution⁷⁷. En définitive, il apparaît que, bien qu'il n'existe aucun droit à la communication de l'œuvre de portée générale, la multiplication récente d'initiatives législatives concourt à favoriser progressivement l'accès à la création.

84. **Un accès favorisé à l'œuvre conduisant à sa vulnérabilité.** À l'issue de ces premiers développements, il apparaît qu'Internet renforce bien l'accès à la propriété de l'auteur à travers sa structure, mais également par son encadrement. La reconnaissance d'un droit d'accès à Internet et le recours progressif à des régimes aménagés comme celui de l'œuvre orpheline participe à un accès toujours facilité aux créations de l'esprit humain. Se dévoile déjà le constat selon lequel Internet présente un impact majeur sur le droit de la propriété littéraire et artistique. Toutefois, les possibilités offertes par Internet entraînent des conséquences autrement plus inquiétantes sur la matière. Si le Droit tend naturellement à s'appliquer dans la sphère numérique, cette dernière possède cependant des spécificités qui rendent l'œuvre particulièrement accessible et donc vulnérable, faisant peser sur elle une menace non négligeable.

Section II : La contrefaçon de l'œuvre favorisée par l'anonymat sur Internet

85. **Une atteinte à la propriété de l'auteur renforcée par l'anonymat.** L'accès à l'œuvre étant favorisé par Internet, le risque est immense que l'auteur se trouve floué par certains utilisateurs. Nous démontrerons plus tard que la contrefaçon massive représente un péril⁷⁸ et un indicateur important de la crise que traverse actuellement le droit d'auteur⁷⁹. Néanmoins, avant d'aborder cette question, il apparaît opportun de s'intéresser particulièrement à l'un des facteurs qui poussent une partie du public à contrefaire : l'anonymat. Se pensant, souvent à tort, à l'abri de toute identification, certains internautes n'hésitent plus à porter atteinte à la propriété attachée à l'œuvre. Ainsi, l'anonymat et sa régulation constituent des questions majeures pour la protection des droits exclusifs de l'auteur. Il est alors nécessaire de

⁷⁷ É. TERRIER, *Vers une nouvelle figure du droit d'auteur : l'affirmation d'une logique publique culturelle*, Thèse, Poitiers, dir. M. CORNU, Larcier, 2021, p. 468.

⁷⁸ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2014, 2^{ème} éd., p. 96 : « La circulation des œuvres peut se faire de façon instantanée et universelle à partir de n'importe quel point du globe, ce qui tend difficile l'exercice du droit d'autorisation et incertaine la rémunération des artistes ».

⁷⁹ V. *infra* n° 136.

déterminer dans quelle mesure l'anonymat peut être concilié avec la propriété littéraire et artistique. Une telle conciliation ne s'annonce pas évidente puisque le voile de l'anonymat peut résulter de différentes pratiques et se trouver renforcé par divers instruments. L'anonymat représente donc un enjeu mettant à l'épreuve le droit de la propriété littéraire et artistique (§1), d'autant plus en présence d'outils d'anonymisation qui représentent un tout aussi grand défi pour la matière (§2).

§1 : La propriété littéraire et artistique à l'épreuve de l'anonymat

86. **Notion d'anonymat.** Avant de poursuivre nos développements, il s'avère essentiel d'introduire ce que l'on entend ici par « anonymat ». Ce terme se définit comme « le fait, pour une personne physique, de ne pas se désigner ou de ne pas pouvoir être désignée, soit de manière directe ou indirecte, soit de manière directe exclusivement, comme sujet d'une situation ou d'une action connue de tiers, à l'égard de ces tiers »⁸⁰. Cette notion peut donc faire référence tant au pseudonymat⁸¹, qui permet d'attribuer certains actes à une personne sans pouvoir l'identifier, qu'à l'anonymat total ne permettant pas de relier une action à un auteur. Nous envisagerons ici l'anonymat de manière globale et non strictement, englobant par là même le pseudonymat. Les risques liés à l'anonymat le plus absolu étant nombreux pour les œuvres de l'esprit, il convient de s'interroger sur son opportunité. Nous constaterons ainsi que le public bénéficie d'un droit à l'anonymat salubre (I), avant d'affirmer que ce droit à l'anonymat est conciliable avec les prérogatives de l'auteur (II).

I : Un droit à l'anonymat salubre pour le public

87. **Bas les masques ?** Bien que l'anonymat sur Internet présente de nombreuses vertus⁸², il semble pourtant porteur d'un danger certain, tant pour les internautes que pour les

⁸⁰ E. DE MARCO, *L'anonymat sur Internet et le Droit*, Thèse, Montpellier, dir. D. THOMAS, 2005, p. 16.

⁸¹ *Ibidem*, p. 11 : « Tandis que l'anonymat vise à conserver le secret de l'identité, empêchant ainsi la désignation d'une personne déterminée, le pseudonyme vise inversement à désigner un individu en ne laissant dans le secret que son identité réelle ».

⁸² Cour EDH, Grande chambre, 16 juin 2015, n° 64569/09, *Delfi AS c./ Estonie*, (*Dalloz actualité*, 30 juin 2015, obs. S. LAVRIC ; *RTD eur.*, 2016, p. 341, obs. F. BENOIT-ROHMER ; *JCP G*, 2015, p. 798, obs. K. BLAY-GRABARCZY ; *JCP G*, 2015, p. 845, obs. F. SUDRE ; *CCE*, 2015, comm. 68, note G. LOISEAU ; *RLDI*, 2015, n° 3793, obs. C. CARON ; *RLDI*, 2015, n° 3812, obs. E. DERIEUX ; *Légipresse*,

œuvres de l'esprit. Dans un tel contexte, c'est l'opportunité même de l'anonymat qui fait débat. Dès lors, faut-il le préserver ou le restreindre ? Nous verrons que si cette discrétion de l'internaute peut être parfois suspecte (A), elle n'en demeure pas moins essentielle (B).

A : Une discrétion de l'internaute suspecte

88. **Le couvert de l'anonymat.** « C'est quand il parle en son nom propre que l'homme se révèle le moins. Donnez-lui un masque et il vous dira la vérité »⁸³. L'anonymat, qui peut découler de l'absence de traçabilité numérique sur Internet ou du recours à un pseudonyme, transparaît parfaitement de la métaphore du masque empruntée à Oscar Wilde. Sous le couvert de l'anonymat, l'individu, s'imaginant libéré de toute pression sociale et parfois même de la norme, se retrouve face à sa seule moralité⁸⁴. Il en résulte que, sur Internet, certains individus adoptent un comportement radicalement différent de celui qu'ils arborent en dehors des réseaux. Ces agissements sont largement connus : discours haineux, voire racistes, harcèlements, chantages et bien entendu contrefaçons d'œuvres numériques. Dans ce dernier cas, qui nous intéresse au plus haut point, nous aurons l'occasion de constater que la commission du délit est particulièrement décomplexée. Le point sensible est bien celui-ci : l'anonymat déculpabilise le public et semble devenir un élément facilitateur de l'infraction. Il apparaît ainsi comme une menace dont on souhaiterait qu'elle soit neutralisée.

89. **Hostilité envers l'anonymat.** En 2015, face à la recrudescence de propos racistes et homophobes sur les réseaux sociaux, plusieurs femmes et hommes politiques⁸⁵ se sont prononcés en défaveur de l'anonymat. Celui-ci apparaît à leurs yeux comme un outil dévastateur, trouvant illégitimement refuge auprès de la liberté d'expression. Si, comme nous le verrons, la liberté d'expression peut servir de fondement à l'anonymat, ce dernier doit connaître les mêmes limites qui sont réservées à la liberté de s'exprimer⁸⁶. Internet étant un

2015, p. 501, obs. C. BIGOT) : « L'anonymat est de longue date un moyen d'éviter les représailles ou l'attention non voulue. En tant que tel, il est de nature à favoriser grandement la libre circulation des informations et des idées, notamment sur Internet ».

⁸³ O. WILDE, « La critique est un art », *Intentions*, 1891.

⁸⁴ Ou quasi-absence de moralité, puisque la moralité se construit en rapport à autrui. Dès lors qu'autrui n'a aucune connaissance des comportements, même hautement répréhensibles d'un individu, la moralité, qui fut progressivement intégrée, se dérobe. En somme, c'est l'autre qui construit et maintient la moralité dans l'esprit de chacun. Supprimer l'autre, c'est effriter la morale.

⁸⁵ On peut nommer ici Monsieur Harlem Désir ou encore Madame Nadine Morano.

⁸⁶ A. LEPAGE, « Liberté d'expression, responsabilité et forums de discussion », *CCE*, n°1, janv. 2003, chron. 3 : « faudrait-il une fois pour toutes cesser de s'offusquer, comme le font encore certains zéloteurs d'une liberté absolue

espace public, l'anonymat ne doit donc en aucun cas conduire à une banalisation de faits qui tombent sous le coup d'une qualification pénale.

90. **L'anonymat, frein potentiel dans la lutte contre la cybercriminalité.**

La dissimulation semble intrinsèquement suspecte en ce qu'elle s'oppose, dans un certain nombre de cas, à l'identification d'un individu qui risque, virtuellement, d'agir en toute impunité. Dans le monde matériel, comme dans le monde numérique, l'anonymat apparaît comme l'un des principaux outils au service des délinquants. Toutefois, il n'est jamais, en principe, absolu. Lorsqu'aucune mesure spécifique n'est prise par l'internaute, il suffira aux services de l'État de s'adresser au fournisseur d'accès Internet pour lever l'anonymat⁸⁷. Il est toutefois des cas bien plus complexes, comme lorsque sont mis à contribution des logiciels de cryptage numérique. En effet, comme nous aurons l'occasion de l'étudier, le recours à certaines technologies conduit à gravement entraver le travail d'enquête des services de l'état, rendant les poursuites bien plus complexes. Ainsi, en l'état actuel, l'anonymat constitue bien un frein dans la lutte contre la cybercriminalité. Pour autant, les effets de l'anonymat ne peuvent être réduits à une simple somme d'actes déviants et délictueux. Au-delà des seules apparences, la dissimulation présente sur Internet indubitablement davantage de vertus que de vices...

B : Une discrétion de l'internaute essentielle

91. **Anonymat et empreinte numérique.** L'anonymat est, contrairement à ce que l'on pourrait subodorer, bien plus menacé sur Internet qu'en dehors des réseaux. La navigation sur le *web* de surface laissant une myriade d'empreintes numériques⁸⁸, l'internaute est souvent une cible clairement identifiée, notamment par les entreprises privées. Croyant être dissimulé derrière son écran, l'utilisateur est en réalité plus que jamais épié et exposé⁸⁹ par l'utilisation

sur l'internet, de ce que le droit demande des comptes à ceux qui usent mal de la liberté d'expression sur ce support ».

⁸⁷ D. KAPLAN, *Informatique, libertés, identités*, éd. Fyp, 2010, p. 47 : « Dans la plupart des cas, l'anonymat est cependant relatif : il peut être levé, par exemple en demandant à un juge de s'adresser à l'opérateur du service utilisé, ou au fournisseur d'accès ».

⁸⁸ C. HUGON, « Attention à la mémoire d'éléphant des moteurs de recherche », *CCE*, oct. 2003, n° 10, oct. 2003, note sous TGI Paris, 17^{ème} ch. civ., 21 mai 2003.

⁸⁹ J. FRAYSSINET, « La traçabilité des personnes sur l'Internet », *Dr. et patr.*, Lamy, n° 93, 1^{er} mai 2001 : « Il est de l'intérêt prononcé de certains, dans le secteur public comme privé, d'utiliser les matériels et logiciels des NTIC vers des usages indiscrets, des formes d'espionnage et de mouchardage. Les risques pour les droits et libertés des individus, en particulier pour la vie privée, l'autonomie personnelle, dans une société ouverte, sont élevés, discrets ou cachés, alors qu'ils sont automatiques et se généralisent avec la progression des nouvelles technologies. L'espace privé protégé et l'espace public ouvert se distinguent mal ».

des informations volontairement fournies par lui ou par l'exploitation d'informations résiduelles, notamment contenues dans les *cookies*. Le simple fait que l'internaute dissémine partout sur Internet des données à caractère personnel, telle son adresse IP⁹⁰, est particulièrement révélateur de ce constat. L'anonymat est donc davantage l'exception que le principe dans la sphère numérique⁹¹. Son importance ne doit ainsi en aucun cas être minimisée au prétexte qu'une certaine dissimulation serait inhérente à Internet.

92. Rattachement du droit à l'anonymat au droit au respect de la vie privée.

S'il est un droit, un fondement qui doit principalement s'attacher à l'anonymat, ce doit être le respect de la vie privée ! L'anonymat peut d'ailleurs être pleinement considéré comme l'une des émanations de cette liberté fondamentale⁹². Cette dépendance de l'anonymat à sa liberté tutélaire apparaît évidente au regard du lien étroit qui les unit. Toutefois, comme nous le verrons, la force de ce lien n'exclut cependant pas l'idée selon laquelle l'anonymat pourrait constituer un droit subjectif. Trouvant sa justification dans le droit au respect de la vie privée, l'anonymat prend incidemment racine dans les textes fondateurs de cette liberté⁹³. Il en résulte également que l'anonymat « emprunte au principe de respect de la vie privée ses valeurs de droit constitutionnel garanti et de liberté fondamentale »⁹⁴. Cela ne revient toutefois pas à considérer l'anonymat comme constituant à lui seul une liberté fondamentale. Il est avant tout un élément, une composante d'une liberté fondamentale. Notons enfin que le droit au respect de la vie privée n'est pas le seul fondement du droit à l'anonymat, celui-ci trouvant notamment sa source dans le secret des correspondances et l'inviolabilité des espaces de stockage⁹⁵.

⁹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 3 nov. 2016, n° 15-22.595, (*RTD civ.*, 2017, p. 94, note J. HAUSER ; *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 120, note G. PÉRONNE et E. DAOUD ; *JCP G*, 2016, n° 1310, note R. PERRAY ; *Gaz. Pal.*, n° 40, p. 24, note P. INGALL-MONTAGNIER) : « les adresses IP, qui permettent d'identifier indirectement une personne physique, sont des données à caractère personnel, de sorte que leur collecte constitue un traitement de données à caractère personnel et doit faire l'objet d'une déclaration préalable auprès de la CNIL ».

⁹¹ Ce qui suppose une certaine protection des données à caractère personnel et permet de s'opposer à leur conservation pour des motifs qualifiés de légitimes, comme le refus d'une utilisation commerciale de ses données : loi du 6 janv. 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 38 al. 1.

⁹² E. DE MARCO, *L'anonymat sur Internet et le Droit*, *op. cit.*, p. 76 : « le droit à l'anonymat constitue l'un des aspects d'un droit plus vaste, le droit au respect de la vie privée, et n'a, eu égard à ce dernier, aucune autonomie ».

⁹³ L'on citera notamment ici l'article 12 de la DUDH, l'article 8 de la CEDH et bien entendu l'article 9 du Code civil. Bien qu'il ne s'agisse que d'un rappel des dispositions de ce dernier texte, cette liberté fondamentale est même présente à l'article L. 801-1 du Code de la sécurité intérieure issu de la loi du 24 juill. 2015 relative au renseignement : « Le respect de la vie privée, dans toutes ses composantes, notamment le secret des correspondances, la protection des données personnelles et l'inviolabilité du domicile, est garanti par la loi. L'autorité publique ne peut y porter atteinte que dans les seuls cas de nécessité d'intérêt public prévus par la loi, dans les limites fixées par celle-ci et dans le respect du principe de proportionnalité ».

⁹⁴ E. DE MARCO, *L'anonymat sur Internet et le Droit*, *op. cit.*, p. 44.

⁹⁵ E. DE MARCO, *L'anonymat sur Internet et le Droit*, *op. cit.*, p. 381.

93. **Limitation du droit à l'anonymat.** L'anonymat, à l'image de sa liberté tutélaire, ne saurait être absolu et nécessite, dans certaines hypothèses, des atteintes. Dès lors, le droit à l'anonymat connaît les mêmes limites que celles touchant au droit au respect de la vie privée exposées à l'article 8 de la CEDH⁹⁶. Il en résulte que l'anonymat pourra connaître de certaines exceptions, ces dernières devant être justifiées et nécessaires dans une société démocratique. Notamment, la « protection des droits et libertés d'autrui » justifiant une atteinte à l'anonymat, il est tout à fait naturel que l'État soit en mesure d'exiger l'identification de l'utilisateur en cas de contrefaçon pour assurer la défense des droits de l'auteur. Il est également nécessaire d'assurer la conservation de certaines données personnelles en vue d'assurer cette identification à toutes fins utiles après la commission de l'infraction⁹⁷, cette conservation étant cependant strictement encadrée en vue d'empêcher toute atteinte au respect de la vie privée⁹⁸.

94. **L'intervention du juge judiciaire dans la levée de l'anonymat.** Bien entendu, la levée de l'anonymat conduisant à une atteinte au droit au respect de la vie privée, l'intervention d'une autorité étatique est nécessaire. C'est ainsi que la révélation de l'identité de l'individu supposera une réquisition judiciaire auprès du fournisseur d'accès à Internet. Cette réquisition peut être ordonnée par un juge d'instruction, le procureur de la République, par son délégué ou par un officier de police judiciaire⁹⁹. La levée de l'anonymat par toute autre personne, si elle cause un préjudice à celui dont l'identité est révélée, entraînera sa condamnation.

95. **L'anonymat, composante de la liberté d'expression.** Bien que le droit au respect de la vie privée trouve une place prédominante dans les fondements d'un éventuel droit à l'anonymat, il faut également reconnaître dans la liberté d'expression l'une de ses justifications. Certains défenseurs d'un Internet libéré de toute surveillance avancent l'argument selon lequel, sans anonymat, il n'existerait pas de liberté d'expression. L'anonymat serait-il donc une condition *sine qua non* de la libre parole ? Il est parfaitement envisageable de réfuter une telle proposition. L'anonymat peut davantage être perçu comme un

⁹⁶ Article 8.2 de la CEDH : « il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit [le droit au respect de la vie privée] que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

⁹⁷ Directive 2006/24 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications.

⁹⁸ Art. L.34-1 du Code des postes et des communications électroniques.

⁹⁹ V. notamment l'article 77-1-1 du Code de procédure pénale.

prolongement de la liberté d'expression et non comme l'un des fondements de cette dernière. L'anonymat n'est pas un impératif de la liberté d'expression, mais permet sa manifestation dans de meilleures conditions, comme dans le cadre des élections politiques à bulletin secret. La parole se trouve nécessairement moins entravée sous le couvert de l'anonymat¹⁰⁰. Les enjeux liés à l'anonymat ne s'arrêtent évidemment pas à l'expression des opinions, mais s'étendent également à la diffusion des œuvres. Toutefois, si la diffusion de l'œuvre de manière anonyme se trouve parfaitement justifiée, y accéder anonymement semble bien plus discutable, d'où l'intérêt de déterminer l'étendue d'un droit à l'anonymat sur Internet.

96. **L'anonymat, prérogative personnelle.** Si l'anonymat ne peut prétendre à la qualité de droit fondamental, il semble cependant pouvoir s'envisager comme un droit subjectif. En effet, en tant que prolongement du droit au respect de la vie privée ou de la liberté d'expression, l'anonymat apparaît comme une prérogative à part entière dont la violation entraîne la condamnation du divulgateur. Au sens de Madame Estelle de Marco, la liberté d'être anonyme existe¹⁰¹ puisqu'elle est bien comprise dans l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 puisque la liberté est le principe et que rien ne s'oppose catégoriquement à l'anonymat¹⁰². L'anonymat n'étant pas sous le coup d'une interdiction de principe, il demeure une liberté innommée puisant sa force auprès de ses libertés tutélaires. Se distinguant suffisamment de la simple notion de vie privée et présentant des enjeux qui dépassent ce cadre ou celui de la liberté d'expression, l'anonymat arbore toutes les qualités d'un droit subjectif accompli.

97. **L'absence de droit effectif à l'anonymat.** L'anonymat n'est cependant pas ouvertement reconnu comme tel en droit positif. Bien qu'il soit présenté comme une valeur à préserver, notamment sur Internet, son étendue n'est pas pleinement définie et il n'est protégé qu'incidemment dans des textes épars¹⁰³. La pleine reconnaissance d'un droit à l'anonymat n'est pas purement indispensable dans la mesure où le juge pourra pleinement statuer au regard de l'article 9 du Code civil ou de l'article 8 de la DDHC. Néanmoins, accorder une telle

¹⁰⁰ M. UNTERSINGER, *Anonymat sur Internet, protéger sa vie privée*, Eyrolles, 2014, p. 37 : « le respect de l'intimité et de l'anonymat permet à l'internaute d'exprimer sa créativité, d'explorer de nouvelles idées de manière bien plus libre ».

¹⁰¹ E. DE MARCO, *L'anonymat sur Internet et le Droit*, op. cit., p. 46 : « l'anonymat est en définitive un droit subjectif, au titre du droit au respect de la vie privée, lorsque l'*élément objectif* qui est associé à l'*élément subjectif* présente une nature privée, et que l'anonymat en assure le respect ».

¹⁰² E. DE MARCO, *L'anonymat sur Internet et le Droit*, op. cit., p. 17 et s. : « La liberté d'être anonyme y figure bien, puisqu'elle n'en est pas expressément exclue ».

¹⁰³ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, art. 6-III-2 ou encore loi du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication, art. 3 (dite loi Léotard).

reconnaissance aurait nécessairement une portée symbolique importante qui entraînerait dans son sillage une prise de conscience des internautes. Le citoyen, pleinement informé de l'existence de ses droits, se trouve donc plus à même de les faire respecter, d'où l'importance de reconnaître à l'anonymat sa pleine valeur de droit subjectif. Ainsi, à l'étranger, l'Allemagne accorde une place privilégiée à l'anonymat¹⁰⁴ tout comme la Corée du Sud. La Cour constitutionnelle allemande estime par exemple que la traçabilité des internautes constitue une menace pour leur vie privée et que ces derniers ont le droit de faire respecter leur anonymat sur les réseaux. Les États ne sont toutefois pas tous enclins à reconnaître une telle valeur à ce statut sur Internet. C'est le cas des États-Unis qui rejettent l'argumentation selon laquelle le premier amendement recèlerait un droit à part entière à l'anonymat¹⁰⁵.

98. **Etendue du droit d'organiser son anonymat.** L'anonymat n'étant pas le principe sur la toile, le droit à l'anonymat s'analyse actuellement davantage comme un droit d'organiser son anonymat¹⁰⁶. Il revient à l'individu d'organiser lui-même les conditions de la protection de sa vie privée, que ce soit par l'utilisation d'un pseudonyme, l'utilisation de *plugins* de navigation ou même de logiciels spécifiques. C'est ici que l'anonymat se présente pleinement comme un prolongement du droit au respect de sa vie privée car il permet à l'individu de renforcer les mesures limitant l'hémorragie de ses données personnelles vers le réseau. De même, il peut s'analyser comme un prolongement de la liberté d'expression, l'utilisateur rendant sa parole plus libre grâce à la non-divulgence de son identité. Ce supplément de protection peut être discrétionnairement mis en œuvre, sans avoir à prouver un risque sur sa personne. Néanmoins, si le droit d'organiser son anonymat présente une pleine légitimité, cette prérogative est-elle parfaitement conciliable avec les droits de l'auteur ?

II : Un droit à l'anonymat conciliable avec les droits de l'auteur

99. **L'anonymat, source de périls pour le droit de la propriété littéraire et artistique.** L'anonymat, bien qu'il ne soit pas parfait en l'absence de recours à des techniques

¹⁰⁴ CA Hamm, 3^{ème} civ., 3 août 2011, I-3 U 196/10 : en l'espèce un professionnel de santé est débouté de sa demande tendant à la levée de l'anonymat d'un internaute ayant émis un avis négatif sur sa prestation.

¹⁰⁵ Supreme Court of Virginia, 1er nov. 2002, n° 012761, *America Online Inc. c/ Nam Tai Electronics Inc.*

¹⁰⁶ Madame Marie-Charlotte Roques-Bonnet évoque, dans un esprit proche, un « droit à la protection contre la traçabilité des connexions » : M-C. ROQUES-BONNET, *Le Droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, *op. cit.*, p. 465 ; V. ég. E. DE MARCO, *L'anonymat sur Internet et le Droit*, *op. cit.*, p. 164.

de cryptologie, constitue une menace non négligeable pour la propriété littéraire et artistique. En effet, on ne compte plus le nombre de sites permettant un accès gratuit et non autorisé à des œuvres de l'esprit élevées au domaine public. L'œuvre peut dès lors être téléchargée à partir de protocoles de transfert de données en pair à pair, notamment en *BitTorrent*. La mise en place de plateformes de streaming illégales ainsi que de sites miroirs en vue de consulter différents programmes protégés participe également au développement de la contrefaçon. Ces différentes pratiques sont notamment favorisées par un même facteur : la croyance du contrefacteur en son propre anonymat. Bien que tout internaute ne cryptant pas ses échanges et ne dissimulant pas son adresse IP puisse être théoriquement identifié, les utilisateurs de ces différentes plateformes ne sont pas systématiquement pris sur le fait, loin s'en faut. La réponse graduée, dont l'ARCOM a pris le relai auprès de la HADOPI, n'est donc pas suffisante pour parfaitement balayer la croyance en un anonymat parfait sur Internet. L'État dispose pourtant de tous les outils nécessaires en vue de briser cette dynamique et d'endiguer ce péril.

100. **Un anonymat inopposable au pouvoir judiciaire.** Le contrefacteur ne saurait bien évidemment opposer le droit à l'organisation de son anonymat au pouvoir étatique. La principale et plus évidente des limites à ce droit doit nécessairement conduire à la manifestation de la vérité, tout particulièrement dans le cadre du procès pénal. Comme le souligne la magistrate Marie de Mongin, « droit à l'anonymat ne veut pas dire impunité »¹⁰⁷. Pour que perdure une réponse pénale, le pouvoir souverain doit être en parfaite mesure de relier l'infraction à son auteur. Le voile pouvant exister entre l'acte et le délinquant ne peut et ne doit en aucune manière résister à la demande motivée du parquetier ou du juge d'instruction. Certes, accorder à une entreprise ou à un particulier le droit de demander la levée de l'anonymat par simple curiosité ou sous tout autre motif que celui de réparer ou prévenir un préjudice est inacceptable. Cependant, l'inopposabilité de l'anonymat au pouvoir judiciaire est essentielle en vue d'endiguer la contrefaçon massive ayant lieu sur Internet.

101. **Levée de l'anonymat en matière de contrefaçon.** Concernant l'atteinte à l'œuvre de l'esprit, la levée de l'anonymat devient un enjeu essentiel de lutte contre la contrefaçon. Cela est d'autant plus vrai que, en la matière, les plateformes et les utilisateurs tendent à davantage anonymiser leurs échanges que dans d'autres secteurs. Toutefois, le droit à l'organisation de son anonymat ne saurait être invocable en matière d'atteinte aux droits de

¹⁰⁷ M. MONGIN, Commission de réflexion et de propositions sur le droit et les libertés à l'âge du numérique, Assemblée nationale, séance du 3 juill. 2014.

propriété intellectuelle, une telle fin ne pouvant bien entendu justifier la préservation de l'anonymat. Ainsi, la contrefaçon, à l'instar de l'ensemble des autres qualifications pénales, doit systématiquement neutraliser le droit d'organiser son anonymat, l'usage de celui-ci dégénérant nécessairement en abus lorsqu'est outrepassée la loi. Nonobstant, un tel constat ne doit pas conduire à renoncer au droit à l'organisation de son anonymat. L'argument selon lequel la transparence absolue devrait être de mise sous prétexte que l'honnête citoyen n'a rien à cacher ne peut prospérer. Imposer aux internautes d'agir exposés conduit à nier le droit à l'organisation de son anonymat, alors même que l'exercice de cette prérogative peut poursuivre des buts parfaitement légitimes, comme le fait d'empêcher la captation et l'exploitation de ses données personnelles à des fins commerciales par les géants d'Internet.

102. **Compatibilité entre propriété littéraire et artistique et anonymat.** Au regard des derniers développements, et bien que l'anonymat favorise la contrefaçon de l'œuvre de l'esprit, la propriété littéraire et artistique et le droit d'organiser son anonymat apparaissent parfaitement compatibles. Le principe doit toujours être le droit d'organiser son propre anonymat en vue d'accomplir des actes autorisés par la loi. Par exception, dans l'hypothèse où des atteintes aux droits d'auteur ou aux droits voisins sont constatées, il est naturel que les autorités judiciaires soient en mesure de lever l'anonymat indument organisé par le contrefacteur. En la matière, le droit positif permet donc une conciliation efficace entre protection de l'internaute et protection des droits attachés à l'œuvre. Néanmoins, cet équilibre se trouve particulièrement compromis lorsque l'internaute a recours à des outils d'anonymisation, favorisation plus que jamais les atteintes aux droits issus de la propriété littéraire et artistique.

§2 : La propriété littéraire et artistique à l'épreuve des outils d'anonymisation

103. **Réguler l'insaisissable.** Les réseaux privés virtuels (VPN) consistent en des services d'interconnexion entre utilisateurs en vue de créer un réseau de communication. Une telle technique – qui appellera une définition plus complète – présente l'avantage de garantir, dans une large mesure, l'anonymat de ses utilisateurs. Cet outil représente donc une opportunité dont nombreux se saisissent au regard de la multitude d'applications que proposent les VPN. Ces derniers ne sont cependant pas les seuls outils d'anonymisation au service du public. En effet, les *darknets*, qui seront également définis, participent également à

l'anonymisation des utilisateurs. Afin de saisir les enjeux du sujet, nous évoquerons d'abord l'émergence de ces instruments d'anonymisation mis au service des internautes (I), pour ensuite déplorer leur détournement au détriment de l'auteur (II).

I : L'émergence d'instruments d'anonymisation au service des internautes

104. Développement de la cryptologie numérique. Une innovation n'émergeant jamais seule, la création d'Internet a été accompagnée de divers procédés d'anonymisation particulièrement élaborés. En développant les techniques de cryptologie jusqu'à un point jamais atteint auparavant, ces outils permettent à l'internaute d'assurer son anonymat dans une très large mesure. Voyons alors comment les réseaux privés virtuels participent au renforcement de l'anonymat des internautes (A), avant de dresser un constat similaire concernant les *darknets* (B).

A : Le renforcement de l'anonymat par les réseaux privés virtuels

105. Notion de réseau privé virtuel et mode de fonctionnement. Les réseaux privés virtuels, ou VPN, constituent des réseaux de communication entre utilisateurs. L'une des spécificités des VPN consiste en la transmission des données dans des « tunnels » de communication qui empêchent de prendre connaissance du contenu du paquet informationnel transmis. Une autre grande caractéristique des VPN est la multiplication des intermédiaires dans la transmission des informations, multipliant d'autant le nombre d'encryptage des données. Tout message transmis sur un VPN et intercepté sera alors illisible et semblera émaner d'une autre personne que le véritable émetteur. Ainsi, les VPN rendent difficile la recherche de l'expéditeur d'une information déterminée, et rendent souvent illusoire le déchiffrement du contenu des paquets informationnels en moins de quelques années. Au regard de ces différentes caractéristiques, les VPN entrent dans la catégorie des moyens de cryptologie définis par la LCEN¹⁰⁸. Il est enfin important de préciser que le VPN n'est pas un réseau évoluant de manière

¹⁰⁸ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, art. 29 : « On entend par moyen de cryptologie tout matériel ou logiciel conçu ou modifié pour transformer des données, qu'il s'agisse d'informations ou de signaux, à l'aide de conventions secrètes ou pour réaliser l'opération inverse avec ou sans convention secrète ».

distincte d'Internet¹⁰⁹ : il permet d'emprunter ce dernier et d'utiliser anonymement l'ensemble de ses services.

106. Un recours massif aux réseaux privés virtuels. Les VPN étaient initialement promis à des usages très spécifiques telle la sécurisation des transferts de données au sein de l'armée ou entre ministères. La lenteur initiale des VPN n'était absolument pas propice à son utilisation par le grand public. Néanmoins, les progrès techniques ont permis de corriger certains défauts de ces réseaux au point que ceux-ci sont devenus progressivement attractifs. Ce sont les entreprises¹¹⁰, les administrations et certains ordres professionnels qui ont, le plus tôt, recouru aux VPN. Peut notamment être cité le cas de l'ordre des avocats avec le célèbre RPVA ou le ministère de la Justice avec le RPVJ. Toutefois, au-delà du seul secteur professionnel, les VPN ont réussi, au cours de la dernière décennie, à courtiser les particuliers. Ainsi, en 2019, environ vingt-quatre pour cent des français âgés de dix-huit à quarante-neuf ans déclaraient utiliser un VPN¹¹¹. Le chiffre est en hausse permanente, particulièrement auprès des jeunes générations qui plébiscitent ces outils. Ce recours massif aux VPN n'est bien entendu pas circonscrit à la France car il concerne l'intégralité des continents, particulièrement l'Asie.

107. Les raisons du recours croissant aux réseaux privés virtuels. Le recours croissant aux VPN dans le cadre des entreprises s'explique pour deux raisons assez évidentes. La première est bien entendu la volonté de préservation des données de l'entreprise et la prévention de l'espionnage pour les multinationales¹¹². Également, la pandémie de Covid-19 a précipité le recours à des services VPN dans les entreprises, notamment car il permet un accès parfaitement sécurisé à l'Intranet des sociétés concernées. Toutefois, les causes du succès des réseaux privés virtuels sont, de prime abord, moins évidentes en ce qui concerne le grand public. Dans certains pays autoritaires, comme la Chine, les VPN permettent de passer outre la grande muraille numérique et d'autres outils de censure¹¹³. Dans la plupart des pays, comme en France, les VPN sont également utilisés car permettant d'éviter la captation de données personnelles pouvant être monétisées auprès de publicitaires et autres démarcheurs numériques. Le recours aux réseaux privés virtuels est également bien souvent justifié par une volonté d'échapper à la

¹⁰⁹ En réalité, contrairement à ce que son nom indique, le VPN n'est pas véritablement un réseau mais une technique de transmission des données en réseau.

¹¹⁰ M. QUÉMÉNER, « La cybercriminalité à l'heure de la pandémie mondiale : enjeux et perspectives – 3 questions à Myriam Quéméner », *CCE*, juin 2020, n° 6, entretien 6 ; V. ég. M. ERBER, « Cyberattaques et protection des données personnelles au temps du Covid-19 », *Les petites affiches*, avr. 2020, n° 84, p. 9.

¹¹¹ « Part des français utilisant un VPN en France en 2019, selon la tranche d'âge », Statista, mars 2019.

¹¹² R. ÉCHARD, « Cybersécurité en entreprise, comment protéger votre patrimoine intellectuel et industriel ? », *Dalloz IP/IT*, 2019, p. 675.

¹¹³ A. MELLON, « Chine – La grande muraille numérique », *Revue Projet*, 2019/4, n° 371, p. 55.

géolocalisation, permettant de modérer le coût de certains services tels la réservation de chambres d'hôtel ou de billets d'avion. Les VPN peuvent encore être utilisés par des mineurs en vue d'accéder à des services de pari ou contenus pornographiques soumis à une limite d'âge au sein de leur pays¹¹⁴. Toutefois, comme nous le verrons en aval, ces justifications ne sont pas, à elles seules, suffisantes pour expliquer l'engouement entourant les VPN¹¹⁵.

108. La mise en œuvre licite des réseaux privés virtuels. Au titre du régime des VPN, une remarque liminaire s'impose pour indiquer que ces réseaux ne sont pas illégaux en eux-mêmes. Auparavant, la cryptologie était essentiellement réservée à des applications militaires dans le cadre de l'élaboration de matériel de guerre¹¹⁶. Toutefois, depuis les années quatre-vingt-dix, la fourniture de prestations de cryptologie n'est soumise qu'à une simple déclaration auprès des services du Premier ministre, les formalités s'adaptant aujourd'hui à l'ampleur du codage employé¹¹⁷. La fourniture de services de cryptologie peut toutefois être soumise à autorisation si le cryptage excède un certain degré et s'il ne poursuit pas certaines finalités précises¹¹⁸. Le manquement aux obligations de déclaration et autres démarches administratives peut logiquement entraîner l'interdiction administrative du service concerné¹¹⁹. Les fournisseurs de VPN doivent nécessairement collaborer avec les autorités nationales et particulièrement avec la justice. Ainsi, sur demande du procureur de la République, du juge d'instruction ou d'un officier de police judiciaire habilité, la société pilotant le service de VPN devra livrer les clés nécessaires au décryptage des informations transmises. Toutefois, il n'existe aucune condition relative aux utilisateurs de VPN qui peuvent y souscrire librement, sans autorisation ni enregistrement sur un quelconque registre.

109. Débat sur l'encadrement des réseaux privés virtuels. En raison de certaines utilisations répréhensibles des VPN, l'idée a parfois été émise d'imposer une transmission des clés de décryptage à la justice sans demande préalable¹²⁰, voire d'interdire purement et simplement la cryptologie pour la plupart des activités et services. Néanmoins, chacune de ces

¹¹⁴ E. DREYER, « Précisions sur le contrôle par le CSA de l'accès des mineurs aux sites pornographiques », *Légipresse*, 2021, p. 618.

¹¹⁵ V. *infra* n° 123 et s.

¹¹⁶ M. QUÉMÉNER et J. FERRY, *Cybercriminalité : défi mondial et réponses*, Economica, 2007, p. 85.

¹¹⁷ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, art. 31.

¹¹⁸ *Ibidem*, art. 30, IV.

¹¹⁹ M. QUÉMÉNER et J. FERRY, *Cybercriminalité : défi mondial et réponses*, *op. cit.*, p. 89.

¹²⁰ T. WEIGEND, « Droit pénal général : société de l'information et droit pénal », *Revue internationale de droit pénal*, éd. Erès, 2013, n° 1, vol. 84, p. 19 : « on pourrait envisager une interdiction de cryptage des fichiers ou au moins une obligation pour les utilisateurs de divulguer les mots de passe et les codes de cryptage aux fins de mener les investigations pénales ».

propositions peut encourir la critique. D'une part, l'interdiction du cryptage de données ne constituerait pas beaucoup plus qu'une annonce, la fermeture de réseaux VPN clandestins étant particulièrement difficile – pour ne pas dire presque impossible – à atteindre. D'autre part, la transmission continue des clés de décryptage à différents services de l'état sans réquisition judiciaire pourrait induire un risque de dérive¹²¹. Dans ces conditions, le fournisseur de VPN collaborant avec l'État perdant de son attractivité, les internautes pourraient même s'orienter vers des réseaux privés virtuels clandestins. Ainsi, si les VPN, du fait de l'anonymisation qu'ils procurent, sont source d'enjeux majeurs, toute tentative d'interdiction ou de déconstruction les concernant semble vouée à l'échec.

B : Le renforcement de l'anonymat par les *darknets*

110. **Le *Deep web*.** L'étude de la nature et de l'impact des *darknets* a pour préalable un effort de définition concernant trois notions souvent confondues : le *Deep web*, le *Darkweb* et les *darknets*. Commençons par définir négativement ces notions en identifiant ce à quoi elles ne renvoient pas. Le *web* dit « de surface » désigne les pages internet référencées par les moteurs de recherche et représente dès lors une part minime du contenu présent sur le réseau. Le *Deep web*, quant à lui, correspond par opposition aux pages non référencées par ces mêmes moteurs de recherche. Partant, la page d'accueil du site d'une bibliothèque universitaire relèvera du *web* de surface, tandis que les pages de ce même site nécessitant une authentification feront partie du *Deep web*. Il en est de même pour toute plateforme exclusivement accessible via des identifiants personnels. Nous explorons donc quotidiennement cette partie du réseau dont nous réalisons qu'elle ne nous est pas si étrangère ; le régime des contenus présents sur le *Deep web* ne variera ainsi pas de celui du *web* de surface.

111. **Un *Darkweb*, des *darknets*.** Toutefois, il existe une partie du *Deep web* encore moins visible et qui utilise, la plupart du temps, des outils d'anonymisation : le *Darkweb*. Ce dernier ne correspond pas à un réseau unique, mais plutôt à ensemble de réseaux qui agissent isolément : ce sont des *darknets*. Leur accès suppose l'installation de logiciels spécifiques dont le plus célèbre permet l'accès au réseau TOR (*The Onion Router*). Celui-ci fonctionne de manière décentralisée et repose sur différents serveurs qui forment les nœuds de son réseau.

¹²¹ M. DE SAINT PULGENT, Commission de réflexion et de propositions sur le droit et les libertés à l'âge du numérique, Assemblée nationale, séance du 16 oct. 2014.

Ainsi les données n'empruntent pas systématiquement le même chemin et font l'objet de nombreux cryptages, faisant des darknets de véritables outils d'anonymisation. Peut alors se poser la question de savoir ce qui différencie un *darknet* d'un VPN. En réalité, là où la notion réseau privé virtuel renvoie à une technique de transmission des données, le *darknet* désigne un réseau possédant des serveurs bien souvent dédiés. Toutefois, bien que leur nature soit différente, ces instruments constituent tous deux des moyens de cryptologie.

112. **Les darknets, réseaux anonymes.** L'intérêt de *darknets* tels que TOR, *Freenet* ou l'*Invisible Internet Project* est de permettre une très faible traçabilité des utilisateurs¹²². À l'instar de ce que l'on rencontre en matière de VPN, l'objectif est bien entendu d'échapper à toute forme de surveillance, qu'elle provienne des entreprises ou de l'État¹²³. Ce surcroît d'anonymat est cependant loin d'être absolu. En effet, la préservation de l'anonymat sur le *Darkweb* suppose une grande rigueur pour l'utilisateur qui, à chaque instant et par des actions anodines, risque de compromettre sa discrétion. Toutefois, en l'absence de faux pas de l'utilisateur, la découverte de l'identité d'un individu agissant sur le *Darkweb* s'avère extrêmement difficile. Dans le cas d'un recours au *Darkweb*, l'interrogation du fournisseur d'accès à internet ne sera d'aucun secours... L'anonymat ne pouvant être levé sans difficulté, celui-ci est assuré non seulement vis-à-vis des particuliers et des entreprises, mais également à l'égard de l'autorité légitime.

113. **Le *Darkweb*, ni ange ni démon.** Cette dissimulation de l'identité des utilisateurs entraîne nécessairement des dérives. Ainsi, le *Darkweb* est souvent présenté comme un haut lieu de la délinquance et une zone de non-droit. Certes, l'anonymat offert aux internautes entraîne les auteurs d'infractions pénales à privilégier ce vecteur pour assurer certains de leurs échanges. Pour autant, loin d'être exclusivement un ensemble de marchés de biens et services illicites, le *Darkweb* est également utilisé pour des motifs tout à fait légitimes. Des journalistes aux simples citoyens en passant par les opposants politiques, de nombreux acteurs voient dans ces réseaux un moyen d'échapper à la censure et donc de préserver leurs libertés d'expression et de communication, de même que leur droit à la vie privée. Partant, il s'avère primordial de

¹²² A. PETIT, « Visite guidée du Darkweb cybercriminel », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 86 : « la principale caractéristique du *Darkweb* est qu'il procure, grâce à sa structure, un anonymat quasi-total à ses utilisateurs ».

¹²³ O. DE MAISON ROUGE, « *Darkweb*, plongée en eaux troubles », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 74 : Le *Darkweb* « traduit une propension manifeste à une forme de liberté numérique des usagers d'Internet, déclarant vouloir échapper à la surveillance de *Big Brother* ».

dédiaboliser le *Darkweb* afin de porter un regard objectif sur celui-ci¹²⁴, tout en prenant conscience qu'il abrite certaines organisations criminelles. Le *Darkweb*, simple instrument, n'est, par conséquent, intrinsèquement ni pernicieux ni salvateur : il est ce que ses utilisateurs font de lui.

114. **L'absence de régime spécifique au *Darkweb*.** La question pourrait se poser de savoir si les *darknets*, au regard de leur nature et des activités qu'ils abritent, font l'objet d'un encadrement spécifique. D'abord, il convient de remarquer que ces réseaux ne sont en cas prohibés dans leur principe¹²⁵. Ensuite, notons qu'aucun régime particulier n'est réservé, en France, aux *darknets*. Si la question de leur interdiction a déjà été débattue, nous le verrons, aucune adaptation ne s'est pour l'heure imposée les concernant. Enfin, à l'instar des VPN, les réseaux de type *darknet*, sont soumis à déclaration préalable auprès des services du Premier ministre en ce qu'ils constituent des moyens de cryptage de l'information. Au regard de ces éléments, les *darknets* sont régis par les mêmes règles applicables à l'ensemble d'Internet. Aucun régime spécifique n'a encore été ne serait-ce qu'expérimenté en France. La réponse à la question de savoir si le *Darkweb* est une zone de non-droit est nécessairement négative. En effet, comme pour le *web* de surface, le Droit a pleinement vocation à s'appliquer sur le *Darkweb*. Ce serait un non-sens que de se résigner à ne pas projeter la norme dans cette sphère au prétexte qu'il existe des difficultés techniques et que le milieu échapperait par essence à toute régulation. Ainsi, en l'absence de régime spécifique, il n'y a pas lieu de prédire au *Darkweb* un sort différent de celui du reste du réseau.

115. **Un encadrement adapté ?** Pour autant, les spécificités que présentent cette partie du réseau numérique interpellent. Un tel anonymat, ne pouvant être aisément levé par le pouvoir judiciaire, ne mérite-t-il pas une certaine adaptation ? Au regard de la médiatisation croissante des activités illicites ayant lieu sur le *Darkweb*, il est certain que le législateur s'intéressera rapidement à la question¹²⁶. Cette difficulté est capitale puisqu'elle met en échec certaines investigations pénales et, par là même, entache l'autorité de l'État. Si, comme nous le

¹²⁴ Y. CHARPENEL, « Le *Darkweb*, un objet juridique parfaitement identifié : le paradis, l'enfer ? », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 71 : « il est [...] possible de ne pas se résigner à faire du *Darknet* un paradis infernal, celui où toutes les transgressions seraient possibles et surtout resteraient impunies ».

¹²⁵ P-X. CHOMIAC DE SAS, « Le *dark web* ou l'internet clandestin et son encadrement juridique », *RLDI*, n° 149, 1^{er} juin 2018 ; V. ég. G. DE GUZMAN, « The Deep, the Dark, the illegal Web », *Richmond journal of law and technology*, 7 nov. 2016 : « Using Tor may not be illegal nor is merely masking one's IP address and browsing history and activity, but as its anonymity tools are increasingly used for illegal activity, it may become more of an issue ».

¹²⁶ G. DE GUZMAN, « The Deep, the Dark, the illegal Web », *op. cit.* : « you can expect the Dark Web to be an increasingly relevant factor for U.S. lawmakers to consider ».

verrons, une interdiction pure et simple des *darknets* n'est pas sérieusement envisageable, la création d'un régime spécial à leur profit ne semble pas justifiée. Seule une l'aggravation de la peine, déjà prévue au sein du Code pénal¹²⁷, présente, dans ces circonstances, un intérêt. La nature et le régime des *darknets* et VPN ayant été présentés, il est à présent nécessaire d'étudier le dévoiement de ces outils en faveur de pratiques délinquantes, parfois au détriment de l'auteur.

II : Le détournement des instruments d'anonymisation au détriment de l'auteur

116. La cryptologie au service du délinquant. Les outils d'anonymisation que constituent les VPN et les *darknets*, bien qu'ils ne soient pas toujours utilisés à des fins nuisibles, posent d'immenses défis en matière de protection des biens et des personnes car, dès lors que la sanction n'est plus certaine, le risque que se développe la délinquance grandit. Il est donc nécessaire d'indiquer que la cybercriminalité se trouve favorisée par les *darknets* (A), la contrefaçon étant particulièrement stimulée par ces instruments d'anonymisation ainsi que les réseaux privés virtuels (B).

A : Une cybercriminalité favorisée par les *darknets*

117. Des outils dévoyés. Afin de saisir à quel point la lutte contre la cybercriminalité est difficile lorsque sont utilisés des *darknets*, il est nécessaire de prendre la mesure des agissements illicites qui ont lieu au sein du *Darkweb*. Il ne s'agit pas uniquement d'un grand marché de la drogue, bien que la majorité des échanges concerne ces substances hors commerce. À titre d'exemple, certains *darknets* n'hésitent pas à offrir une vitrine aux vendeurs d'organes, tueurs à gages et autres trafiquants d'êtres humains. Le *Darkweb*, en raison de l'anonymat qu'il assure, est donc dévoyé par les plus opportunistes. Toutefois, la réussite des *darknets* peut sembler paradoxale. Comment l'échange de biens et services peut-il fonctionner sur un réseau anonyme ? Qui pourrait prendre le risque d'engager ses fonds sans avoir ne serait-ce que l'espoir de retrouver le vendeur en cas d'escroquerie ? Les *darknets* sont parvenus, en utilisant un système de séquestre, à contourner cet obstacle, permettant d'accroître leur attractivité.

¹²⁷ C. pénal, art. 132-79.

Le site *Silk road*, fermé à deux reprises, proposait notamment un mode de fonctionnement particulièrement efficace, reposant sur l'intermédiation du site rendant un service de séquestre¹²⁸. Cette garantie dans les échanges, couplée à un système fonctionnant à partir des cryptomonnaies¹²⁹ et sur la notoriété des vendeurs, a paradoxalement abouti à la création d'un système particulièrement fiable, limitant les cas d'inexécution dans un secteur où la confiance ne s'impose pas de façon naturelle.

118. Un système décentralisé. Ce point a été rapidement évoqué en amont : la force du *Darkweb* repose sur son caractère décentralisé¹³⁰. Les informations, cryptées préalablement, transitent par plusieurs voies avant d'atteindre leur destinataire. Ainsi, même dans l'hypothèse d'une interception, les données sont inexploitable sans la clé de déchiffrement. Cette décentralisation a un impact majeur sur la régulation du *Darkweb* ; celui-ci ne connaît aucun maître absolu, pas même ses concepteurs¹³¹. En l'absence d'autorité centrale ou de despote numérique ayant la mainmise sur l'ensemble des réseaux, ces derniers se développent en partielle autonomie. Il en résulte que même l'État ou les groupements les plus puissants ne peuvent, sans un effort considérable, avoir d'emprise sur le fonctionnement de ces outils. L'anonymat étant plus effectif et l'emprise de l'État semblant moins importante, les individus se trouvent livrés à eux-mêmes. Au fond, le *Darkweb* apparaît comme un Internet aux propriétés exacerbées, pour le meilleur et pour le pire...

119. Une lutte laborieuse contre la délinquance sur le *Darkweb*. Combattre la cybercriminalité sur Internet n'est pas une mince affaire, mais les efforts à déployer ne sont rien comparés à ceux nécessaires aux investigations sur le *Darkweb*¹³². Là encore, le cœur du problème réside dans la décentralisation du réseau et l'anonymat dont jouissent ses membres. Il est, en théorie, possible de lever l'anonymat et de retrouver les auteurs d'infractions grâce aux services d'enquête. Une meilleure surveillance des actes litigieux sur ces réseaux demeure

¹²⁸ A. PETIT, « Visite guidée du Darkweb cybercriminel », *op. cit.*

¹²⁹ M. MEKKI, « Les mystères de la blockchain », *D.* 2017, p. 2160 ; V. ég. T. GIRAUD, « Vie culturelle : la blockchain est-elle l'avenir de la culture ? », *Juris art etc*, 2017, n° 51, p. 35 ; V. ég. L. TRAUTMAN, « Virtual currencies Bitcoin and what now after liberty reserve, Silk road and Mt. Gox ? », *Richmond Journal of Law and technology*, vol. 20, n° 4, art. 3, p. 82.

¹³⁰ V. *supra* n° 111.

¹³¹ L'administrateur d'un magasin sur un *darknet* garde cependant une emprise considérable sur le fonctionnement de son site.

¹³² Sur le *Darkweb* « les coûts d'établissements de preuves recevables sont sans doute augmentés sensiblement en raison des techniques d'investigations spéciales à mobiliser » Y. CHARPENEL, « Le Darkweb, un objet juridique parfaitement identifié : le paradis, l'enfer ? », *op. cit.*

possible en assurant la surveillance d'un très grand nombre de nœuds de communication¹³³. Même s'il n'existe actuellement pas de données chiffrées sur le coût d'une telle mesure, celle-ci apparaît malgré tout difficilement envisageable. De plus, aboutir à un contrôle absolu du réseau et de son contenu, même par l'État, n'est pas sans risques pour certaines libertés fondamentales. Cela n'empêche évidemment pas la plupart des États, au premier rang desquels le Royaume-Uni, de capter et analyser en masse les *big data* transitant sur le *web* de surface. La lutte contre les délinquants étant particulièrement difficile sur le Darkweb, les chances pour l'État d'infliger une peine à l'auteur de l'infraction se réduisent comme peau de chagrin. Hobbes rappelait déjà il y a plusieurs siècles qu'« il est de l'essence du châtiment de réduire les citoyens à l'obéissance par la terreur qu'il inspire »¹³⁴. Or, les *darknets* rendent parfois pratiquement utopique le châtiment ; quelle terreur saurait, dans ces conditions, inspirer l'État à l'internaute ? Preuve est faite que la lutte contre la délinquance sur les *darknets*, en plus d'être ardue, revêt des enjeux majeurs pour l'avenir du Droit en général et du droit pénal en particulier.

120. Faiblesse des méthodes d'enquête classiques sur le *Darkweb*. Dans un souci de protection du droit au respect de la vie privée, de la liberté d'expression et de la liberté de communication, il serait préférable d'opter pour des mesures ciblées. Pour la magistrate Myriam Quéméner, « il conviendrait de développer les moyens procéduraux récents tels que la technique du coup d'achat et de la captation de données »¹³⁵. Ces techniques seront efficaces dès lors que des soupçons pèsent sur un ou plusieurs individus identifiés. La captation de données informatiques pourrait être l'outil le plus efficace dans la lutte contre la cybercriminalité sur le *Darkweb*. L'article 706-102-1 du Code de procédure pénale prévoit notamment la possibilité d'enregistrer les images présentes à l'écran d'un utilisateur sans son autorisation¹³⁶. Il va sans dire qu'une telle mesure, soumise à autorisation préalable du juge d'instruction, n'est permise qu'en matière de lutte contre la délinquance organisée et d'affaires

¹³³ M. UNTERSINGER, *Anonymat sur Internet, protéger sa vie privée*, op. cit., p. 164 : « on peut imaginer qu'un gouvernement mette en place un nombre suffisamment important de nœuds de réseaux pour avoir une idée précise du contenu et de l'origine des connexions qui passent par TOR. En réalité, vu la taille déjà grande du réseau, il devrait y consacrer des ressources très importantes ».

¹³⁴ T. HOBBS, *Léviathan*, Dalloz, 2004, [1^{ère} éd. 1651, trad. D. WEBER], p. 230.

¹³⁵ M. QUÉMÉNER, « Enquêtes dans le Darkweb », *Dalloz IP/IT*, 2017, p.83, A noter que la technique du coup d'achat permet aux services compétents, notamment Cyberdouane, d'acheter des biens proposés sur les réseaux aux fins de constatation des infractions.

¹³⁶ Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, art. 36 : « le juge d'instruction peut, après avis du procureur de la République, autoriser par ordonnance motivée les officiers et agents de police judiciaire commis sur commission rogatoire à mettre en place un dispositif technique ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, d'accéder, en tous lieux, à des données informatiques, de les enregistrer, les conserver et les transmettre, telles qu'elles s'affichent sur un écran pour l'utilisateur d'un système de traitement automatisé de données ou telles qu'il les y introduit par saisie de caractères ».

criminelles¹³⁷. Si une faible partie des activités ayant lieu sur le *Darkweb* sont d'ordre criminel, la plupart correspondent à des délits qui ne relèvent pas de la délinquance organisée telle que définie à l'article 132-71 du Code pénal. Les *darknets* mettant généralement en lien un vendeur avec un acheteur, il n'y a pas de groupement en vue de la préparation d'un délit dans ces hypothèses. De ce fait, la plupart des vendeurs présents sur le *Darkweb* ne peuvent, en l'état actuel, faire l'objet d'une captation de données. Il est cependant opportun de réserver ces mesures liberticides aux affaires les plus graves comme le trafic d'organe, l'assassinat ou les trafics d'êtres humains. Tout ceci implique que les atteintes aux œuvres de l'esprit ne pourront donner lieu à ce type de mesures¹³⁸, celles-ci apparaissant disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi. Malheureusement, les méthodes d'investigation classiques, comme l'interrogation du fournisseur d'accès à Internet, s'avèrent d'un faible secours dans les *darknets*.

121. L'absence de totale impuissance des pouvoirs publics face à la criminalité sur le *Darkweb*. Bien qu'elle soit d'une extrême complexité, la lutte contre la cybercriminalité sur les *darknets* n'est toutefois pas vaine. Au-delà des criminels, les *darknets* comptent des utilisateurs éthiques ou *White Hats*¹³⁹. Ceux-ci, par le piratage informatique ou la simple fourniture d'informations aux autorités, participent à la lutte contre la cybercriminalité aux côtés des services d'enquête spécialisés. Ces derniers ont d'ailleurs fait preuve de leur expertise en arrêtant plusieurs criminels de haut rang opérant sur le *Darkweb*. À titre d'exemple, mobilisant de nombreuses ressources techniques et humaines, le FBI est parvenu à arrêter Ross William Ulbricht, administrateur de la plateforme *Silk Road*, et à fermer son site en 2013. Celui qui utilisait jusqu'alors le pseudonyme de *Dread Pirate Roberts*, a été condamné à la prison à perpétuité, notamment au titre de trafic de drogues, mais également pour avoir commandité le meurtre de cinq utilisateurs du site qui menaçaient de dévoiler l'identité de leurs clients¹⁴⁰. Il est heureux de constater que, malgré une tentative de réouverture de la plateforme, les services de l'État fédéral américain sont parvenus à mettre un terme à son existence, prouvant par là même que le combat contre le *Darkweb* criminel n'est pas perdu d'avance.

¹³⁷ C. proc. pénale, art. 706-73 et 706-73-1.

¹³⁸ Pour ce qui est des biens culturels « classiques », ceux-ci sont englobés par ce régime à l'article 706-73-1 6° du Code pénal.

¹³⁹ M. QUÉMÉNER, F. DALLE et C. WIERRE, « Quels droits face aux innovations numériques ? », *Gualino*, 2020, p. 189.

¹⁴⁰ US District Court for the Southern District of New York, U.S. District Court, 13 sept. 2013, n° 13-06919, *U.S.A. c/ Ulbricht*, (CCE, n° 7-8, juill. 2017, comm. E. CAPRIOLI).

Ainsi, bien que les *darknets* favorisent effectivement la délinquance, la lutte contre celle-ci demeure envisageable.

B : Une contrefaçon stimulée par les réseaux privés virtuels et les *darknets*

122. **Vulnérabilité des œuvres face aux réseaux privés virtuels et aux *darknets*.**

Au regard des éléments que nous venons d'exposer, les *darknets* et VPN sont susceptibles de représenter un danger majeur pour les œuvres de l'esprit. Bien au-delà du *peer to peer* pratiqué sur le *web* de surface, les techniques déployées sur le *Darkweb* octroient au contrefacteur une espérance d'impunité suffisamment tangible pour favoriser le passage à l'acte¹⁴¹. La cryptologie utilisée dans le cadre des VPN ne peut mener qu'à un constat identique. Bien que la norme tende théoriquement à s'appliquer sur Internet, il y règne une certaine forme d'anarchie lorsque les techniques de cryptologies sont combinées. En effet, le cumul entre cryptage VPN et cryptage via un *darknet* est tout à fait possible et décuple la force de l'anonymat conféré à l'internaute. Dans ce contexte, l'œuvre de l'esprit semble particulièrement vulnérable, voire indéfendable. Ainsi, une œuvre littéraire non tombée dans le domaine public sera-t-elle livrée à une communauté anonyme par un diffuseur anonyme, sans que le titulaire des droits puisse empêcher cette mise à disposition illicite. Sa propriété et les droits qui en découlent semblent dès lors neutralisés et impuissants face aux techniques de cryptage et réseaux parallèles. L'idée même de propriété intellectuelle se trouve donc menacée par les VPN et le *Darkweb*.

123. **Les VPN, outils d'atteinte à la propriété littéraire et artistique.** Les motifs du recours au VPN sont cependant loin de se limiter à ceux évoqués à l'instant. En réalité, une très grande part des utilisateurs de réseaux privés virtuels utilisent ces services de cryptologie en vue de contourner le droit de la propriété littéraire et artistique et le droit du cinéma. Une menace plane sur ces matières en raison de la contrefaçon des œuvres opérées via des services de VPN. Rendant extrêmement difficile l'identification du contrefacteur et d'autant plus la caractérisation de l'infraction, certains utilisateurs n'hésitent pas à recourir à des réseaux privés virtuels pour se ménager, pensent-ils, une totale impunité. Cela est vrai en matière d'œuvres audiovisuelles, graphiques et musicales bien souvent, mais également dans le domaine scientifique. À titre d'exemple, le site *Sci-Hub*, bloqué en France depuis 2019 car

¹⁴¹ O. DE MAISON ROUGE, « Darkweb, plongée en eaux troubles », *op. cit.*

mettant à disposition des articles scientifiques sans autorisation des titulaires de droits¹⁴², demeure accessible par l'intermédiaire d'un VPN. En effet, permettant de passer outre les restrictions géographiques, il suffit à l'internaute de simuler une connexion en Espagne, en Belgique ou en Suisse pour accéder illégalement à des dizaines de milliers d'articles scientifiques. Ainsi, il suffit qu'un site contrefaisant soit référencé dans un unique pays afin qu'il soit accessible dans le monde entier via un VPN. Ces derniers, même en présence d'une importante coopération internationale, font donc peser une menace colossale sur la propriété littéraire et artistique.

124. Le contournement de la chronologie des médias grâce aux réseaux privés virtuels. La contrefaçon pure et simple n'est malheureusement pas le seul exemple de détournement de l'outil que constituent les VPN. Notamment, le contournement du « géoblocage » à l'échelle nationale permet aux utilisateurs de souscrire certains services à l'étranger. À titre d'exemple, en matière musicale, le coût de l'abonnement à un service de streaming tel que *Spotify* peut être cinq fois moins élevé au Brésil qu'en France. Autre illustration – et il s'agit là probablement de l'une des principales causes d'utilisation des VPN –, l'emploi d'un réseau privé virtuel permet de s'abonner aux services de *Netflix* directement aux États-Unis, ouvrant aux utilisateurs un catalogue plus riche que celui proposé en France. En lien direct avec cet exemple, les VPN sont également massivement utilisés en vue de contourner la chronologie des médias française. De fait, nombreux sont les internautes souhaitant accéder aux catalogues nord-américains afin d'accéder à certaines œuvres au plus tôt. Dans ce contexte, les VPN constituent un moyen de passer outre la législation française alors même que l'existence de la chronologie des médias est de plus en plus régulièrement remise en cause¹⁴³. Les réseaux privés virtuels font donc l'objet d'un détournement, conduisant au bafouement de nombreuses composantes de la propriété littéraire et artistique et même au-delà.

125. La poursuite de la décentralisation par d'autres moyens. Les VPN et *darknets* posent des défis majeurs au droit de la propriété littéraire et artistique. Cependant, ils peuvent être cumulés avec d'autres outils en vue de pousser la décentralisation à son paroxysme. Pour s'en convaincre, il suffit de prendre l'exemple de la plateforme *Zeronet*.

¹⁴² TGI Paris, 3^{ème} ch., 4^{ème} sect., 7 mars 2019, n° 18/14194, *Elsevier c/ Orange*.

¹⁴³ E. DURAND, *La menace fantôme : les industries culturelles face au numérique*, Presses de Sciences po, 2014, p. 111 : « La chronologie des médias a été bâtie dans un monde aujourd'hui révolu de rareté des œuvres et des écrans, autour d'une idée devenue fausse selon laquelle plus une œuvre est vue, plus elle s'use. Or, l'hyperchoix généralisé dans lequel sont plongés les publics a largement invalidé ces principes ».

Répondant à une logique de pair à pair et fonctionnant grâce à une *blockchain*, elle présente une configuration tout à fait originale. Elle se distingue très largement de ses homologues car étant totalement décentralisée. Ordinairement, un site utilisant la technologie du pair à pair permet le partage des fichiers directement entre les utilisateurs. Il s'agit déjà d'une certaine forme de décentralisation puisqu'aucun serveur extérieur n'intervient dans l'opération. Toutefois, il est théoriquement possible de mettre un terme aux échanges en désactivant les serveurs qui hébergent la plateforme¹⁴⁴. Là où *Zeronet* se singularise, c'est lorsqu'elle utilise la technique du pair à pair pour assurer son propre hébergement. Ainsi, la plateforme ne dispose pas de serveur central mais est hébergée par une multitude d'utilisateurs : « c'est nulle part parce que c'est partout »¹⁴⁵. Chaque usager devient automatiquement un nœud potentiel du réseau hébergeant la plateforme. Il s'agit pour ses fondateurs de rendre le site parfaitement incensurable et de permettre la libre circulation des idées. Dans ces conditions, il était inévitable que l'outil soit dévoyé pour porter atteinte aux droits de propriété intellectuelle.

126. **Play ou l'anti-propriété intellectuelle.** La plateforme *Zeronet* n'organise en elle-même aucune contrefaçon d'œuvre de l'esprit et n'encourage aucun acte illicite. Néanmoins, elle permet à ses utilisateurs de relier certains sites à son réseau, les rendant également incensurables. C'est dans ces conditions qu'est né *Play*, un site accessible depuis *Zeronet* et, par conséquent, parfaitement décentralisé. Mettant en ligne des liens permettant la représentation, via *streaming*, ou la reproduction, par téléchargement, d'œuvres sans l'autorisation des ayants droit, ce site permet une contrefaçon difficile à contrecarrer. La circulation sur *Play* n'étant pas anonyme, une mesure efficace pourrait consister en la sanction de ses utilisateurs afin de tarir les nœuds du site et le rendre inopérant. Le danger est cependant bien plus important puisque la navigation sur *Zeronet* peut être utilisée via un VPN ainsi qu'à travers le réseau TOR, qui constitue un *darknet* et donc un espace anonyme. Il en résulte la possibilité pour *Play*, et d'autres sites, d'être hébergés par des anonymes de façon décentralisée, rendant toute sanction difficile à mettre en œuvre¹⁴⁶. Si de tels usages venaient à se répandre, la protection des droits incorporels sur les œuvres deviendrait particulièrement ardue, voire désespérée en l'absence de technologie de décryptage suffisamment avancée.

¹⁴⁴ Certains serveurs servant de support à la plateforme eMule ont par exemple fait l'objet de fermetures entre 2006 et 2007. Les actions des autorités Belge et Allemande n'ont cependant eu pour effet que de réduire momentanément les capacités du site, les serveurs ayant été rapidement remplacés.

¹⁴⁵ Il s'agit du slogan mis en avant par la plateforme <https://zeronet.io/>.

¹⁴⁶ A noter que l'anonymat de l'utilisateur n'est pas absolu sur *Zeronet*, même via Tor, mais qu'une autre plateforme fonctionnant sur la même base pourrait tendre à un anonymat bien plus fort.

127. **Le crépuscule des droits privatifs sur l'œuvre numérique ?** Au regard de la situation telle que nous venons de la dépeindre, certains prédisent un avenir bien sombre aux droits privatifs sur les œuvres numériques. C'est notamment le cas de l'avocate californienne Jessica Wood qui estime que les *darknets* ne permettent plus concrètement au titulaire de droits de s'opposer à l'utilisation de son œuvre¹⁴⁷. Aux yeux de cet auteur, la seule existence du *Darkweb* justifierait l'octroi de nouveaux droits aux utilisateurs. Elle estime en outre que le régime positif du *copyright* ne serait plus en mesure d'encourager la création¹⁴⁸ et rendrait toute mesure technique de protection (DRM) totalement obsolète¹⁴⁹. Toutefois, si une évolution majeure s'avère nécessaire, peut-elle trouver son principal fondement dans les techniques de cryptage de données ? La réponse est formellement négative ! En réalité, comme nous le démontrerons par la suite, la contrefaçon est devenue massive sur Internet dans son ensemble. Dans ce contexte, la violation des droits privatifs sur l'œuvre numérique est surtout l'apanage du *web* de surface¹⁵⁰. Nul besoin de désigner les VPN ou le *Darkweb* comme déclencheur d'une mutation du droit positif, puisque c'est bien Internet, dans toutes ses strates, qui est porteur d'une telle évolution...

128. **La contrefaçon via les VPN et sur le *Darkweb*, symptôme d'un mal plus généralisé.** Les VPN et le *Darkweb*, même s'ils portent leur lot de questionnements et de défis, ne signent en aucun cas à eux seuls le recul des droits de propriété intellectuelle dans la sphère numérique. Les techniques d'anonymisation ne sont que des révélateurs, parmi d'autres, des difficultés que rencontre le droit de la propriété littéraire et artistique pour assurer la protection des œuvres de l'esprit. Loin d'envisager de menus ajustements au profit des seules techniques de cryptage, c'est une adaptation globale de la propriété littéraire et artistique qui pourrait être considérée.

¹⁴⁷ J. WOOD, « The Darknet: a digital copyright revolution », *Richmond Journal of Law and technology*, vol. 16, n° 4, art. 4, p. 58 : « *sparring factions debated whether the law should grant creators and publishers more control or allow consumers more access to creative works. The point, however, is moot. The Darknet has eliminated the choice* ».

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 27 : « Due to the Darknet, the current copyright regime is no longer an effective incentive to encourage the creation and dissemination of digital works. Therefore, the law must be restructured to ensure the continued promotion of progress in the digital era ».

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 25 : « The primary effect of the Darknet is that it renders technological protection measures (TPMs) wholly unenforceable (or at least impracticable) as a solution for digital copyright management ».

¹⁵⁰ Y. CHARPENEL, « Le Darkweb, un objet juridique parfaitement identifié : le paradis, l'enfer ? », *op. cit.* : « nul besoin d'aller sur le *Darknet* pour être confronté aux propos de haine, aux harcèlements de tout genre ou aux contrefaçons les plus dangereuses ».

Conclusion du Chapitre I

129. **Une décentralisation et un anonymat menaçants pour l'auteur.** Les derniers développements ont permis de mettre en évidence qu'Internet n'est pas tant régulé par une autorité centrale que par un grand nombre d'acteurs qui interviennent de manière complémentaire, et ce, à différents niveaux. L'absence de droit commun du numérique conduit naturellement à une application des normes préexistantes dans la sphère digitale avec de nécessaires ajustements. Internet porte cependant en lui la nécessité d'une mutation bien plus profonde en raison de ses trois principales caractéristiques : dématérialisation, instantanéité et interconnexion. Celles-ci influencent fortement le comportement des utilisateurs sur la toile, et les poussent à adopter une attitude foncièrement différente à l'égard de la propriété littéraire et artistique. La décentralisation liée à Internet et l'anonymat assuré par les instruments d'anonymisation représentent donc aujourd'hui d'importantes menaces pour la propriété littéraire et artistique.

130. **Internet, facteur de mutation du droit d'auteur.** Face à ces menaces, le droit de la création immatérielle ne saurait demeurer inerte. Internet, dans son essence, conspire à l'évolution de la propriété littéraire et artistique. Loin de consister en une banale évolution technique qui n'aurait aucune légitimité à susciter la mutation de la matière¹⁵¹, Internet, assurant la convergence des médias, peut assurément renouveler le débat sur la nature et la fonction du droit d'auteur. La diffusion numérique tend à profondément modifier la manière dont l'œuvre est perçue au sein de la société, et est probablement sur le point d'initier une reconsidération de la philosophie du droit de la création immatérielle. Toutefois, la réponse du législateur se fait timide sur la question et l'évolution ne se traduit pas encore par une totale reconsidération de la propriété en tant que mode de réservation de l'œuvre de l'esprit. L'évolution étant encore relativement lente – et insuffisante comme nous le verrons –, la voix des utilisateurs ne tarde pas à gronder pour contester un droit d'auteur perçu comme dépassé, inadapté, voire exsangue. À nouveau, la propriété littéraire et artistique se trouve remise en cause, cette fois par une partie du corps social dont les usages fragilisent l'exclusivité de l'auteur.

¹⁵¹ P. GAUDRAT et F. SARDAIN, *Traité de droit civil du numérique*, Larcier, 2015, t. 1, p. 86 : « L'équation, un peu trop simpliste, selon laquelle toute innovation technique majeure, tout intérêt économique émergent, appelleraient nécessairement une refonte du droit en vigueur est, plus que fausse, éminemment suspecte ».

Chapitre II : La propriété littéraire et artistique fragilisée par la nature des usages numériques

131. Rôle majeur des internautes dans l'économie littéraire et artistique.

Plus qu'aucun autre média, Internet place l'utilisateur au centre des considérations et lui donne un poids considérable. En son sein, le modèle vertical est ébranlé, laissant place à davantage d'horizontalité¹. Si l'État demeure souverain, les utilisateurs prennent une place non négligeable puisque, en plus de recevoir l'information, ils communiquent et déterminent le contenu d'Internet. Leurs voix et leurs pratiques, si elles ne sont bien évidemment pas prépondérantes, doivent être entendues et prises en considération, d'autant que les internautes sont de plus en plus nombreux. En 2019, plus de soixante-dix pour cent de la population française déclarait se connecter quotidiennement à Internet². Parmi les internautes, l'écrasante majorité a accès aux œuvres de l'esprit via ce réseau numérique de façon régulière³. Le phénomène revêt donc aujourd'hui une ampleur particulièrement importante, les revenus numériques dépassant depuis plusieurs années les recettes des ventes de supports physiques, notamment en matière de phonogramme.

132. Différents modes de contestation de la règle de droit. Au regard de l'importance qu'occupent les utilisateurs sur Internet et dans l'économie culturelle de manière générale, il est nécessaire de s'intéresser à leurs pratiques et éventuelles velléités. À ce titre, nous verrons que la norme se trouve contestée par une bonne part du corps social qui, à travers la contrefaçon massive⁴ ou le contournement légal du système propriétaire, semble parfois s'opposer à l'exclusivité sur l'œuvre de l'esprit. Nous démontrerons ainsi que la réservation propriétaire de l'œuvre est inadaptée aux pratiques des internautes (Section I), pour ensuite

¹ L-M. DUONG, « Les sources du droit d'internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau », *D.*, 2010, p. 783 : « Internet contraint à remettre en cause le modèle pyramidal traditionnel où s'enchaînent des normes hiérarchisées dont l'ensemble constitue l'ordonnement juridique et qui place la loi au centre de gravité de la hiérarchie des normes. Ses règles doivent s'inscrire dans un "modèle en réseau" dont la structure est horizontale et non verticale et où les normes sont d'application spontanée et non imposées ».

² <https://www.mediametrie.fr/fr/audience-internet-global-en-france-en-janvier-2019> (consulté le 11 mars 2019)

³ HADOPI, *Biens culturels et usages d'Internet : pratiques et perceptions des internautes français*, Baromètre des usages HADOPI, sept. 2017, p. 11 : Etude selon laquelle soixante-dix-huit pour cent des internautes ont accès à des œuvres de l'esprit grâce à Internet.

⁴ SNEP, *L'économie de la production musicale*, 2018, p. 8 : En matière de phonogramme, notamment du fait de la contrefaçon, les « ventes » de musique enregistrée ont diminué de plus de moitié en France entre 2002 et 2017.

constater que cette réservation se montre inflexible face à ces nouvelles utilisations de l'œuvre (Section II).

Section I : Une réservation propriétaire de l'œuvre inadaptée aux pratiques des internautes

133. **Remise en cause de la règle de droit par le corps social.** La propriété littéraire et artistique a, depuis sa création et quelle que soit sa forme, toujours fait l'objet de contestations. Pourquoi accorder un droit exclusif au créateur alors même qu'il est de l'essence du génie humain d'échapper à toute appropriation ? Il fallut patience et argumentation pour prouver l'intérêt de cette propriété et révéler ses bienfaits. Toutefois, avec l'avènement d'Internet, la contestation se fait plus forte et revêt de nouvelles formes dont certaines particulièrement visibles. À travers la contrefaçon massive dont se rend coupable une part importante des internautes, on comprend que le droit d'auteur provoque parfois la méfiance, pour ne pas dire le rejet d'une partie du corps social⁵. Dans ce contexte, il est essentiel de déterminer les causes sociologiques qui poussent les justiciables à enfreindre les règles établies au nom de la communauté. Une fois ces causes identifiées, nous disposerons de précieuses informations qui nous permettront, d'adapter, par la suite et le cas échéant, le droit d'auteur aux enjeux numériques. Observons donc dans un premier temps les manifestations d'une remise en cause de la propriété de l'auteur (§1), pour, dans un second temps, analyser cette remise en cause selon une approche sociologique (§2).

§1 : Manifestations d'une remise en cause de la propriété de l'auteur

134. **Le rejet de la propriété littéraire et artistique.** Au sein de la société française, et partout ailleurs dans le monde, la propriété littéraire et artistique semble faire l'objet d'un rejet. Celui-ci se manifeste notamment par la mise en place d'associations et autres partis pirates visant à contester l'importance des droits exclusifs reconnus à l'auteur. Le « piratage » des

⁵ C. CARON, « Le droit d'auteur et les gens : petit abécédaire d'un divorce » in M. VIVANT (en l'honneur de), *Penser le droit de la pensée : mélanges en l'honneur de Michel Vivant*, dir. J-M. BRUGUIÈRE et C. GEIGER, LexisNexis et Dalloz, 2020, p. 73 : « La lucidité oblige à admettre que cette discipline est désormais plutôt mal reçue par le corps social ».

œuvres de l'esprit peut également intégrer cette vague contestataire, cette dernière n'ayant jamais connu pareil essor dans toute la société avant l'avènement d'Internet. Pour étudier ce phénomène, sera donc mise en exergue la contrefaçon systémique des œuvres de l'esprit sur Internet (I), avant que ne soit analysée l'opposition organisée dont fait l'objet la propriété intellectuelle sur les réseaux numériques (II).

I : La contrefaçon systémique des œuvres de l'esprit sur Internet

135. **Piraterie et contrefaçon.** En matière de contrefaçon sur Internet, un terme semble s'être, dans l'esprit des profanes et des juristes, substitué à la qualification légale pour décrire les atteintes aux droits d'auteur : la piraterie. Cependant, ce terme n'est historiquement pas ancré dans la propriété littéraire et artistique, mais dans le droit maritime. Ainsi, le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu définit-il la piraterie comme le « brigandage maritime consistant à commettre, à des fins privées, des actes de violence contre les personnes ou les biens »⁶. Les textes ne font aucune référence à la piraterie dans le domaine numérique. Cette notion, dès lors qu'elle est employée hors du droit de la mer, ne possède donc aucune assise juridique. Pour autant, l'on retrouve des traces de la notion de piraterie de droits intellectuels remontant jusqu'à la période révolutionnaire. Par une lettre du 2 janvier 1793, plusieurs auteurs demandaient notamment au comité d'instruction publique de « protéger leur propriété et d'empêcher la piraterie »⁷. Par conséquent, l'emploi de ce terme existait avant même la naissance des technologies numériques, son utilisation ne s'étant systématisée que depuis leur avènement. Nous retiendrons, dans le cadre de notre recherche, une définition restreinte de la piraterie. Elle consiste, selon nous – mais nous aurons l'occasion d'affiner cette définition par la suite –, en toute représentation ou reproduction d'une œuvre de l'esprit par un vecteur numérique sans l'autorisation de l'ayant droit⁸. Les atteintes aux personnes ou à d'autres biens que les œuvres, qui peuvent entrer dans le champ de la piraterie entendue au sens large, ne seront donc pas traitées. La notion de piraterie renvoie à une forme de violence à l'encontre des ayants droit. Cette violence est, pour l'essentiel, de nature économique. Le pirate est celui qui dérobe au créateur le fruit de son génie et qui, parfois, se l'approprie. Toutefois, comme cela

⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2022, 14^{ème} éd., V. Piraterie

⁷ Propos rapportés par A. LATOURNERIE, « Petites histoires des batailles du droit d'auteur », *Multitudes*, 2001, vol. 2, n° 5, p. 45.

⁸ V. *infra* n° 183.

sera évoqué, il existe plusieurs catégories de contrefacteurs sur Internet qui se distinguent en fonction de la gravité de l'atteinte qu'ils portent aux droits d'auteur et droits voisins. Cette définition étant posée, nous recourrons ici sans discrimination aux notions de piraterie et de contrefaçon.

136. Généralisation de la contrefaçon. La contrefaçon sur Internet concerne une part très importante de la population française et mondiale. En 2017, vingt-sept pour cent des internautes français interrogés par la HADOPI déclaraient des usages illicites, contre vingt pour cent en 2011. Dans le même temps, la proportion d'utilisateurs respectueux de la loi reste stable à cinquante pour cent⁹. Lorsque l'on ne prend en compte que les internautes qui consultent des œuvres, l'on constate que trente-cinq pour cent d'entre eux sont contrefacteurs et que soixante-cinq pour cent déclarent un usage strictement respectueux de la loi. Les études démontrent que les contrefacteurs mêlent très souvent usages licites et illicites. Les chiffres diffèrent selon les pays, mais la contrefaçon demeure toujours importante. Pour ne citer que les extrêmes, en 2017, le phénomène concernait environ vingt pour cent des Japonais et quatre-vingt-quatre pour cent des internautes indonésiens¹⁰. Les atteintes sont ainsi massives, notamment au sein de l'Union Européenne¹¹. La contrefaçon est particulièrement importante chez les jeunes générations puisque, en France, parmi les utilisateurs d'œuvres numérisées, soixante et un pour cent des quinze-vingt-quatre ans déclarent au moins une utilisation illicite d'œuvre dans l'année contre quarante-six pour cent chez les vingt-cinq-trente-neuf ans et vingt pour cent chez les plus de quarante ans¹². Sans réelle surprise, la dynamique est actuellement à la hausse de la délinquance. Dans le détail, il apparaît que les œuvres les plus affectées sont les séries télévisées et les films qui se trouvent davantage contrefaits que le livre numérique et la musique enregistrée¹³. Internet constitue par conséquent un espace dans lequel la pratique de la contrefaçon s'avère particulièrement massive¹⁴.

137. Une majorité non-contrefactrice. En France, le constat est donc qu'un tiers des utilisateurs d'œuvres de l'esprit sont des contrefacteurs. Il en résulte que la propriété littéraire

⁹ HADOPI, *Biens culturels et usages d'Internet : pratiques et perceptions des internautes français*, op. cit., p. 30.

¹⁰ Université d'Amsterdam, *Global Online Piracy Study*, Institute for Information Law, juill. 2018, p. 13

¹¹ V. A. GALLEGOS, « L'Espagne et la banalisation de la contrefaçon musicale et audiovisuelle », *Propriétés intellectuelles*, n° 40, juill. 2011, p. 351.

¹² HADOPI, *Biens culturels et usages d'Internet : pratiques et perceptions des internautes français*, op. cit., p. 31.

¹³ *Ibidem*, p. 32.

¹⁴ D. TRUCHET, « Les monopoles », *RFDA*, 2014, p. 851 : « L'internet est aujourd'hui le principal instrument de "démonopolisation" (licite ou illicite) de la culture »

et artistique est une matière particulièrement peu respectée¹⁵. Les pratiques pirates tendent à se banaliser de manière importante¹⁶. Il est toutefois nécessaire de bien prendre en compte le fait que la majorité des internautes respecte la règle de droit. Nous ne sommes pas tous contrefacteurs mais, au rythme où les usages évoluent, il est probable qu'une majorité de la population s'adonne à la piraterie dans le futur. Nous sommes, de ce fait, poussés à rechercher une explication à ce phénomène. Ne s'agit-il simplement pas d'une ignorance de la part des utilisateurs ?

138. **Méconnaissance de la norme.** Il serait aisé de justifier un tel phénomène en l'attribuant à une méconnaissance de la propriété littéraire et artistique par le public. Nous admettons volontiers qu'il s'agit là d'une partie de l'explication. En effet, si tout un chacun a bien conscience qu'il existe un droit d'auteur, une partie des internautes n'a pas conscience de l'étendue de son assiette, alors même que nul n'est censé ignorer la loi. Là où la propriété du Code civil est correctement appréhendée par le public, les contours de celle issue du CPI apparaissent parfois vagues. La propriété intellectuelle est souvent perçue – à l'instar des autres disciplines juridiques – comme réservée à certains spécialistes, ce qui ne participe guère à la rendre populaire¹⁷. Comment l'internaute peut-il percevoir intuitivement le champ exact des nombreuses exceptions aux droits patrimoniaux ? Comment peut-il distinguer ce qui relève seulement de la propriété littéraire et artistique et ce qui n'en relève pas¹⁸ ? Bien entendu, la technicité de la matière¹⁹, qui ne constitue pas un obstacle dans bien des domaines juridiques, n'est pas seule en cause. La dématérialisation ajoute de l'obscurité au manque d'intelligibilité de la loi, les frontières de la licéité ayant été, un temps, difficile à appréhender²⁰. L'utilisateur se

¹⁵ V-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *À qui profite le clic ? Le partage de la valeur à l'ère numérique*, Odile Jacob, 2015, p. 51 : « Les exploitations illégitimes se multiplient ; celles qui sont légitimes ne passent plus forcément par la mise en jeu du droit exclusif, devenu un instrument toujours moins puissant pour assurer le contrôle de la circulation des œuvres. Qu'il l'accepte ou non, le titulaire se voit donc contraint d'abandonner, ou de partager, certaines des utilités de sa chose ».

¹⁶ V-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *À qui profite le clic ? Le partage de la valeur à l'ère numérique*, op. cit., p. 48 : « nous sommes tous contrefacteurs, tous "pirates". Ainsi, l'exclusivité proclamée des titulaires est quotidiennement foulée aux pieds et se dissout progressivement dans les nouvelles pratiques d'usage ».

¹⁷ J. CARBONNIER, *La sociologie juridique et son emploi en législation : communication à l'académie des sciences morales et politiques*, 1967, Académie des sciences morales et politiques, Paris, 1968, p. 91-98 : « Au cours de l'histoire, l'ésotérisme du droit a périodiquement engendré des phénomènes pathologiques : jadis, les révoltes populaires, la dissociation des systèmes juridiques (droit savant et droit vulgaire, Juristenrecht et Volksrecht) ; de nos jours, un certain mépris des lois, des taux élevés d'ineffectivité de la règle ».

¹⁸ C. DE HAAS, « L'imprévisible droit d'auteur », *Propriétés intellectuelles*, n° 43, avr. 2012, p. 220 : « Si au moins le seuil si bas de l'originalité requise était constant, l'on pourrait encore s'y retrouver, mais il n'en est rien ».

¹⁹ M. WEBER, *Sociologie du droit*, PUF, 2007, p. 234 : « Quelle que soit la forme que prendra le droit et la pratique judiciaire sous ces influences diverses, il sera difficile d'éviter, vu l'évolution économique et technique, la croissance de l'ignorance juridique du profane ».

²⁰ HADOPI, *Etude sur le jeu vidéo dématérialisé*, Rapport de l'étude économique du cadrage, Déc. 2014, p. 52 : « la dématérialisation a surtout accentué la porosité entre usages licites et illicites ».

située parfois dans l'ignorance du caractère légal ou non d'une offre. Certaines croyances erronées se répandent comme l'idée, partagée par soixante et un pour cent des internautes, que l'offre légale est nécessairement une offre payante²¹. Dans la même ligne, trente-huit pour cent des utilisateurs d'œuvres vidéoludiques déclarent rencontrer souvent des difficultés à distinguer les sites licites des sites illicites²². Il en résulte que si l'élément matériel de l'infraction est constitué, la *consciens fraudis*, elle, n'est pas systématiquement présente. Le droit d'auteur, quand il n'est pas cantonné à la sphère littéraire dans l'esprit de certains, apparaît donc comme une nébuleuse, un objet aux contours particulièrement troubles.

139. **Une méconnaissance relative.** Toutefois, la méconnaissance n'est pas le seul facteur permettant d'expliquer le phénomène de la contrefaçon sur Internet. Les internautes sont aujourd'hui davantage sensibilisés aux questions de droit d'auteur qu'au début des années 2000, parfois au moyen de slogans invalides sur le plan juridique, mais ayant le mérite d'être frappants tel « télécharger des films piratés c'est du vol ». L'utilisateur est alerté au sujet des conséquences du piratage concernant les ventes physiques, il est informé lors du vote des textes intéressant la matière tant au plan interne qu'international et il est invité à militer pour ou contre ces mêmes lois par ses influenceurs. L'utilisateur ne peut aujourd'hui plus se cacher derrière une totale méconnaissance du Droit²³. Certes, une partie du non-respect de la norme demeure liée à l'ignorance de celle-ci, mais le phénomène qui prévaut aujourd'hui est celui d'une contestation importante des conditions d'exploitation du monopole²⁴. L'utilisateur, et particulièrement les grands consommateurs d'œuvres numérisées, font souvent fi d'une législation dont ils comprennent le sens global sans y adhérer²⁵. Pourquoi payer pour ce qui peut être obtenu gratuitement ? Pourquoi attendre la parution d'un ouvrage en France alors qu'il est immédiatement disponible sur Internet ? Dans l'esprit de l'utilisateur, le rapport coût/bénéfice, en raison de nombreux facteurs que nous n'omettrons pas d'analyser, penche fréquemment en faveur d'une utilisation illicite. Nombreux sont ceux qui font donc le choix, en connaissance de cause, de contrefaire des œuvres de l'esprit. L'application du Droit

²¹ HADOPI, *Une offre légale qui séduit de plus en plus les consommateurs*, L'essentiel, n° 11, oct. 2018, p. 4.

²² HADOPI, *Etude sur le jeu vidéo dématérialisé*, *op. cit.*, p. 42.

²³ Université d'Amsterdam, *The recasting of copyright and related rights for the knowledge economy*, Institute for Information Law, nov. 2006, p. 208 : « it appears no longer plausible to explain large-scale copyright infringement by consumers in terms of a lack of copyright awareness ».

²⁴ D. TRUCHET, « Les monopoles », *op. cit.*, p. 851 : « Les monopoles de droit forment une peau de chagrin [...] et presque tous sont menacés non tant par l'évolution du droit que par celle des pratiques et des mœurs ».

²⁵ P. AXEL, *La révolution musicale : liberté, égalité, gratuité*, éd. Pearson, 2007, p. 153 : « Ce que l'industrie du disque appelle piratage est en fait un ensemble de nouveaux usages dématérialisés de consommation de la musique qui remettent en cause le système actuel de manière totalement anarchique ».

peut sembler contre-intuitive lorsque l'immatériel fait l'objet d'une appropriation. Les interdictions induites par l'exclusivité peuvent engendrer un phénomène de rejet qui pousse l'individu à contredire la norme en la bafouant, en défiant l'interdit. Face aux mesures techniques de protection, à l'ARCOM et aux ayants droit, se développe chez certains un sentiment de résistance à la logique du droit d'auteur. Il y a bien là, au-delà d'une simple filouterie artistique, une opposition à la norme.

140. Une contrefaçon indolore ? Au cœur des débats relatifs à la protection des droits d'auteur dans le secteur numérique, se trouve la question de savoir quels sont les effets du piratage sur les industries culturelles concernées. Cette question n'est pas vaine, car connaître l'impact de la contrefaçon sur les réseaux numériques permet de mieux adapter la réponse qui doit y être apportée. Classiquement, les auteurs, industries et sociétés de gestion des droits dénoncent une atteinte massive aux œuvres et un manque à gagner important. Dans le même temps, les activistes et une partie des internautes estiment que l'impact de la contrefaçon est faible, voire inexistant²⁶. Dans les deux camps, les critiques s'appuient sur des études souvent contradictoires. Certaines indiquent que le piratage serait avant tout néfaste tandis que d'autres estiment que les effets bénéfiques, comme l'incitation à « consommer », sont prédominants²⁷. Au regard des différentes études, il apparaît clairement que, si le piratage a un effet globalement négatif sur les différentes industries, ses effets sont également à nuancer²⁸. Soutenir que le piratage est sans conséquences ou profite aux ayants droit est excessif. Comme nous l'avons vu, ne serait-ce que dans le secteur de la musique enregistrée, le piratage a eu un impact important. Toutefois, cet impact a tendance à être surestimé car ne tenant notamment pas compte de l'effet promotionnel du piratage, qui permet de tester l'œuvre avant de se convaincre de l'acquérir, souvent via une copie physique. Donc, s'il est difficile de quantifier avec précision les effets de la contrefaçon numérique, nous pouvons affirmer qu'il existe un préjudice pour les ayants droit²⁹. Dès lors que ce préjudice existe, la pratique du

²⁶ L. LESSIG, *Free culture, How big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, The Penguin Press, New York, 2004, p. 71 : « But let's assume the RIAA [recording industry association of America] is right, and all of the decline in CD sales is because of Internet sharing. Here's the rub: In the same period that the RIAA estimates that 803 million CDs were sold, the RIAA estimates that 2.1 billion CDs were downloaded for free. Thus, although 2.6 times the total number of CDs sold were downloaded for free, sales revenue fell by just 6.7 percent ».

²⁷ Pour une approche reprenant de nombreuses études V. M. DAVIDOVICI-NORA, « Les analyses économiques du piratage des biens numériques », *Revue française d'économie*, 2005, vol. 20, n° 2, p. 107 à 149.

²⁸ F. BENHAMOU et J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright*, La Découverte, 2007, p. 71 : « la logique gagnants/perdants qui oppose à première vue des consommateurs bénéficiant à court terme de la disponibilité de contenus gratuits, et des titulaires de droits victimes des effets de substitution, est bien trop simpliste ».

²⁹ V. *contra* B. FABRE, *La crise du droit d'auteur : une approche systémique*, Thèse, Aix-Marseille, dir. J. FRAYSSINET, 2012, p. 348.

piratage devient difficile à légitimer pour ses défenseurs. L'opposition d'une partie des internautes à la norme ne peut être soutenue de manière inconditionnelle. Toutefois, comme nous allons à présent le constater, cette opposition se manifeste également de manière plus structurée par le truchement de groupes organisés.

II : L'opposition organisée à la propriété intellectuelle sur Internet

141. Une subversion organisée. En marge de cette contestation chaotique, se distinguent plusieurs groupements formulant des propositions en vue d'une évolution de la propriété littéraire et artistique³⁰. Ces groupes n'expriment pas exclusivement des demandes au sujet de la propriété intellectuelle : ils s'intéressent également, pour la plupart, aux enjeux relatifs à la protection de la vie privée sur Internet ou à la neutralité du net. Ces aspects ne seront pas évoqués au regard du périmètre de notre sujet. Nous présenterons ici plusieurs propositions qui mettent particulièrement en évidence l'esprit qui anime les groupements concernés ; l'analyse ne sera ainsi pas exhaustive.

142. Les groupements contestataires. Parmi les différents groupes et associations qui s'intéressent de près aux enjeux du numérique, certains sollicitent une mutation de la propriété littéraire et artistique. C'est notamment le cas en France de la Quadrature du net, association loi 1901 fondée en 2008, dont Philippe Aigrain est l'un des fondateurs. C'est également le cas de l'association APRIL qui vise essentiellement la promotion du logiciel libre. À l'étranger des groupes tels le *Chaos computer club* (Allemagne) ou *Xnet* (Espagne) formulent également des propositions en matière de droit de la propriété intellectuelle. À l'échelle européenne, c'est sans doute le Parti pirate, par la voix de l'ex-députée Julia Reda, qui incarne le mieux cette opposition construite. Les critiques adressées au Droit par ces entités divergent sur certains points, mais il se dégage pourtant des lignes de force, des aspirations communes.

143. La limitation de la durée des droits patrimoniaux. Au nombre des propositions majeures en matière de propriété littéraire et artistique, se trouve la sempiternelle critique de la durée des droits patrimoniaux de l'auteur. Le *Chaos computer club* sollicite sa

³⁰ F. MACREZ, *Créations informatiques : bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, Litec, 2011, p. 71.

diminution à un délai inférieur à celui prévalant actuellement, soit soixante-dix ans *post mortem auctoris*. De même, le parti pirate réclame la réduction dudit délai, en ajoutant qu'il serait opportun de faire courir le délai à compter de la publication de l'œuvre³¹. L'objectif est non seulement d'accorder une durée de protection identique pour chaque œuvre, mais également d'accélérer la chute de l'œuvre dans le domaine public, dans l'optique qu'elle profite plus tôt au public. La Quadrature du net, qui n'est pas en reste concernant ce sujet, appelle de ses vœux une diminution du délai applicable. L'association va cependant plus loin en sollicitant la mise en place d'un statut positif du domaine public³². L'objet de cette demande est ainsi de créer un régime qui offrirait une pérennité au domaine public en le sanctuarisant, en en faisant la promotion et en empêchant une privatisation de ses composantes par un quelconque moyen.

144. **L'extension des exceptions au droit d'auteur.** Nombre de groupements ont une tendance manifeste à solliciter l'extension d'exceptions existantes, voire la création de nouvelles exceptions aux droits patrimoniaux de l'auteur. À ce titre la Quadrature du net, par la voix de Philippe Aigrain, demande un élargissement de l'exception de représentation dans le cercle familial en limite concernant toute représentation publique, dès lors qu'elle n'intervient pas dans un cadre commercial³³. Une telle exception impliquerait donc que la représentation serait notamment libre au sein d'une bibliothèque ou dans les locaux d'associations à but non lucratif. La Quadrature du net souhaite également étendre le champ de l'exception pédagogique³⁴. Toutefois, cette exception pourrait s'avérer peu profitable en raison de son importante étendue combinée à la difficile appréhension de la notion d'éducation au sens large. Concernant l'exception de copie privée, le parti pirate européen demande la suppression pure et simple de la redevance qui l'accompagne, celle-ci apparaissant injustifiée aux yeux de ses membres. En cela, le parti pirate envisage davantage la copie privée comme un droit que comme une exception, ce qui est évidemment contraire à l'esprit du droit positif.

³¹ https://wiki.partipirate.org/Syst%C3%A8me_de_brevets_et_monopoles.

³² P. AIGRAIN, *Éléments pour la réforme du droit d'auteur et des politiques culturelles liées*, juill. 2012, p. 24 : <http://paigrain.debatpublic.net/?p=5074> : « il s'agit de renverser ou tout au moins de rééquilibrer le rapport inégal qui fait que le domaine public est considéré au mieux comme un résidu ou un échec du marché, les communs comme un territoire qu'on n'a pas encore réussi à privatiser et les prérogatives des usagers comme une tolérance consentie parce qu'on n'avait pas encore trouvé les moyens de l'anéantir ».

³³ *Ibidem* : « Le préjugé selon lequel, dans l'environnement numérique, les usages collectifs nuiraient aux ventes aux particuliers ouvre un risque non négligeable que les titulaires de droits utilisent leurs prérogatives pour priver les bibliothèques de la possibilité de fournir des contenus numériques à leurs usagers. Dans un contexte où les échanges non marchands entre individus seraient légalisés, il serait pourtant paradoxal que les usages collectifs ne soient pas garantis et étendus ».

³⁴ *Ibidem* : « l'éducation populaire sous toutes ses formes doit être concernée, de même que tous les ateliers de pratiques culturelles et artistiques, ainsi bien sûr que les pratiques éducatives dans les musées et bibliothèques ».

145. La création d'une rémunération spéciale au profit des auteurs. Conscients de l'impératif de rémunérer les créateurs, certains groupements formulent des propositions en faveur d'une rémunération spéciale au profit des auteurs. Sans doute ont-ils été inspirés par les débats relatifs à la licence globale lors des débats relatifs à la loi DADVSI en 2005, ou par la réflexion menée par la HADOPI en 2013 au sujet d'une « rémunération proportionnelle du partage »³⁵. Si Philippe Aigrain reconnaît bien des atouts à la licence globale³⁶, il émet une proposition subsidiaire, plus respectueuse des traités internationaux : la contribution créative. Il s'agirait pour lui de prélever une somme d'environ cinq euros par mois et par foyer afin de créer un fonds finançant la création artistique. Le dispositif se démarque largement de la licence globale en ce qu'il n'accorde aucun droit d'accès aux œuvres pour les contributeurs et qu'il s'inscrit en complément de l'exploitation classique de l'œuvre. Ce mécanisme, pour être efficace, doit assurer une distribution équitable des fonds obtenus mais, plus difficile encore, doit obtenir l'adhésion des utilisateurs. Or, ici, il est très difficile de spéculer sur l'accueil qui pourrait être fait à une telle mesure, d'autant que le prélèvement de la contribution créative pourrait prendre de multiples formes. L'opportunité d'un tel mécanisme est donc sujette à caution, d'autant qu'elle ne peut être assimilée qu'à une forme d'impôt supplémentaire aux yeux du public. Il faut toutefois garder à l'esprit qu'il peut exister de nombreuses variantes de la contribution obligatoire. C'est ce qui fut rappelé au cours du forum *Free culture*, organisé par la plateforme *Xnet* en 2010³⁷. Dès lors, tout modèle basé sur une contribution créative n'est pas nécessairement recevable et l'on ne peut trouver dans ce mécanisme une solution providentielle à la contrefaçon massive sur les réseaux numériques.

146. Une critique tournée vers les droits patrimoniaux de l'auteur. À la lecture de ces quelques propositions, il apparaît que les droits moraux se trouvent en apparence assez épargnés. Les prérogatives les plus fondamentales du créateur sont reconnues et seul le droit de repentir semble être, dans des hypothèses peu nombreuses, questionné. Le droit de paternité, le droit au respect ainsi que le droit de divulgation font l'objet d'un large consensus : leur

³⁵ *Accès aux œuvres sur Internet, l'Hadopi engage l'analyse d'un système de rémunération proportionnelle du partage* : <https://web.archive.org/web/20130703032221/http://www.hadopi.fr/actualites/actualites/acces-aux-oeuvres-sur-internet> (consulté le 28 févr. 2019 via Internet Archive : Wayback Machine). Pour créer un cercle vertueux, la HADOPI a, un temps, envisagé ce mécanisme pour offrir aux auteurs une rémunération au titre des échanges non marchands. Le schéma reposait sur le versement d'une contribution par les intermédiaires sur Internet. Aucune suite n'a été donnée à ce projet.

³⁶ P. AIGRAIN, *Internet et Création*, In libro *Veritas*, 2008, p. 54.

³⁷ Citizen rights' observatory in the digital age, *How-to for sustainable creativity in the digital era*, Free culture forum, p. 29 : « there is not just one possible flat-rate model, but many, and they have very different implications and effects. The proposals differ in many respects, and they are not all acceptable for us ».

réserve au profit de l'auteur ne fait pas débat. Toutefois, le cloisonnement entre droits moraux et droits patrimoniaux n'étant pas absolu, la reconnaissance de nouvelles exceptions aurait nécessairement un impact indirect sur les droits moraux³⁸. Ce sont les droits patrimoniaux et leur assiette qui sont essentiellement remis en cause. La crise de légitimité de la propriété littéraire et artistique est donc centrée sur cette thématique et les moyens de réduire le champ de l'exclusivité pour favoriser l'accès à l'œuvre.

147. La réduction de l'assiette matérielle et temporelle de l'exclusivité.

Les revendications des groupes et associations évoqués tendent à la réduction du champ de l'exclusivité. Il est fréquemment demandé à ce que les droits de l'auteur n'aient aucune emprise sur les échanges non-marchands³⁹. La création de nouvelles exceptions et leur extension participent du même esprit. L'objectif est de limiter les hypothèses dans lesquelles l'autorisation de l'auteur est indispensable et dans lesquelles son refus s'avère insurmontable, ce qui est, de très loin, le principe aujourd'hui. Les revendications tendant à une réduction de la durée des droits patrimoniaux participent également d'une volonté d'endiguer l'exclusivité en réduisant sa durée. Partant, l'entrée accélérée dans le domaine public est perçue comme ne pouvant que profiter au public.

148. La volonté de favoriser l'accès à l'œuvre. Derrière la volonté de limiter l'emprise de l'exclusivité sur l'œuvre, se révèle un désir de libre accès à la création. Les groupements contestataires estiment qu'il existe une hypertrophie des droits patrimoniaux, ayant pour pendant les faibles options laissées au public face à des ayants droit jugés omnipotents. C'est pour cette raison que les associations et groupes évoqués sont nombreux à solliciter, directement ou indirectement, un meilleur accès à l'œuvre et à un prix raisonnable. Face à l'exclusivité est donc revendiqué l'accès, ce dernier nécessitant d'être garanti aux yeux de nombreux acteurs.

149. Causes d'une contrefaçon généralisée. Au-delà du simple constat d'une opposition à la logique du droit d'auteur et des droits voisins, il apparaît primordial de se pencher sur les causes de cette attitude adoptée par de nombreux internautes. Comprendre les

³⁸ Il est ici possible de songer à l'exception de courte citation qui porte indirectement atteinte au droit au respect de l'œuvre qui se trouve tronquée, exemple sur lequel nous reviendrons bien plus tard.

³⁹ Cela concerne notamment la proposition de la Quadrature du net, évoquée plus haut, tendant à élargir l'exception relative au cercle de famille ou encore la proposition relative à l'épuisement des droits de reproduction pour les échanges non-marchands de Monsieur Philippe Aigrain.

raisons du piratage et de l'opposition au droit positif permettra de pleinement saisir les enjeux relatifs à la contrefaçon sur Internet.

§2 : Sociologie d'une remise en cause de la propriété de l'auteur

150. **Motifs du rejet de la norme.** S'il est bien une cause identifiable à la contrefaçon massive sur Internet, il s'agit de la défiance d'une partie des internautes vis-à-vis de la propriété littéraire et artistique. Ladite défiance est source d'importantes difficultés car « la norme ne peut se réaliser que par son acceptation sociale »⁴⁰. En l'absence d'adhésion à la règle de droit, c'est tout l'édifice du droit de la création immatérielle qui se trouve menacé. Dans ce contexte, il est indispensable d'identifier les motifs du rejet de la norme pour mieux y répondre. Nous constaterons donc l'existence d'une rupture initiée entre norme et corps social (I), avant de rechercher les moyens permettant de restaurer une confiance mutuelle (II).

I : La rupture initiée entre norme et corps social

151. **Un droit bafoué.** S'il existe un tel non-respect de la propriété littéraire et artistique sur Internet, ce constat tient à au moins deux critères qui vont de pair dans l'esprit du public. En effet, le régime de protection de l'œuvre est parfois jugé inadéquat dans l'environnement numérique (A), tandis que la réponse pénale apparaît inadaptée au comportement des contrefacteurs (B).

A : Un régime de protection de l'œuvre jugé inadéquat dans l'environnement numérique

152. **Un monopole perçu comme illégitime.** La critique de l'étendue des droits patrimoniaux est en partie motivée par l'idée selon laquelle le monopole exercé par les ayants droit serait, au moins en partie, illégitime. Une telle défiance ne date pas d'hier : au XIXème

⁴⁰ L-M. DUONG, « Les sources du droit d'internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau », *D.*, 2010, p. 783 : « L'un des problèmes juridiques majeurs d'Internet réside dans les difficultés à faire appliquer la règle au plan national et international car, dans le domaine très technique et particulièrement évolutif d'Internet, la norme ne peut se réaliser que par son acceptation sociale ».

siècle « les droits intellectuels étaient vus par beaucoup comme des entraves à la liberté du commerce et de l'industrie, la hérissant de barrières individuelles, lui imposant partout des monopoles privés qui en ralentissaient l'épanouissement et en augmentaient les prix »⁴¹. Le constat est aujourd'hui similaire puisque le public perçoit souvent négativement la législation en matière de propriété littéraire et artistique⁴². Dans cette vision – qui s'avère nécessairement réductrice – les droits patrimoniaux ne servent que des intérêts privés et négligent la place du public et son désir d'accéder à l'œuvre dans des conditions idéales. Ce constat n'est devenu que plus évident depuis l'avènement d'Internet. Le maintien du régime rigoureux du droit d'auteur dans le secteur des échanges dématérialisés demeure donc incompris pour une partie du public qui le considère comme dépassé⁴³. Dès lors, l'internaute se considère parfois moins lié par la règle de droit.

153. Une réservation propriétaire excessive. Le caractère illégitime du droit d'auteur aux yeux d'une partie des utilisateurs est, dans une moindre mesure, lié à l'étendue de la notion d'originalité. C'est cette dernière qui permet de déterminer si le bien en cause est protégeable par le biais du droit d'auteur. Or, actuellement, et nous aurons l'occasion d'y revenir bien plus tard⁴⁴, le critère d'originalité est apprécié de manière extrêmement extensive par les tribunaux⁴⁵. Retenir une définition trop étendue de l'originalité ne peut que desservir la matière puisqu'elle restreint corrélativement l'accès à différents biens⁴⁶. Ainsi, Monsieur le Professeur André Lucas considère que cette définition extensive des objets de propriété intellectuelle a largement participé à rendre le droit d'auteur illégitime auprès du public⁴⁷. Il en

⁴¹ É. BOUCHET-LE MAPPIAN, *Propriété intellectuelle et droit de propriété, droit comparé anglais, allemand et français*, Thèse, Nantes, dir. A. LUCAS, Presses universitaires de Rennes, juin 2013, p. 98.

⁴² Y. GAUBIAC, « Droit d'auteur et intérêt général », *Propriétés intellectuelles*, n° 36, juill. 2010, p. 815 : « actuellement, le droit d'auteur apparaît moins comme un moteur de la culture ou de l'éducation que comme vecteur de l'intérêt personnel des auteurs et autres titulaires de droits ».

⁴³ F. BENHAMOU et J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright, op. cit.*, p.56 : « dans sa composante patrimoniale, la propriété intellectuelle est devenue, aux yeux de nombre d'internautes, le symbole d'une forme d'archaïsme à l'heure de la société de l'information ».

⁴⁴ V. *infra* n° 418.

⁴⁵ C. HUGON, *Le régime juridique de l'œuvre audiovisuelle*, Thèse, Montpellier, dir. J-M. MOUSSERON, Litec, 1993, p. 61 : « En acceptant la protection du “menu fretin”, la jurisprudence permet la réservation d'un grand nombre de travaux intellectuels mais sème le doute quant au contenu de l'exigence d'originalité ».

⁴⁶ D. LEFRANC, « La contrefaçon en droit d'auteur, Naissance – extension – scission », *Propriétés intellectuelles*, n° 30, janv. 2009, p. 29 : « Il est temps de reconnaître que la notion de contrefaçon s'adapte mal à la délinquance du public. Il est temps aussi de rappeler que l'auteur vit du public. Le domaine d'application de la contrefaçon est en réalité trop étendu ».

⁴⁷ A. LUCAS, « De la protection à la “surprotection” des droits de la propriété intellectuelle » in IRPI, *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?*, Colloque de l'IRPI, LexisNexis, 2013 p. 20 : L'opinion publique « a du mal à comprendre comment le droit d'auteur peut protéger le mode d'emploi d'une machine à laver ».

résulte que la conception du critère d'originalité, telle que retenue en droit positif, est source de tension entre la norme et le corps social.

154. Critiques liées à l'exercice du droit d'auteur et des droits voisins. La perception d'une illégitimité de la norme⁴⁸ se fait plus grande encore lorsque les ayants droit et leurs représentants mobilisent leurs prérogatives jusqu'à la lie. À ce titre, en 2006, des écoliers avaient entonné, au cours d'une kermesse, la chanson "Adieu monsieur le professeur" d'Hugues Aufray lors du départ de plusieurs enseignantes d'un établissement breton. Ce fait ayant été rapporté par la presse locale, la SACEM réclamait par la suite soixante-quinze euros à la directrice de l'établissement scolaire au titre de la rémunération équitable⁴⁹. Si le Droit donne bien entendu raison à la société de perception et de redistribution des droits, un tel zèle n'a pas manqué de surprendre une partie de l'opinion publique, fragilisant au passage l'image du droit d'auteur. Ce dernier peut donc, dans certaines circonstances, être utilisé de manière abusive aux yeux des utilisateurs, comme s'il était détourné de son but premier pour accorder un avantage injustifié à son détenteur. Certaines critiques atteignent, au-delà de la logique des droits d'auteur, les pratiques de grandes firmes dans certains secteurs culturels. Monsieur Daniel Kaplan, fondateur de la Fondation pour l'Internet nouvelle génération, voit notamment le piratage comme un phénomène provoqué par les pratiques commerciales et tarifaires des majors en matière de musique enregistrée⁵⁰. Par conséquent, l'opposition n'est pas exclusivement dirigée contre le droit d'auteur en lui-même, car elle concerne également la manière dont il est exercé. Il est donc nécessaire de distinguer l'illégitimité de certaines pratiques de l'illégitimité du Droit positif aux yeux du public, bien que les deux phénomènes s'alimentent mutuellement. Néanmoins, le sentiment que le droit applicable est en partie illégitime ne saurait expliquer, à lui seul, la pratique du piratage de la part d'un tiers des internautes ayant accès à des œuvres de l'esprit via Internet.

155. Le faible coût moral de la contrefaçon. En vue de la commission de toute infraction, le justiciable se trouve face à un dilemme. Il doit envisager tous les avantages liés à

⁴⁸ La norme étant entendue comme « l'idée que quelque chose doit être ou se produire, en particulier qu'un homme doit se conduire d'une certaine façon » : H. Kelsen, *Théorie pure du Droit*, LGDJ, 1999, [1^{ère} éd. 1934, trad. C. ENSEINMANN], p. 13.

⁴⁹ Me EOLAS, « Adieu Monsieur le professeur, bonjour Madame la SACEM », Journal d'un avocat, 21 juill. 2006 : <http://www.maitre-eolas.fr/post/2006/07/21/403-adieu-Monsieur-le-professeur-bonjour-madame-la-sacem> (consulté le 14 mars 2019).

⁵⁰ F. BENHAMOU et J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright*, op. cit., p. 60 : « Daniel Kaplan interprète le piratage opéré par des millions de personnes qui n'auraient jamais eu l'idée de voler dans un magasin et qui savent cette pratique illégale et risquée comme la manifestation d'une réaction violente devant les pratiques tarifaires oligopolistiques des quatre majors mondiales du disque ».

la commission du méfait projeté, tout en tenant compte de la réponse pénale pouvant s'abattre sur lui. Cette réponse pénale, couplée à divers facteurs sociaux, implique que la commission de toute infraction est censée représenter pour l'auteur, dans une politique pénale efficace, un coût moral. Ce dernier renvoie notamment à la manière dont peut être perçu le délinquant par son entourage si son méfait devait être révélé. Peut également être compris dans ce coût moral un sentiment de culpabilité qui pèsera sur l'auteur de manière plus ou moins importante en fonction de son profil et de l'infraction envisagée. Concernant bon nombre d'infractions, face à ce seul coût moral, l'auteur potentiel sera dissuadé d'agir. C'est bien là l'un des objectifs majeurs de la législation pénale. Néanmoins, concernant le délit de contrefaçon, ce coût moral de l'infraction apparaît bien faible pour deux raisons que nous allons ici exposer.

156. Une infraction initialement non réprimée. D'une part, une partie des utilisateurs a, depuis l'avènement d'Internet, été habituée à tirer profit des biens œuvres sans contrepartie et sans menace d'une réponse pénale. Actuellement, soixante-neuf pour cent des contrefacteurs déclarent agir en raison du coût d'accès aux œuvres numériques⁵¹. Le prix est donc un critère déterminant dans la commission de l'infraction. La HADOPI n'étant apparue qu'en 2009, les particuliers n'étaient auparavant pas véritablement inquiétés lorsqu'ils se contentaient de télécharger gratuitement et dans l'illégalité des œuvres pour leur usage personnel. Certains internautes ont alors pris la mauvaise habitude de contrefaire⁵². En l'absence de mesure d'ampleur pour contrecarrer le phénomène, un sentiment d'impunité s'est développé chez les internautes concernés⁵³. L'absence de réponse pénale, combinée au caractère dématérialisé des œuvres, a progressivement mené à la disparition de tout sentiment de culpabilité chez de nombreux internautes. Pour ces derniers, la contrefaçon d'œuvres de l'esprit ne représente plus aucun coût moral.

157. Le faible impact de la réponse graduée. D'autre part, mais ce point sera davantage développé en aval, la réponse pénale actuelle n'est pas suffisamment dissuasive⁵⁴. La réponse graduée ne crée pas une réelle crainte de la peine encourue, de sorte que le rapport coût/bénéfice entre le piratage et le risque d'être condamné penche très largement en faveur du

⁵¹ HADOPI, *Biens culturels et usages d'Internet : pratiques et perceptions des internautes français*, Baromètre des usages HADOPI, sept. 2017, p. 33.

⁵² F. MACREZ, *Créations informatiques : bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, op. cit., p. 85 : « il s'agit d'un large public, usager de l'internet, qui a toujours trouvé un univers où tout est gratuit, et il y est habitué depuis plusieurs années ».

⁵³ O. IHRAÏ, *La protection juridique des créations immatérielles à l'ère de l'économie numérique*, Thèse, Nice, dir. P. SAUNIER, déc. 2009, p. 481, t. 2 : « Les mesures censées être dissuasives ne le sont même plus tant le public, devenu consommateur de culture gratuite, est conscient de l'impuissance des autorités ».

⁵⁴ V. *infra* n° 164.

passage à l'acte. Depuis la mise en œuvre de la réponse graduée, quinze pour cent seulement des contrefacteurs ont cessé de recourir au pair-à-pair⁵⁵. Ainsi, aux yeux du public, la valeur accordée à la propriété intellectuelle semble bien faible en comparaison de celle accordée à la propriété civiliste. Dans les faits, dès lors qu'un immeuble se trouve vandalisé ou qu'un meuble est volé, l'impact est fort sur la société et des efforts sont menés pour identifier et retrouver les auteurs. Lorsqu'une œuvre est téléchargée par un particulier sur un site illégal, l'impact sur la société est négligeable : la contrefaçon ne choque pas ou peu. La réponse pénale est avant tout, et logiquement, dirigée contre le site internet mettant l'œuvre à disposition. Toutefois, le particulier, qui se rend pourtant coupable de contrefaçon, n'est que rarement inquiété. Tout au plus recevra-t-il un ou plusieurs courriers d'avertissement s'il ignore comment échapper aux radars de l'ARCOM...

158. La contrefaçon, pratique socialement acceptée. Si la contrefaçon présente un faible coût moral – nous avons commencé à l'évoquer –, c'est notamment en raison du fait qu'elle est globalement acceptée par la société. Il existe un sentiment généralisé que la contrefaçon ne serait pas un fait empreint de gravité ; la société ne condamne que peu les actes de contrefaçon, comme s'il s'agissait d'un enjeu subsidiaire et présentant peu d'intérêt. La contrefaçon n'est pas dissimulée à la connaissance d'autrui et profite généralement aux proches du pirate. Or, l'attitude de l'entourage du contrefacteur, et de la société en général, a un impact important sur la survenance de comportements répréhensibles⁵⁶. Lorsque la société cesse de condamner un comportement relevant du droit pénal, la loi, seule, perd un appui essentiel pour s'imposer au justiciable. Il en résulte qu'un nombre important d'internautes ne se sent tout simplement pas tenu au respect des lois en la matière⁵⁷. Internet, notamment caractérisé par l'interconnexion et l'instantanéité, a permis l'émergence d'une culture du partage. Chacun donne et reçoit et le besoin de favoriser l'accès aux œuvres se précise davantage⁵⁸. Il existe une volonté d'accéder à l'œuvre, de l'enregistrer, de la transformer et la partager à

⁵⁵ V. VARNEROT, *Leçons de droit de la propriété littéraire et artistique*, Ellipses, 2012, p. 296 : « Seuls quinze pour cent des internautes qui utilisaient le *peer to peer* ont définitivement renoncé à le faire depuis l'entrée en vigueur de la HADOPI ».

⁵⁶ S. HINDUJA et J. INGRAM, « Self-control and ethical beliefs on the social learning of intellectual property theft », *Western criminology review*, vol. 9, n° 2, 2008, p. 52.

⁵⁷ J. PERRY BARLOW, *Selling wine without bottles : the economy of mind on the global net*, Electronic frontier foundation, 1992, <https://www.eff.org/fr/pages/selling-wine-without-bottles-economy-mind-global-net> (consulté le 4 oct. 2022) : « software piracy laws are so practically unenforceable and breaking them has become so socially acceptable that only a thin minority appears compelled, either by fear or conscience, to obey them ».

⁵⁸ J. WOOD, « The Darknet: a digital copyright revolution », *Richmond Journal of Law and technology*, vol. 16, n° 4, art. 4, p. 1 : « in this "Age of peer production," armies of amateur participants demand the freedom to rip, remix, and share their own digital culture ».

nouveau. Autant d'actes qui nécessitent actuellement l'autorisation expresse de l'ayant droit. Cet élément est également un indice permettant de comprendre pourquoi la contrefaçon est si aisément admise. Cette pratique apparaît parfois comme totalement légitime pour les défenseurs d'un partage non contrôlé des œuvres dans un but non marchand⁵⁹. Le piratage n'est dès lors plus seulement accepté ou toléré par la société, mais, dans cette conception, il devient une pratique vainement défendue par l'État face à des Robin des bois autoproclamés⁶⁰. Toutefois, comme nous l'avons évoqué en amont, Internet n'étant pas une zone de non-droit⁶¹, il y a toutes les raisons de croire que les difficultés actuelles à lutter contre le piratage ne sauraient justifier l'existence de cette contrefaçon massive.

159. L'accélération du cycle d'exploitation de l'œuvre. L'une des raisons majeures pour lesquelles l'internaute considère le régime de protection de l'œuvre comme inapproprié tient à une inadaptation supposée du Droit face à l'accélération du cycle d'exploitation des œuvres. En effet, le développement des moyens de communication, dont Internet au premier plan, a eu un impact significatif, notamment en matière d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles. La chronologie des médias fait l'objet d'une irrésistible accélération, ce mouvement s'inscrivant sur plusieurs dizaines d'années. En 1980, un arrêté⁶² fixait à cinq ans le délai minimum entre la sortie nationale d'un film au cinéma et sa diffusion à la télévision. Les derniers accords en date portent ce délai à un minimum de huit mois⁶³ pour les chaînes à péage et vingt-deux mois pour les chaînes en clair⁶⁴, la tendance étant continuellement à la baisse. Le public ayant à disposition des œuvres piratées sur Internet, parfois avant même la sortie de l'œuvre dans les salles obscures, une pression importante s'exerce sur le secteur du cinéma. Dans le même temps, de nouveaux acteurs sollicitent la suppression de la chronologie des médias. Le président directeur général de la société Netflix, spécialisée dans la vidéo à la

⁵⁹ P. AIGRAIN, *Éléments pour la réforme du droit d'auteur et des politiques culturelles liées*, op. cit., p. 5 : <http://paigrain.debatpublic.net/?p=5074> : « on a tenté par tous les moyens législatifs, technologiques, policiers et politiques d'empêcher ce qui non seulement est inévitable mais aussi est légitime et utile ».

⁶⁰ Ce sentiment n'est pas nouveau et a déjà été dénoncé au XIX^e siècle : Comité de l'association pour la défense de la propriété littéraire et artistique, *La propriété littéraire sous le régime du domaine public payant*, Hachette, 1862, p. 8 : « Le contrefacteur est une victime de la légalité, un ennemi du monopole : l'opinion en fait un personnage intéressant ».

⁶¹ V. *supra* n° 64.

⁶² Arrêté du 2 avr. 1980 relatif au cahier des charges des sociétés nationales de télévision et de radiodiffusion.

⁶³ Sous réserve qu'un accord soit signé avec les organisations du cinéma. A noter que si l'œuvre enregistre moins de 100 000 entrées à la fin de la quatrième semaine suivant sa sortie, le délai peut être réduit à 6 mois.

⁶⁴ Sous réserve de respecter certaines mesures relatives aux investissements obligatoires pour certaines chaînes.

demande, indiquait notamment en 2017 souhaiter une sortie simultanée des œuvres au cinéma et en streaming⁶⁵.

B : Une réponse pénale inadaptée au comportement des contrefacteurs

160. Protection pénale des œuvres de l'esprit. La crise de légitimité du droit d'auteur, particulièrement vive dans le cadre d'Internet, ne s'explique pas seulement par l'opposition d'une partie du corps social au régime de protection des droits d'auteur et droits voisins. La sanction accompagnant le non-respect de ce régime de protection est également en cause. Il nous revient donc d'analyser le dispositif pénal permettant la protection des œuvres de l'esprit et de constater que le Droit est avare de qualifications pénales en la matière.

161. Le délit de contrefaçon. D'abord, existe bien entendu la qualification de contrefaçon définie à l'article L. 335-2 du CPI qui précise que, en dehors de circonstances aggravantes, l'auteur de ce délit encourt la peine de trois ans d'emprisonnement et trois cent mille euros d'amende. Toutefois, c'est l'article L. 335-3 du même code, plus étendu dans son approche, qui permet de pleinement appréhender la consistance de cette infraction : « est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi ». La logique est donc simple : en dehors des exceptions aux droits patrimoniaux, tout ce qui n'est pas autorisé par l'auteur ou l'ayant droit est défendu⁶⁶. L'assiette de la contrefaçon est ainsi, logiquement, toute aussi étendue que celle de l'exclusivité accordée à l'auteur puisqu'elle vise à en assurer le respect.

162. La peine complémentaire de suspension de l'accès à Internet. Ensuite, lorsque le délit de contrefaçon est commis au moyen d'un service de communication au public en ligne, une peine complémentaire peut être ordonnée par le juge, consistant à suspendre l'accès à Internet du délinquant pendant une durée maximum d'une année, avec interdiction de souscrire un nouvel abonnement⁶⁷. C'est notamment cette disposition qui avait valu les foudres

⁶⁵ Propos recueillis par A. PIQUARD pour Le Monde, 15 juin 2017, https://www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2017/06/15/netflix-nous-finirons-par-arriver-a-la-sortie-simultanee-des-films-en-salle-et-sur-internet_5145161_3236.html, (consulté le 22 févr. 2019).

⁶⁶ P-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2019, 11^{ème} éd., p. 815 : « On est tout de suite frappé par le caractère très général de ces textes, pourtant de nature pénale, où règnent à la fois le principe de légalité et celui d'interprétation stricte ».

⁶⁷ CPI, art. L. 335-7.

du Conseil constitutionnel à la loi HADOPI 1⁶⁸, la suspension de l'accès à Internet ayant été initialement laissée à la discrétion non du juge, mais de la haute autorité. Cette peine, initialement contraventionnelle, a été abrogée⁶⁹ pour ne rester qu'une peine complémentaire à disposition du juge. Une telle sanction demeure rarissime et ne peut conduire, au regard du droit d'accès à Internet, à empêcher l'accès à des moyens d'information et de communication par Internet⁷⁰.

163. La contravention de négligence caractérisée de surveillance de l'accès à Internet. Enfin, et depuis le mois de novembre 2009, existe l'infraction de négligence caractérisée de surveillance de l'accès à Internet⁷¹. Il s'agit d'une contravention de cinquième classe qui constitue le fer de lance de la répression pénale contre les particuliers en la matière. L'objectif est de constater des atteintes aux droits d'auteur et droits voisins via les informations fournies par les fournisseurs d'accès à Internet à l'ARCOM. Dans un but pédagogique, la haute autorité est chargée de la mise en œuvre d'une réponse dite *graduée*. Lorsque le titulaire de l'accès à Internet n'a pas protégé son accès ou a manqué de diligence dans la mise en œuvre de cette protection, une première recommandation lui est délivrée⁷². Si de nouveaux faits sont constatés au titre de son abonnement, une seconde recommandation est transmise à l'intéressé. Enfin, en cas de nouvelle récidive, une lettre de notification, indiquant que les faits sont susceptibles de poursuites, est envoyée au titulaire de l'abonnement. La commission de protection des droits de l'ARCOM examine ensuite l'opportunité d'une transmission du dossier au parquet qui pourra, ou non, s'en saisir. Ce dernier dispositif témoigne d'une volonté d'adaptation de la politique pénale aux nouveaux usages induits par les technologies numériques. En effet, la qualification de contrefaçon, à elle seule, ne permet que difficilement de rendre compte de l'ensemble des comportements hétérogènes attentatoires aux droits de l'auteur⁷³. Dans ce contexte, l'objectif de l'infraction de négligence caractérisée de surveillance de l'accès à Internet devait permettre une appréhension plus fine des divers comportements en

⁶⁸ Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009, dite HADOPI 1.

⁶⁹ Décret n° 2013-596 du 8 juill. 2013.

⁷⁰ Art. L.335-7-2 du CPI : « la durée de la peine prononcée doit concilier la protection des droits de la propriété intellectuelle et le respect du droit de s'exprimer et de communiquer librement, notamment depuis son domicile »

⁷¹ CPI, art. L. 335-7-1.

⁷² CPI, art. R. 335-5.

⁷³ S. CHATRY, « L'échange illicite d'œuvres sur Internet : aspects de propriété intellectuelle » in S. CHATRY, *La régulation d'Internet, regards croisés de droit de la concurrence et de droit de la propriété intellectuelle*, éd. Mare et Martin, 2015, p. 101 : « l'unicité de la sanction de la contrefaçon ne cadrerait pas avec la diversité des comportements entre les contrefacteurs individuels qui téléchargent ou visionnent des films, écoutent des musiques, et les professionnels exploitant des sites dédiés à la contrefaçon ».

apportant une réponse pénale adéquate pour chaque acte fautif. Cependant, un tel but n'a malheureusement pas été atteint...

164. **Une répression pénale anecdotique.** Concernant les atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins, le dispositif pénal en vigueur conduit à un faible nombre de condamnations. Le délit de contrefaçon, qui est historiquement *la* réponse aux atteintes au droit d'auteur, se trouve très rarement appliqué à l'endroit des particuliers⁷⁴. Cette qualification est en réalité essentiellement utilisée pour sanctionner les atteintes d'ampleur au droit d'auteur et droits voisins. Les internautes ne mettant aucun contenu à disposition sont avant tout poursuivis sur le fondement spécifique de négligence caractérisée de surveillance de l'accès à Internet. De 2009 à 2018, plus de dix millions de premières recommandations ont été émises, contre seulement neuf cent mille secondes recommandations. Parmi les internautes récalcitrants, moins de trois mille ont vu leur dossier transmis au parquet pour, *in fine*, un total de neuf cent dix réponses pénales dont plus des deux tiers constituent des alternatives aux poursuites⁷⁵. Ce faible nombre de condamnations ne correspond cependant pas à un recul des activités illicites sur Internet, puisque, comme nous l'avons observé, le nombre de contrefacteurs est extrêmement important. En réalité, la réponse graduée possède un très faible effet dissuasif⁷⁶, alors même que son rôle devrait être d'inhiber la contrefaçon par la crainte de la peine encourue⁷⁷. Au-delà même de l'absence d'effet dissuasif de la réponse graduée, une partie du corps social a perçu, à travers ce dispositif, une fébrilité de l'action étatique, favorisant l'acceptation sociale de la contrefaçon. Il existe donc une véritable politique de « laisser faire » en la matière⁷⁸, s'expliquant en grande partie par des raisons politiques. Ainsi, les poursuites pénales n'étant pas systématiques, les autorités s'accommodent malheureusement d'une défiance particulièrement importante envers la norme⁷⁹.

⁷⁴ Dans le cadre de la réponse graduée, entre 2009 et 2018, 101 jugements contraventionnels furent rendus contre neuf condamnations délictuelles : HADOPI, *Tableau de suivi des chiffres de la réponse graduée*, juill. 2018.

⁷⁵ HADOPI, *Tableau de suivi des chiffres de la réponse graduée*, juill. 2018.

⁷⁶ A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2010, 3^{ème} éd., p. 955 ; pour Monsieur André Bertrand, l'effet de la réponse graduée serait même contre-productif : « avant son adoption, les internautes n'osaient pas trop pirater, par peur de lourdes sanctions. Car de temps en temps l'actualité rappelait des internautes pouvaient faire l'objet de sanctions pénales pouvant atteindre plusieurs milliers d'euros. Maintenant ces mêmes internautes ont le sentiment d'être autorisés à pirater jusqu'à ce qu'ils soient mis en demeure de cesser de le faire ».

⁷⁷ J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Bruylant, 1953, 2^{ème} éd. [3^{ème} éd., 1959], p. 41 : « Le droit pénal tout entier est fondé sur l'idée de la vertu intimidante de la peine ».

⁷⁸ S. DORMONT, « L'élaboration de la norme en droit d'auteur : les discours sur la légitimité », *Légipresse*, 2019, p. 79.

⁷⁹ R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Bloomsbury, 11^{ème} éd., 2020, p. 250 : « If the government tolerates those few who not "play the game", it allows them to secure the benefits of everyone else's deference to law, without shouldering the burdens ».

165. **Une peine disproportionnée ?** Le fait que de très nombreux internautes ne reçoivent pas de deuxième recommandation n'implique pas, pour la majorité d'entre eux, qu'ils cessent de contrefaire, mais plutôt qu'ils recourent à des services leur permettant de se rendre invisible aux yeux de l'ARCOM. En effet, ceux qui, pour contrefaire, se dissimulent via l'utilisation d'un proxy à l'étranger ou par l'intermédiaire d'un réseau privé virtuel⁸⁰ sont légion. Les internautes ne se contentent donc pas seulement de s'opposer à la logique du droit d'auteur, mais ils contournent également le dispositif pénal destiné à assurer le respect de ce droit. La peine encourue est perçue comme disproportionnée au regard des faits reprochés⁸¹. Comment une sanction peut-elle, dans le cadre du délit de contrefaçon, être potentiellement si lourde alors même que le piratage est un phénomène de masse et moralement accepté ? Une telle disproportion permet, en partie, d'expliquer le laxisme dont font preuve les autorités publiques puisque, comme le notait Montesquieu : « lorsque la peine est sans mesure, on est souvent obligé de lui préférer l'impunité »⁸². Ainsi, cette politique pénale timorée est, au même titre que la norme qu'elle défend, impopulaire auprès d'une partie des internautes, creusant un peu plus le fossé qui sépare la norme du corps social⁸³, et rendant un peu plus difficile leur conciliation.

166. **Les dispositifs de protection des droits d'auteur.** Au-delà du droit pénal, le respect des droits exclusifs peut s'imposer via des dispositifs contraignants mis en place par les ayants droit eux-mêmes et particulièrement les éditeurs. C'est notamment le cas des mesures techniques de protection des œuvres (DRM). Ces dernières permettent de verrouiller l'accès à l'œuvre en cas de tentative de duplication, même dans le but de créer une copie privée⁸⁴. Les DRM furent, un temps, des techniques de protection efficaces contre les atteintes aux œuvres. Toutefois, progressivement, leur neutralisation est devenue de plus en plus aisée. Certaines œuvres, pourtant protégées, sont souvent disponibles sur les plateformes illicites

⁸⁰ Un site Internet fut d'ailleurs intégralement dédié au conseil des internautes dans l'optique d'échapper aux recommandations de la HADOPI : <https://www.contournerhadopi.com/> (consulté le 18 mars 2019) .

⁸¹ S. CHATRY, « L'échange illicite d'œuvres sur Internet : aspects de propriété intellectuelle » in S. CHATRY, *La régulation d'Internet, regards croisés de droit de la concurrence et de droit de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 99 : « la gravité des peines qu'encourent ces contrefacteurs cadre mal avec la réalité sociologique des échanges illicites ».

⁸² C. de MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, 2011, t. 1, [1^{ère} éd. 1748], p. 97.

⁸³ F. MACREZ, *Créations informatiques : bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, op. cit., p. 63 : « il est difficile de convaincre de la légitimité du droit d'auteur afin d'inviter à son respect si ce droit est vu comme étant très répressif ».

⁸⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 28 févr. 2006, n° 05-15.824, *Mulholland Drive*, Bull. (D.), 2006, p. 784, obs. J. DALEAU ; *Légipresse*, 2006, III, p. 71, note V-L. BENABOU ; *Propri. Intell.*, avr. 2006, p. 179, obs. A. LUCAS ; *JCP G*, 2006, II, 10084, note. A. LUCAS ; *CCE*, avr. 2006, n° 56, obs. C. CARON ; *D.*, 2006, p. 2991, obs. P. SIRINELLI ; *RTD com.*, 2006, p. 370, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *RDT com.*, 2006, p. 386, obs. P. GAUDRAT).

concomitamment – voire antérieurement – à leur sortie officielle. À l’heure actuelle, leur utilité est tant remise en doute que certains éditeurs ne recourent tout simplement plus aux DRM⁸⁵. La protection des droits d’auteur et droits voisins se traduit également par le recours à des logiciels de détection des contenus protégés sur les plateformes de partage. Un exemple symptomatique est celui de la plateforme *Youtube* sur laquelle l’algorithme *Content ID* filtre les contenus mis en ligne par les utilisateurs. Les sanctions prises par l’algorithme sont simples : lorsqu’une œuvre est utilisée sans autorisation, soit les revenus générés par la vidéo sont intégralement attribués au titulaire de l’œuvre première, soit la vidéo est déréférencée, voire supprimée de la plateforme. Cette logique redoutable est souvent pointée du doigt par les créateurs d’œuvres secondes qui voient leurs propres droits patrimoniaux bafoués au titre de l’utilisation d’extraits vidéo ou musicaux aux durées particulièrement dérisoires. Ainsi, cette méthode de protection des œuvres, parallèle au dispositif pénal, se révèle, elle aussi, inadaptée et source de défiance envers le droit de la propriété littéraire et artistique⁸⁶.

167. La faible adhésion de l’utilisateur à la politique pénale. La résistance des internautes contrefacteurs aux mesures initiées par l’État et les ayants droit s’explique en partie par leur faible adhésion à la politique pénale. La peine encourue en cas de contrefaçon est souvent agitée comme un chiffon rouge et les internautes s’émouvent de son importance. Celle-ci témoigne de la gravité de tels faits aux yeux de l’État, gravité qui serait surestimée pour des actes répandus et ne causant qu’un très faible préjudice aux ayants droit. Pour autant, la prison ferme n’est jamais requise à l’encontre de simples particuliers se contentant de télécharger des œuvres. Même lorsque les dirigeants de plateformes de mise à disposition sont appréhendés par la justice, les peines de prison sont modérées. À titre d’exemple, le 17 juin 2015, le tribunal correctionnel de Paris prononçait une condamnation de six mois de prison ferme à l’encontre d’un membre de la plateforme « *GG Team* »⁸⁷. Ainsi, une partie du corps social ne s’offusque pas tant des peines effectivement prononcées que du principe même de la peine et des sanctions encourues. Il s’agit bien là d’une preuve de la faible adhésion d’une partie de la population à la politique pénale de l’État. Dans ces conditions, la présence des DRM et la réponse graduée ne semblent qu’aggraver le mal qui ronge le droit de la création immatérielle⁸⁸.

⁸⁵ C’est notamment le cas de la maison d’édition littéraire Michel Lafon ou de l’éditeur vidéoludique *CD Projekt Red*.

⁸⁶ F. MACREZ, *Créations informatiques : bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, op. cit., p. 247.

⁸⁷ Ce site avait notamment permis une contrefaçon très importante en mettant onze mille huit cents liens vers des œuvres protégées à disposition des internautes.

⁸⁸ V-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *À qui profite le clic ? Le partage de la valeur à l’ère numérique*, Odile Jacob, 2015, p. 49 : « Des réglementations sont adoptées, quand les projets n’avortent pas, affublés de

En effet, à mesure que l'État cherche à faire respecter la législation en matière de propriété littéraire et artistique, les utilisateurs se crispent et se ferment un peu plus à la logique du droit d'auteur⁸⁹, marquant davantage la rupture entre la norme et le corps social⁹⁰.

168. **Le déclin du Droit ?** Au regard de ce qui vient d'être mis en évidence, n'assiste-t-on pas à une rupture entre la lettre de la loi et la volonté du corps social ? Dans son ouvrage *Le déclin du Droit*, Ripert indique que « le véritable déclin du droit est celui qui résulte des lois, lorsqu'elles ne sont plus dictées par la justice et qu'elles sont impuissantes à maintenir l'ordre »⁹¹. Cette description apparaît particulièrement proche de l'état du droit de la création littéraire et artistique, de sorte que, s'il doit exister un ordre en la matière, celui-ci est aujourd'hui défait !

II : La confiance recherchée entre norme et corps social

169. **Favoriser l'adhésion à la loi.** Il existe, comme nous l'avons évoqué, une large différence entre les aspirations des utilisateurs et le droit positif. Au regard de l'ineffectivité actuelle de la loi, la recherche de la juste place du corps social dans l'élaboration du Droit s'impose (A), ce qui nous poussera à formuler une première proposition en faveur d'un équilibre entre norme et société (B).

sobriquets qui, à défaut de les rendre sympathiques, évoquent des figures familières (DADVSI, HADOPI, DMC, SOPA, PIPA, ACTA). Mais la surenchère se révèle assez vaine, et le succès semble inversement proportionnel au durcissement des sanctions : tous ces textes sonnent comme des tentatives désespérées de rendre effective une propriété proclamée mais jugée illégitime ou intolérable par le plus grand nombre » ; V. ég. A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 2017, 5^{ème} éd., p. 50 : le public « n'adhère pas à la logique répressive mise en œuvre à travers la protection des mesures techniques ou la riposte graduée ».

⁸⁹ Le droit étatique se trouve ainsi concurrencé par le comportement des internautes : « Le “droit effectif” se désolidariserait du “droit valide” et il deviendrait important de considérer que le droit positif serait le “droit effectif” plus que le “droit valide” », B. BARAUD, *Le renouvellement des sources du droit, Illustrations en droit de la communication par Internet*, PUAM, 2018, p. 25

⁹⁰ S. CANEVET et C. ROJINSKY, « Et si le droit d'auteur allait trop loin, sur Internet et ailleurs ? », *D.*, 2005, p. 849 : « ce droit pourtant essentiel risque de se perdre, faute notamment de la nécessaire adhésion du public. En ce sens, le prétendu “renforcement” des droits de propriété intellectuelle ne provoquerait-il pas son affaiblissement ? ».

⁹¹ G. RIPERT, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, VI.

170. Coexistence de différentes théories de construction de la norme. Afin de déterminer la juste place que doivent occuper le corps social et les pratiques dans l'élaboration du Droit, il est indispensable de confronter plusieurs conceptions de la construction de la norme. La *summa divisio* oppose bien entendu la vision jusnaturaliste, considérant que la loi tire son origine et sa légitimité d'une entité divine ou des lois de la nature, et la vision positiviste, envisageant davantage la norme comme une fin en soi. L'approche jusnaturaliste a bien entendu une place importante au sein de la propriété littéraire et artistique, cette construction s'appuyant sur un droit d'auteur relevant de l'évidence. Bien que l'approche jusnaturaliste n'emporte pas notre préférence, nous ne la rejetons pas dans son ensemble. En effet, comme nous le verrons, celle-ci présente un intérêt certain dans la légitimation de certaines prérogatives de l'auteur. Il n'en demeure pas moins – et cette vision sera justifiée tout au long des développements – que nous trouvons dans l'approche positiviste un fondement bien plus solide au droit de la création littéraire et artistique.

171. Diversité de théories positivistes de construction de la norme. Au sein même du positivisme juridique, des distinctions peuvent être opérées entre différentes approches de la construction de la norme. Nous en retiendrons ici deux et tenterons d'établir l'importance que chacune d'elles peut revêtir dans l'élaboration du Droit. Une opposition peut dès lors être dressée entre la conception normative, telle qu'elle résulte des enseignements de Kelsen⁹², et la conception sociologique, intimement liée au mouvement du réalisme juridique⁹³. Il convient donc de revenir plus en détail sur les lignes de force de ces théories, et sur l'importance qui peut être accordée à chacune d'elles.

172. Conception normative de la construction de la norme. Selon la conception normative, correspondant à un positivisme pur, le Droit n'est dicté par aucun impératif d'ordre naturel ou divin. La norme doit être appliquée car elle émane du législateur ; la loi est légitime car elle est la loi. Ainsi, même dans l'hypothèse où la norme serait ineffective car ignorée,

⁹² H. KELSEN, *Théorie pure du Droit*, LGDJ, 1999, [1^{ère} éd. 1934, trad. C. ENSEINMANN], p. 120.

⁹³ A. ROSS, *Introduction à l'empirisme juridique*, LGDJ, 2004, [1^{ère} éd. 1970, trad. É. MILLARD et E. MATZNER], p. 24.

voire désapprouvée par le corps social⁹⁴, elle demeurerait parfaitement souveraine et valide⁹⁵. Cette conception ne tend donc pas à décrire le réel à travers le Droit, mais à plier l'individu à la volonté de l'État⁹⁶. Seul compte alors la volonté du souverain, l'impulsion initiée par l'autorité légitime, celle-ci s'appliquant à tous sans pouvoir être infléchie. Dans ce contexte, il n'y aurait jamais lieu de remettre le Droit en question face aux usages et à la morale⁹⁷, sauf à désavouer la norme elle-même. Néanmoins, cette théorie, si elle est nécessaire, n'en demeure pas moins insuffisante pour rendre compte du processus aboutissant à la construction de la norme.

173. Conception sociologique de la construction de la norme. Au sens de la conception sociologique, ou quasi réaliste, le Droit se construit avant tout à partir de l'observation des pratiques et phénomènes sociaux⁹⁸. S'il s'agit bien d'une approche positiviste, elle réfute cependant l'hégémonie de la norme et de la volonté de celui qui l'édicte. Sans pour autant nier la fonction que doit occuper la norme positive dans la société, l'approche sociologique tend à adapter le Droit au corps social et non l'inverse. Comme le souligne le doyen Duguit, « le droit est beaucoup moins l'œuvre du législateur que le produit constant et spontané des faits »⁹⁹. La conception sociologique a ainsi pour vertu de rappeler que les faits et les pratiques sociales influencent largement l'élaboration de la règle de droit¹⁰⁰. Impossible d'imaginer un législateur qui n'aurait cure des pratiques de la société dans laquelle il évolue¹⁰¹. En vérité, la loi ne peut se passer du soutien du corps social pour prospérer, surtout en

⁹⁴ J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Bruylant, *op. cit.*, p. 37 : « Si nécessaire que soit la réalisation effective de la règle de droit, celle-ci n'en est pas moins valable dès qu'elle a été édictée de manière correcte : son inefficacité relative ou même totale ne détruit ni son existence ni sa validité ».

⁹⁵ H. KELSEN, *Théorie pure du Droit*, *op. cit.*, p. 121 : « L'existence, c'est-à-dire la validité, d'une norme qui ordonne une certaine conduite n'est pas "brisée" par la conduite contraire – comme est brisée une chaîne qui enchaîne un homme ; la chaîne du droit enchaîne également l'homme qui "brise le droit" ».

⁹⁶ P. GAUDRAT et F. SARDAIN, *Traité de droit civil du numérique*, Larcier, 2015, t. 1, p. 85 : « La loi juridique, elle, n'est pas explicative mais normative. Elle ne décrit pas ce qui est, en dehors de la volonté humaine, mais modèle la réalité sociale en imposant à tous une seule volonté : celle du souverain » ; V. ég. E. TREPPOZ, « La propriété du support d'une œuvre : d'une propriété limitée vers une propriété flottante », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 6, nov. 2015, doss. 51 : L'auteur évoque ici notamment la « domination du réel par le Droit ».

⁹⁷ G. RIPERT, *Le déclin du droit*, *op. cit.*, p. 104 : « Mais cela n'empêche pas que la loi devient singulièrement faible quand elle ne rencontre pas l'adhésion, et surtout quand le refus d'adhésion s'appuie sur un sentiment moral d'une grande force » : « le droit ne saurait admettre que chacun se constitue juge de la justice de la loi. Il exige l'obéissance sans demander l'adhésion volontaire ».

⁹⁸ L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Librairie Félix Alcan, 1912, p. 176 : « Pour étudier le droit, il faut faire avant tout des observations sociales » ; V. ég. C. ALBIGES, *Introduction au droit*, Bruylant, 2021, 7^{ème} éd., p. 23.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 3.

¹⁰⁰ J. PERRY BARLOW, *Selling wine without bottles : the economy of mind on the global net*, *op. cit.*, <https://www.eff.org/fr/pages/selling-wine-without-bottles-economy-mind-global-net> (consulté le 12 févr. 2019) : « Whenever there is such profound divergence between the law and social practice, it is not society that adapts ».

¹⁰¹ Les pratiques sont effectivement prises en compte par le législateur qui accorde, parfois, des concessions au profit de l'utilisateur. Certains condamnent les modalités de cette prise en compte comme P-Y. GAUTIER,

matière pénale¹⁰². Le recours aux études statistiques s'impose et peut aboutir à un changement, parfois significatif, de la norme et l'on songe immédiatement à la réforme du droit des régimes matrimoniaux placée sous le patronage du doyen Carbonnier¹⁰³. La prise en compte des usages est donc à la fois utile et nécessaire puisque le Droit ne peut que se construire autour de l'Homme. Toutefois, comme l'indiquait lui-même le doyen Carbonnier, l'enquête ne peut légiférer, de sorte que les usages et la morale ne sont qu'une partie de l'équation complexe qui aboutit à la création ou à l'adaptation de la loi¹⁰⁴. On ne peut effectivement faire de celle-ci « une simple chambre d'enregistrement des mœurs »¹⁰⁵. Il en résulte que, pas plus que l'approche normative, la conception sociologique ne parvient, à elle seule, à expliquer et légitimer l'existence de la norme.

174. Le Droit lié par la réalité sociologique. Conception normative et approche quasi réaliste doivent donc être superposées pour mieux rendre compte de l'origine du Droit. La mise en œuvre d'une pure théorie normative conduirait à la sclérose de la norme et à la défiance de la société, alors même que la loi ne peut se passer d'un seuil d'adhésion critique pour perdurer¹⁰⁶. Par conséquent, la théorie normative, conçue de façon absolue, conduit à lourdement fragiliser le droit de résistance à l'oppression¹⁰⁷, pourtant fondamental. À l'opposé, une stricte approche sociologique conduirait au délitement du Droit, l'usage majoritaire se trouvant, de fait, légalisé. Il convient alors d'admettre que la norme ne constitue pas une fin en elle-même, mais un outil au service de l'Homme¹⁰⁸. Ainsi, le Droit, s'il ne doit jamais être

« Vers le déclin du droit de la propriété intellectuelle », *Propriétés intellectuelles*, n° 54, janv. 2015, p. 14 : « En fait de changement, c'est à un déclin du droit de la propriété intellectuelle que l'on assiste : consenti par lui, pour faire les yeux doux aux consommateurs ».

¹⁰² C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, Guillaumin, 1870, 2^{ème} éd., [1^{ère} éd. 1764, trad. M. FAUSTIN HÉLIE], p. 213 : « Voulez-vous prévenir les crimes ? Que les lois soient simples, qu'elles soient claires ; sachez les faire aimer ; que la nation entière soit prête à s'armer pour les défendre ».

¹⁰³ J. CARBONNIER, « La sociologie juridique et son emploi en législation : communication à l'académie des sciences morales et politiques », 1967, Académie des sciences morales et politiques, Paris, 1968, p. 91-98 : « quoi de scandaleux si les enquêtes de faits peuvent aboutir à transmuter en lois de simples pratiques ? Cette transmutation a été, de tout temps, un procédé de formation du droit : le droit coutumier n'a pas d'autre origine ».

¹⁰⁴ Y. LEQUETTE, « Le droit est la semence des mœurs » in Collectif Litec, *Le discours et le code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, févr. 2004, p. 395 : « Le passage du fait au droit, de la constatation des données sociales à l'édiction des règles s'opère selon un processus qui n'a rien de déterministe. Le législateur opère des choix dans lesquels interfèrent d'autres variables que le facteur sociologique » ; V. ég. J. DABIN, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 39.

¹⁰⁵ Y. LEQUETTE, « Le droit est la semence des mœurs » op. cit., p. 395 ; V. ég. M. VILLEY, *Philosophie du droit, Les moyens du droit*, Dalloz, 1984, 2^{ème} éd., p. 82.

¹⁰⁶ J. BENTHAM, *Introduction to the principles of morals and legislation*, Payne, 1780, p. 195 ; V. ég. C. CARON, « Les exceptions au monopole, zone de turbulences du droit d'auteur », *JCP G*, 15 avr. 2013, n° 16, p. 431.

¹⁰⁷ R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, op. cit., p. 237 : « Any society that claims to recognize rights at all must abandon the notion of a general duty to obey the law that holds in all cases ».

¹⁰⁸ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 1939, 2^{ème} éd., p. 423 : « le Droit est fait par et pour la société, non la société pour le Droit » ; V. ég. F. OST, *À quoi sert le Droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruylant, 2016, p. 79.

soumis à la tyrannie des faits, est intimement lié à la réalité sociologique¹⁰⁹, voire à l'âme du peuple telle que conceptualisée par l'école historique du Droit¹¹⁰.

175. Conciliation entre droit positif et volonté du corps social. Puisque norme, morale¹¹¹ et pratique interagissent et qu'elles ne peuvent s'ignorer, la seule issue possible réside en leur conciliation¹¹². Dans une hypothèse idéale, cette entente est obtenue par le débat et la pédagogie. Puisque la norme ne peut se passer de l'adhésion du justiciable, si une loi est impopulaire, plutôt que de l'abroger ou la mutiler, le plus simple demeure d'en faire la promotion¹¹³. Si une telle démarche porte ses fruits, la conciliation entre norme et corps social est atteinte à peu de frais et avec un minimum de troubles. Toutefois, dans une hypothèse moins enviable, l'État peut se trouver incapable de faire adhérer une partie importante de la société à la norme. Dès lors, face à cette résistance, est-ce à la norme ou au corps social de céder ?

176. Le Droit, miroir imparfait de la société. Lorsque le fossé est tel entre le Droit et la société que l'État ne parvient pas à imposer ses vues au corps social, il faut admettre que la norme puisse faire l'objet de concessions¹¹⁴ sans nécessairement codifier l'ensemble des usages. Le Droit doit ainsi faire preuve de souplesse lorsque les circonstances l'ordonnent¹¹⁵, sans quoi ses assises se délitent progressivement. Au fond, pour concilier vision normative et

¹⁰⁹ R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, op. cit., p. 246 : « The bulk of the law – that part which defines and implements social, economic, and foreign policy – cannot be neutral. It must state, in its greatest part, the majority's view of the common good ».

¹¹⁰ F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, PUF, 2006, [1^{ère} éd. 1814, trad. A. DUFOUR], p. 57.

¹¹¹ La morale est ici envisagée au singulier mais nous ne nions pas qu'il puisse exister différents ordres moraux concomitants au sein d'une même société : H. Kelsen, *Théorie pure du Droit*, op. cit., p. 75.

¹¹² M-A. FRISON-ROCHE, « Les conséquences réglementaires d'un monde repensé à partir de la notion de "donnée" » in M-A. FRISON-ROCHE, *Internet, espace d'interrégulation*, Dalloz, 2016, p. 184 : « le droit est tout à la fois un art pratique et l'expression d'une action politique. Il doit tout à la fois "prendre le monde comme il est" et néanmoins encore prétendre le dessiner car le Droit est ce par quoi s'exerce l'action politique ».

¹¹³ J-E-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil rapporté in Collectif Litec, Le discours et le code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, févr. 2004, XXIII : « au lieu de changer les lois, il est presque toujours plus utile de présenter aux citoyens de nouveaux motifs de les aimer » : V. ég. F. TERRÉ et N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 2021, 13^{ème} éd., p. 73 : « Les relations étant réciproques, l'on peut aussi estimer qu'en influençant les mœurs, le droit peut rejaillir sur la morale ».

¹¹⁴ W. KLEINWÄCHTER, « Internet, sociétés civiles et gouvernements : cohabitation ou choc des cultures ? », *Revue Politique étrangère*, vol.77, n° 2, 2012, p.269 : il faut « trouver un juste équilibre entre la culture politique d'Internet et la tradition législative. Ces deux cultures correspondent à deux formes d'organisation sociale, aux statuts juridiques différents » ; F. BENHAMOU et J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright*, op. cit., p. 56 : « Un nouvel équilibre reste donc à trouver entre les revendications de ceux qui veulent profiter des potentialités d'Internet pour élargir leur accès à la culture, et les aspirations légitimes des auteurs et de l'ensemble des ayants droit à une juste rémunération ».

¹¹⁵ P-D. CERVETTI, « Pour un droit d'auteur pédagogique : l'adaptation du droit à son public », *RLDI*, n° 67, 1^{er} janv. 2011 : « Une règle, si elle perd en spontanéité, gagne à s'inscrire dans l'intemporel, et pour s'adapter aux affres du temps doit, comme le roseau sous la tempête, pour plier sans jamais ne rompre ».

vision sociologique, il convient de concevoir le Droit comme un « miroir infidèle »¹¹⁶ de la société ou, à l'instar de Monsieur le Professeur Jean-Marc Mousseron, comme une « prothèse »¹¹⁷. Le but du Droit ne se limite donc pas à l'édiction de la norme, car il doit également tendre à cerner la réalité tant sociologique que matérielle, et d'en proposer une vision déformée dans l'optique de remplir les objectifs voulus par le législateur. L'état d'une société, dans tous ses aspects, représente alors un matériau de base que le législateur doit respecter tout en tâchant de le modeler en fonction de ses desseins. Dès lors que la vision du législateur est trop éloignée de la réalité sociologique, la prothèse qu'il a apposée sur la société se dégrade et peut même rompre. C'est précisément ce type de rupture qui est à craindre en droit de la création immatérielle.

177. Un décalage important entre Droit et société en droit de la création immatérielle. En droit positif, au regard de la contrefaçon massive mise en exergue en amont¹¹⁸, il semble exister une rupture entre la norme et le corps social. Cette rupture s'est, en deux décennies, progressivement renforcée en l'absence d'évolution majeure du droit de la propriété littéraire et artistique. L'effort pédagogique inclus dans la réponse graduée n'a pas permis de concilier norme et société, si bien que la restauration d'un équilibre s'avère aujourd'hui urgente. La question se pose dès lors de savoir comment atteindre ledit équilibre ? Au regard de ce que nous avons précédemment évoqué, trois réponses sont ici possibles en vue de juguler la crise du droit d'auteur. D'abord, suivant l'approche normative, la réponse pourrait consister en un renforcement de la protection du dispositif existant pour en obtenir le respect total. Toutefois, cette solution, ne peut que tendre à l'aggravation de la rupture entre norme et corps social puisque l'absence de réelle volonté de poursuivre le piratage ne suffit pas à expliquer ce qui constitue une véritable défiance envers le droit d'auteur et les droits voisins. Ensuite, suivant l'approche sociologique, il est possible d'envisager une légalisation du piratage pour mettre un terme à la fracture. Néanmoins, une telle solution reviendrait à sacrifier l'auteur et ses droits, le privant d'une part non négligeable de ses revenus. L'approche quasi réaliste ne doit en effet pas conduire à parfaitement tolérer des pratiques opposées à l'intérêt général, puisque, dans le cas contraire, nous pourrions immédiatement dépénaliser la conduite en état

¹¹⁶ R. LECKEY, « “Infiniment plus de choses dans la vie que dans la loi” : la reconnaissance des mères lesbiennes », *Droit et société*, 2014/1, Lextenso, n° 86, p. 115.

¹¹⁷ J.-M. MOUSSERON, « De la propriété comme modèle » in J.-M. MOUSSERON, *Inventer*, Centre du droit de l'entreprise, Montpellier, 2001, p. 101.

¹¹⁸ V. *supra* n° 136.

d'ivresse¹¹⁹, l'utilisation du téléphone au volant d'un véhicule ou la fraude fiscale¹²⁰. Dans le cas du droit de la création immatérielle, l'équilibre doit donc être atteint par une conciliation entre les visions normative et sociologique.

178. **Équilibre entre droits exclusifs et accès à l'œuvre.** Derrière cet enjeu, se trouve posée la question du bien-fondé du droit d'auteur et de la répression de la contrefaçon. Le droit d'auteur est une valeur désirable pour une société plébiscitant le progrès des arts et des sciences. Toutefois, la mise en œuvre de ce droit s'avère souvent trop restrictive pour les utilisateurs, ce qui constitue la raison principale de la rupture entre norme et corps social¹²¹. Dans le même temps, la pratique du piratage est évidemment illégitime en ce qu'elle bafoue les intérêts fondamentaux de l'auteur¹²². Cette pratique se trouve assise sur un désir toujours plus grand d'accéder à l'œuvre, cette prétention n'étant, nous le verrons, pas systématiquement infondée. Ainsi, il semble que l'équilibre ne puisse être atteint que par une révision majeure du droit de la création littéraire et artistique, favorisant l'accès à l'œuvre au détriment de l'exclusivité. Néanmoins, cette conciliation serait parfaitement dénuée de but si elle venait légaliser le piratage, ce dernier devant rester proscrit et, surtout, faire l'objet d'une répression plus efficace¹²³. Au regard de l'ensemble de ces éléments, nous sommes à présent en mesure de formuler une première proposition – qui sera suivie par d'autres – en vue de restaurer l'équilibre entre norme et corps social.

¹¹⁹ F. BENHAMOU et J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright*, *op. cit.*, p. 60 : « Certes, il ne suffit pas qu'une pratique soit massive pour être socialement acceptable : la conduite en état d'ivresse ne peut être justifiée au motif qu'elle est largement pratiquée. Mais, à l'inverse, des pratiques sociales se multiplient (l'avortement lorsqu'il n'est pas autorisé dans un pays) ont à maintes reprises conduit le législateur et l'ensemble de la société à s'interroger sur le bien-fondé de la loi et sur les vertus de réactions défensives ».

¹²⁰ E. PIERRAT, « Une utopie en forme de négation du droit d'auteur », *Le débat*, 2001/5, n° 117, p. 52.

¹²¹ R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, *op. cit.*, p. 238 : « If the Government inflates a right (by defining it more broadly than justice requires) then it cheats society of some general benefit, like safe streets, that there is no reason it should not have. [...] The course of Government is to steer in the middle, to balance the general good and personal rights, giving to each its due ».

¹²² L. LESSIG, *Free culture, How big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, The Penguin Press, New York, 2004, p. 202 : « Just because people violate a law, we should therefore repeal it. Obviously, we could reduce murder statistics dramatically by legalizing murder on Wednesdays and Fridays. But that wouldn't make any sense, since murder is wrong every day of the week. A society is right to ban murder always and everywhere ».

¹²³ C. ATIAS, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.*, 1977, chron. 251 : « Il faut récuser l'image simpliste d'un droit qui se formerait par reculades, par décrochements successifs. Le législateur choisit, parmi les buts que lui proposent les diverses données collectées, celui qui est, en justice, préférable : il ne se soumet pas ; il porte un jugement de valeur ».

179. Rejet d'une dépénalisation circonscrite de la contrefaçon sur Internet.

Face à l'ampleur du piratage et à la faible efficacité de la loi en la matière, certains songent à mettre en place une forme de licence globale¹²⁴, permettant l'échange des œuvres en toute liberté sur Internet, contre compensation pécuniaire. D'autres proposent purement et simplement de dépénaliser la diffusion des œuvres sur Internet lorsqu'elle est à destination de personnes privées n'agissant pas à titre commercial¹²⁵. Nous pensons cependant que le Droit ne peut permettre une telle atteinte aux prérogatives de l'auteur dans la sphère d'Internet, une telle dépénalisation conduisant, comme nous l'avons déjà indiqué, au sacrifice du titulaire de droits. Ainsi, en lieu et place d'une dépénalisation, il est possible de formuler plusieurs propositions permettant de rendre plus effectives les dispositions pénales en matière de propriété littéraire et artistique.

180. Intérêt d'une nouvelle qualification pénale. La proposition qui peut ici être formulée consiste en l'abandon de la qualification de contrefaçon pour des faits commis par certains internautes. La création de la contravention de négligence caractérisée de surveillance de son accès à Internet témoigne d'une prise de conscience de l'inadaptation du délit de contrefaçon pour le simple téléchargement de l'œuvre. En effet, la peine encourue au titre de la contrefaçon ne semble pas répondre de manière proportionnée au téléchargement d'un simple utilisateur consultant un livre ou visionnant une série hors du cadre légal. Le terme de contrefaçon est, en lui-même, très fort, et la peine encourue l'accompagnant est, dans le cadre d'une utilisation strictement privée, démesurée. La présence d'une unique incrimination pour l'ensemble des atteintes à la propriété intellectuelle peut, à première vue, sembler élégante, mais ne permet en réalité pas d'appréhender le réel avec suffisamment de subtilité. Dans ce contexte, une nouvelle qualification pénale peut se révéler utile en vue d'assurer la conciliation entre norme et corps social. Néanmoins, une telle qualification serait insuffisante, à elle seule,

¹²⁴ J. WOOD, « The Darknet: a digital copyright revolution », *Richmond Journal of Law and technology*, vol. 16, n° 4, art. 4, p. 28 : « Since stronger protection is not likely to have a positive effect, copyright owners must (by default) surrender control and embrace alternative methods of compensation ».

¹²⁵ C. GEIGER, « Legalize it ? Quelques réflexions sur la mise en œuvre du droit d'auteur dans le contexte de l'utilisation non autorisée des œuvres sur Internet » in J. SCHMIDT-SZALEWSKI (en l'honneur de), *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé, mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, dir. C. GEIGER et C. RODÀ, LexisNexis, 2014, p. 179 : « A notre avis, l'opportunité de "dépénaliser" certains agissements doit être sérieusement envisagée, d'autant plus qu'une répression sans nuance envoie de mauvais signaux au corps social ».

pour parvenir à un tel but, raison pour laquelle d'autres réponses seront proposées ultérieurement.

181. **Une pluralité de pratiques.** Le rapport Olivennes, comme le rapport Lescure¹²⁶, faisait, dès 2007, le constat de l'absence préjudiciable de distinction entre les divers comportements contrefaisants : « le défaut de la politique actuelle est de traiter le piratage de manière générale, sans différencier les acteurs, ni les logiques à l'œuvre derrière le terme de téléchargement illégal »¹²⁷. Il proposait de distinguer quatre types d'usages : le streaming, le téléchargement, la mise à disposition d'œuvre conditionnée au téléchargement et la mise à disposition massive d'œuvres. À notre sens, seul ce dernier cas devrait pouvoir être poursuivi sous la qualification de contrefaçon. Le simple visionnage en streaming peut constituer un acte illégal lorsque l'utilisateur a conscience de bénéficier du produit d'une infraction : il s'agit alors d'un recel de contrefaçon. Cependant, une qualification délictuelle n'est pas adaptée à la faible gravité de la consultation d'une œuvre en streaming. De plus, elle exige d'apporter la preuve de la conscience, pour l'utilisateur, de profiter du produit d'une infraction – bien que cette preuve soit généralement établie par des présomptions. Les efforts pour lutter contre ces usages devraient donc, dans la continuité de la politique actuelle, se concentrer essentiellement sur les individus qui mettent le contenu à disposition, et moins sur les utilisateurs. Concernant le téléchargement¹²⁸ une simple contravention, comme dans le cadre de l'infraction de négligence caractérisée, serait satisfaisante. Ainsi, aucune peine de prison ne serait encourue pour ces faits, seule une amende venant sanctionner le comportement répréhensible dans le cadre de cette infraction nouvelle.

182. **Défauts de l'infraction de négligence caractérisée de sécurisation de son accès à Internet.** L'infraction de négligence caractérisée n'est-elle donc pas satisfaisante ? La réponse à cette question doit être négative, car, à notre sens, celle-ci présente deux défauts majeurs. D'une part, les faits de négligence caractérisée de surveillance de son accès à Internet peuvent également être poursuivis sur le fondement de la contrefaçon. Or, comme nous l'avons indiqué, la disproportion de la peine encourue rend la loi injuste et illégitime aux yeux du justiciable, peu important si les utilisateurs ne sont que très rarement poursuivis sur le

¹²⁶ P. LESCURE, *Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, mai 2013, t. 1, p. 387

¹²⁷ D. OLIVENNES, *Le développement et la protection des œuvres culturelles sur les nouveaux réseaux*, Rapport, nov. 2007, p. 13.

¹²⁸ Il ne nous semble pas utile de distinguer le téléchargement simple du téléchargement conditionné au partage d'autres œuvres. En effet, dans ce dernier cas, l'utilisateur est contraint, par la plateforme qu'il utilise, d'opérer un partage des œuvres qu'il a auparavant téléchargées. En ce sens, la part de responsabilité liée à la diffusion de l'œuvre repose essentiellement sur l'administrateur de la plateforme en question et non sur l'utilisateur.

fondement de la contrefaçon. Dès lors, l'infraction de négligence caractérisée ne permet pas de cloisonner les poursuites encourues par ceux qui mettent les œuvres à disposition sur Internet de celles encourues par de simples utilisateurs qui procèdent au téléchargement d'œuvres de l'esprit. Il est important que la loi distingue ces faits et apporte, pour chacun, une réponse pénale spécifique. D'autre part, la négligence caractérisée de surveillance de son accès à Internet est, dans son approche, trop complaisante avec l'utilisateur. Ce dernier n'est pas directement accusé des faits de contrefaçon, mais est simplement sanctionné au titre de l'absence de mise en place d'un mot de passe ou de changement de celui-ci pour réguler l'accès à sa connexion. Ainsi, l'internaute, n'ayant pas donné suite à « l'admonestation préalable »¹²⁹ de l'ARCOM, devrait être présumé auteur du piratage opéré depuis sa connexion Internet comme nous le verrons. L'infraction de négligence caractérisée de son accès à Internet n'est donc, en raison de sa dénomination, pas suffisamment percutante pour alerter l'utilisateur.

183. Visage d'une contravention de piratage. Au regard de ces éléments, nous proposons d'ériger le *piratage* d'œuvre de l'esprit en qualification pénale. Une telle infraction aurait vocation à se substituer à celle de négligence caractérisée. Dès lors, la définition du piratage pourrait être la suivante :

« Le piratage consiste en la reproduction non autorisée et non transitoire d'une œuvre de l'esprit via un réseau numérique et en dehors de tout but commercial. La constatation de l'infraction de piratage entraîne l'envoi d'un courrier d'avertissement au domicile du titulaire de l'abonnement à Internet ayant permis la réalisation de l'acte. En cas de récidive dans un délai d'un an suivant la réception du courrier d'avertissement, une amende est adressée au titulaire de l'abonnement à Internet. Le piratage constitue une contravention de troisième classe exclusive de la qualification de contrefaçon. Une contravention de quatrième classe est encourue en cas de multi récidive ».

184. Justification de la contravention de piratage. Ici, la peine encourue se trouverait limitée et les faits reprochés sans détour par une formule évocatrice pour l'internaute. Un premier avertissement serait adressé en cas de constatation des faits, suivi d'une amende de quatre cent cinquante à sept cent cinquante euros en cas de récidive et multi récidive. Il ne s'agit donc pas, avec la contravention de piratage, de noyer la propriété littéraire et artistique sous les qualifications pénales, mais de rendre la peine encourue pleinement adaptée à la gravité

¹²⁹ A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2010, 3^{ème} éd., p. 957.

de l'atteinte aux droits protégés. Cela ne peut que participer à la légitimation de la défense des droits d'auteur et droits voisins¹³⁰.

185. Légalité de la contravention de piratage. Afin d'analyser les conditions et l'opportunité d'une contravention de piratage, notons tout d'abord qu'une disposition similaire était initialement prévue au sein du projet de loi DADVSI, une simple amende de première catégorie ayant été proposée en cas de flagrant délit de téléchargement illégal. Toutefois, cette disposition avait été censurée par le Conseil constitutionnel en ce qu'elle créait une inégalité devant la loi, la contravention n'étant effectivement caractérisée que dans le cadre d'un téléchargement depuis un site de pair-à-pair¹³¹. La contravention de piratage ne peut souffrir de cette critique dans la mesure où elle sanctionne toute reproduction non transitoire via un réseau numérique. Ainsi, la légalité de l'infraction de piratage ne semble pas remise en cause dans son principe.

186. Une qualification restreinte aux utilisations non commerciales. Doit également être justifié le maintien de la qualification de contrefaçon lorsque l'atteinte au droit d'auteur est commise à des fins commerciales. Pour ce faire, il est essentiel de rappeler l'importance que représente la contrefaçon commerciale des œuvres de l'esprit¹³². C'est la mise à disposition de l'œuvre au public à des fins commerciales ou l'utilisation des créations dans un but commercial qui sont sources des plus importants préjudices pour l'auteur et qui constituent même fréquemment une condition nécessaire au piratage. C'est la raison pour laquelle la contrefaçon dans un but lucratif doit faire l'objet d'une sanction bien plus importante, justifiant le maintien de la qualification de contrefaçon. À l'opposé, le simple piratage, s'il est source d'un préjudice, représente une atteinte plus mesurée aux intérêts de l'auteur, bien que plus fréquente. Il en résulte que l'infraction de contrefaçon, si elle demeure

¹³⁰ D. LEFRANC, « La contrefaçon en droit d'auteur, Naissance – extension – scission », *Propriétés intellectuelles*, n° 30, janv. 2009, p. 30 : « A notre sens, le seul principe de scission de la contrefaçon permettra de sauvegarder durablement la cohérence du droit d'auteur, parce que ce principe est respectueux de la réalité. Et, c'est notre souhait, cette scission réconciliera peut-être le public avec le droit d'auteur ».

¹³¹ Cons. const., 27 juill. 2006, Décision n° 2006-540, (*RTD civ.*, 2006, n° 4, p. 791, note T. REVET ; *RTD civ.*, 2007, n° 1, p. 80, note R. ENCINAS DE MUNAGORRI), cons. 65 : « qu'au regard de l'atteinte portée au droit d'auteur ou aux droits voisins, les personnes qui se livrent, à des fins personnelles, à la reproduction non autorisée ou à la communication au public d'objets protégés au titre de ces droits sont placées dans la même situation, qu'elles utilisent un logiciel d'échange de pair à pair ou d'autres services de communication au public en ligne ».

¹³² Nous avons bien conscience que la définition précise de « l'utilisation commerciale » peut être source de difficultés, raison pour laquelle nous reviendrons sur cette question par la suite.

nécessaire, ne saurait plus constituer l'unique qualification pénale en matière de droit de la propriété littéraire et artistique¹³³.

187. Rejet d'une qualification pénale unique. Entre la contrefaçon et le piratage, la gravité de la peine est sans commune mesure. D'une part, l'on retrouve un délit pour lequel la peine encourue est de trois ans de prison et trois cent mille euros d'amende. D'autre part, l'on fait face à une simple contravention punie forfaitairement de quatre cent cinquante à sept cent cinquante euros d'amende. Face à la singularité de la contravention de piratage, d'aucuns objecteront probablement qu'une distinction n'est pas nécessaire entre les différentes atteintes ; puisque la loi ne consacre qu'un délit, celui de contrefaçon, elle laisse une pleine souveraineté au juge afin de déterminer l'étendue de la peine dans l'éventail qui lui est proposé. Comme il n'est pas distingué entre le vol d'un livre et celui d'un tableau de maître, on ne devrait pas plus distinguer entre le téléchargement d'une œuvre et sa commercialisation sans autorisation. Cet argument n'emporte toutefois pas notre conviction.

188. Opportunité d'une contraventionnalisation du téléchargement illicite. Bien entendu, la contravention de piratage n'est aucunement le signe d'une défiance envers la figure du juge. En réalité, la difficulté vient ici de la gravité de l'acte reproché aux internautes et de la fréquence des téléchargements. En effet, la portée de l'atteinte aux droits de l'auteur est, comme nous l'avons précédemment indiqué, jugée particulièrement limitée en cas de piratage¹³⁴. Si le vol est puni d'une peine équivalente à celle existant en matière de contrefaçon, le Code pénal a cependant prévu une infraction particulière en cas de filouterie. Celle-ci consiste en le fait de se faire servir des biens ou services dont on sait qu'on ne peut les payer ou avec la ferme intention de ne pas les payer¹³⁵. Pour ces faits, il aurait été possible d'envisager une peine identique à celle encourue en cas de vol. Toutefois, la peine étant jugée moins attentatoire à la société, la peine encourue est ici de six mois d'emprisonnement et de sept mille cinq cents euros d'amende. Or, le téléchargement illégal, au regard de sa nature, est à la contrefaçon ce que la filouterie est au vol. Comme l'indiquait le doyen Vivant : « il est sans doute temps de cesser de

¹³³ A. LUCAS, « De la protection à la “surprotection” des droits de propriété intellectuelle » in IRPI, *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?*, Colloque de l'IRPI, LexisNexis, 2013 p. 24 : « le refus de principe du législateur français de distinguer, comme la directive du 29 avril 2004 sur le respect des droits de propriété intellectuelle y incite pourtant fortement, selon que la contrefaçon est commise ou non à échelle commerciale. Ce refus peut s'appuyer sur de sérieux arguments. L'amalgame auquel il conduit n'en est pas moins regrettable et contribue à donner une mauvaise image du droit d'auteur ».

¹³⁴ V. *supra* n° 165.

¹³⁵ C. pénal, art. 313-5

traiter le voleur de pommes comme l'auteur d'un hold-up »¹³⁶. Ce constat s'avère d'autant plus prégnant que d'autres arguments invitent à la contraventionnalisation du téléchargement illicite.

189. Imputabilité des actes de piratage au titulaire de l'abonnement à Internet.
L'idée d'une qualification pénale complémentaire à la contrefaçon, souvent évoquée, avait cependant été rejetée par le Parlement lors du vote de la loi HADOPI 1, craignant que l'imputabilité de l'infraction ne puisse être établie¹³⁷. Pourtant, avec les outils actuellement à disposition de l'État, cette imputabilité ne présente plus un réel obstacle. Le droit positif contourne cette difficulté en reprochant à l'internaute non son téléchargement illicite, mais l'absence de sécurisation de son accès à Internet : c'est alors un abonné négligeant qui se trouve sanctionné en lieu et place d'un contrefacteur. Il est cependant inutile de recourir à un tel jeu de dupes pour imputer un acte à son auteur. Un rapprochement peut ici être opéré entre cette question et celle des infractions d'excès de vitesse constatées par radar automatique. D'une part, pour ce type d'infraction, il n'est jamais reproché à un automobiliste de n'avoir pas su confier son véhicule à une personne digne de confiance. Le propriétaire du véhicule, en vertu d'une présomption, est considéré comme redevable d'une amende au titre de tout excès de vitesse commis par l'intermédiaire de son automobile. D'autre part, au titre de cette même présomption, l'identification de la plaque d'immatriculation permet d'imputer l'infraction au propriétaire du véhicule sans difficulté. Aussi, les outils dont dispose l'ARCOM lui permettent de « flasher » l'adresse IP des utilisateurs comme peut être captée l'image d'une plaque d'immatriculation à titre de preuve. Dès lors, l'adresse IP pouvant être rattachée à un abonnement à Internet, rien ne s'oppose à ce que le titulaire de cet abonnement soit présumé redevable d'une amende au titre du piratage légalement constaté. Une présomption d'imputabilité de l'acte de piratage au titulaire de l'abonnement à Internet est donc tout à fait opportune.

190. Procédure devant le tribunal de police pour les faits de piratage. Afin de mettre en lumière la crédibilité du mécanisme proposé, il est possible de détailler la procédure pouvant encadrer les actes de piratage. Pour pleinement l'analyser, prenons l'exemple extrême dans lequel toutes les voies de recours devant le tribunal de police seraient explorées. En réponse à la constatation d'un acte de piratage, un courrier d'avertissement recommandé est

¹³⁶ M. VIVANT, « Internet, piratage et contrefaçon », *D.*, 2009, p. 1808.

¹³⁷ Projet de loi relatif à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique, Étude d'impact, 7 avr. 2021, p. 90 : « La piste de l'amende pénale forfaitaire ne paraît toutefois envisageable que dans les cas où, au vu du simple constat effectué par l'agent verbalisateur, l'infraction et son imputabilité à la personne mise en cause présentent un degré de vraisemblance voire d'évidence élevé ».

envoyé à l'utilisateur¹³⁸. En présence d'une nouvelle atteinte dans un délai d'un an, c'est cette fois une contravention d'un montant de quatre cent cinquante euros qui est adressée au titulaire de l'abonnement. Le redevable peut toutefois contester cette condamnation, un juge rendant une ordonnance pénale non contradictoire, confirmant la condamnation, réduisant le montant de la contravention ou relaxant le justiciable. Suivant la procédure classique, une seconde contestation sera alors possible, une audience à juge unique contradictoire ayant lieu en présence de l'officier du ministère public. Le juge pourra à nouveau confirmer la condamnation, moduler le montant de l'amende ou relaxer le prévenu¹³⁹. Si l'amende prononcée s'avère supérieure à cent cinquante euros, le pirate pourra alors interjeter appel dans un délai de dix jours. Bien entendu, l'épuisement de l'intégralité de ces voies de recours serait rarissime au regard de la très difficile contestation des faits. L'objectif est bien ici de ne pas faire peser sur les magistrats une charge de travail insurmontable, la répression du téléchargement illégal ayant vocation à constituer un contentieux de masse.

191. **Un contentieux de masse.** Face à une infraction commise par au moins un tiers de la population française et parfois de façon quotidienne, le maintien d'une réponse correctionnelle face au téléchargement illégal serait sans effet utile. Il est impossible pour le ministère la justice – surtout au regard de la période actuelle – de mobiliser les ressources nécessaires pour faire face à un tel contentieux¹⁴⁰. À l'étranger, des adaptations ont donc été proposées, notamment aux États-Unis d'Amérique où le CASE (*Copyright Alternative in Small-Claims Enforcement Act*) tente de juguler le contentieux. Adopté à la fin de l'année 2020, celui-ci permet aux ayants droit de poursuivre plus simplement les atteintes limitées à leur *copyright*, la condamnation ne pouvant excéder trente mille dollars de dommages et intérêts. Néanmoins, aux États-Unis comme en France, un tel système ne peut qu'être insuffisant face à l'importance du contentieux généré. C'est l'une des raisons pour lesquelles la contraventionnalisation du téléchargement illicite à titre non commercial apparaît comme une mesure nécessaire pour limiter les atteintes aux œuvres de l'esprit sur Internet. Maintenir la seule infraction de contrefaçon revient à renoncer à poursuivre une écrasante majorité des délinquants, comme c'est le cas dans le dispositif actuel. En réalité, seule une infraction

¹³⁸ Le coût des lettres recommandées ne présente pas une réelle difficulté, dans la mesure où les condamnations seront proportionnelles au nombre de courriers émis.

¹³⁹ L'absence de condamnation du prévenu à une contravention de cinquième classe permet d'éviter que la mobilisation complète du tribunal de police constitue le principe.

¹⁴⁰ O. LAROQUE, *Les lois symboliques : une étude à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, Thèse, Paris II, dir. P-Y. GAUTIER, éd. Panthéon-Assas, 2021, p. 281.

nouvelle, systématiquement poursuivie¹⁴¹, reposant sur la flagrance, l'automatisation et la présomption d'imputabilité est réellement en mesure de faire reculer le téléchargement illégal. Ainsi, tout comme le radar inspire la peur à l'automobiliste, l'ARCOM doit insuffler la crainte à l'internaute¹⁴².

192. **Raccourcissement de la réponse graduée.** Afin de tendre au renforcement des droits de l'auteur dans la sphère numérique, il est également nécessaire, non pas de supprimer, mais de raccourcir le cycle de la réponse graduée. La présence de deux recommandations avant l'envoi d'un troisième courrier et d'éventuelles poursuites était initialement dictée par une volonté pédagogique. Après plus de dix ans de mise en œuvre, le public est aujourd'hui majoritairement conscient des atteintes que peut subir le droit d'auteur sur Internet. Nous préconisons donc de ne plus recourir qu'à un seul avertissement. Sanctionner l'utilisateur à la première infraction apparaîtrait effectivement contre-productif au regard du contexte. Passer sans délai d'une réponse pénale parfaitement aphone à une répression immédiate et systématique avec des amendes dissuasives ne pourrait que brusquer le corps social, suscitant l'incompréhension. C'est l'une des raisons pour lesquelles le maintien d'un unique avertissement apparaît opportun, au moins durant un temps, afin que le justiciable prenne pleinement conscience de ce revirement. Toutefois, le raccourcissement de la réponse graduée trouve également sa source dans la poursuite de l'effort pédagogique initié il y a plus de dix ans.

193. **La poursuite d'un effort pédagogique.** Le maintien d'un avertissement demeure crucial en vue d'une promotion de la loi et du droit d'auteur auprès du corps social. Bien que l'internaute ait conscience de l'existence des droits patrimoniaux du créateur, il est impératif d'insister auprès de lui au sujet de leur fonction sociale. La *ratio legis* doit permettre de justifier l'application de la loi auprès du public, afin qu'il y adhère et l'applique de manière spontanée¹⁴³. Sans poursuite d'un effort pédagogique, la réconciliation entre norme et corps social serait, dès lors, bien plus longue et difficile. De plus, la promotion des plateformes légales menée par l'ARCOM doit se poursuivre afin que les usages licites continuent leur

¹⁴¹ J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Bruylant, *op. cit.*, p. 39 : « Tant que celle-ci [la partie publique] n'a point définitivement renoncé à poursuivre, dans la pensée, partagée par tous, que la loi ne lie plus, la loi continue de vivre, nonobstant l'attitude négative des sujets ».

¹⁴² Dans cette optique, la substitution récente de l'ARCOM à la HADOPI serait l'occasion idéale pour procéder à un raffermissement de la répression pénale en la matière.

¹⁴³ J. REDA, *Projet de rapport sur la mise en œuvre de la directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, Parlement européen, Commission des affaires juridiques, janv. 2015, p. 9 : « la capacité de comprendre la loi est au centre de son acceptation et de sa légitimité ».

développement. Adapter la norme sans fournir d'alternative aux internautes serait ainsi particulièrement inefficace¹⁴⁴.

194. **Du rejet au détournement de la règle de droit.** Nombreux sont ceux qui enfreignent la norme en matière de propriété littéraire et artistique pour manifester leur rejet de celle-ci. Toutefois, des pratiques moins généralisées semblent mettre en œuvre une opposition d'une toute autre nature. En effet, dans certaines hypothèses, l'objectif n'est pas tant d'enfreindre la norme en bloc, que de la détourner afin qu'elle produise des effets différents de ceux classiquement attendus. Il s'agit, là encore, de nouveaux usages qui questionnent l'économie de la propriété littéraire et artistique. Cette dernière tente alors de s'adapter via l'adoption de nouveaux régimes comme celui de l'œuvre indisponible. Néanmoins, nous allons rapidement constater que, même en présence de ces adaptations, la propriété de l'œuvre est difficilement compatible avec les pratiques des internautes.

Section II : Une réservation propriétaire de l'œuvre inflexible face aux pratiques des internautes

195. **Rigidité du régime propriétaire.** L'opposition au droit positif peut prendre plusieurs formes notamment en matière de propriété littéraire et artistique. Là où certains foulent au pied la règle de droit, d'autres font le choix d'en respecter la lettre, sans en respecter l'esprit. La norme est alors détournée¹⁴⁵ de son but initial, garantissant l'exclusivité et la protection de l'auteur, pour rendre l'œuvre davantage accessible. Le rejet de la norme trouve ainsi un prolongement dans des pratiques moins irrévérencieuses à l'endroit du droit d'auteur que ne l'est la simple contrefaçon. Parmi ces usages alternatifs, nous aurons ici l'occasion d'étudier notamment les licences libres et de libre diffusion. Nous analyserons également certaines réponses apportées par le législateur en vue de juguler le manque d'adhésion à la propriété littéraire et artistique. À travers l'analyse du régime des œuvres orphelines et de celui des œuvres indisponibles, nous constaterons cependant que les réponses apportées par le droit

¹⁴⁴ A. STROWEL, « La lutte contre le téléchargement illicite : en attendant le succès de l'offre licite », *Propriétés intellectuelles*, avr. 2012, n° 43, p. 261 : « Il paraît clair que le droit d'auteur demeure un instrument valide pour assurer une rémunération adéquate des acteurs de la création, mais que la seule réponse convaincante face à la circulation non autorisée des œuvres sur l'internet n'est pas à trouver du côté du droit : seule une offre licite en ligne à même de satisfaire la demande des usagers pour des contenus variés à un prix doux résoudra le problème. Les mesures juridiques ne sont qu'un pis-aller. Soyons lucides ».

¹⁴⁵ *Dictionnaire Littré*, V. détourner : L'action de détourner peut se définir comme le fait de « faire prendre une autre direction » ou de « donner une autre destination ».

positif ne sont pas proportionnées à l'ampleur de la crise que traverse le droit d'auteur. L'inadaptation de ces réponses mettra alors en évidence la rigidité du régime propriétaire. Voyons donc dans un premier temps que les licences libres constituent un outil imparfait de contestation de la figure du propriétaire-souverain (§1), pour ensuite analyser en quoi les régimes des œuvres orphelines et indisponibles sont insuffisants au contournement du propriétaire-souverain (§2).

§1 : Les licences libres, outils imparfaits de contestation du propriétaire-souverain

196. **L'œuvre libre.** Les licences libres et licences de libre diffusion, qui consistent en un renoncement partiel ou total de certains droits détenus par l'auteur, représentent un objet d'étude indispensable pour compléter notre mise en lumière de l'opposition à la propriété littéraire et artistique. Ces aménagements contractuels de l'étendue des droits de l'auteur sont, en effet, particulièrement révélateurs de l'opposition à l'exclusivité reconnue au propriétaire-souverain. Ce dernier, au sens de Monsieur le Professeur Jean-Pascal Chazal, correspond à la figure du titulaire de droits disposant d'un pouvoir quasi absolu sur son bien¹⁴⁶, ce qui est particulièrement le cas en droit de la création immatérielle. Nous constaterons ainsi que la construction des licences libres s'opère en concordance avec la propriété littéraire et artistique (I), avant de reconnaître que ces licences opèrent un détournement de l'esprit du droit d'auteur (II).

I : La construction des licences libres en concordance avec la propriété littéraire et artistique

197. **Caractères du libre.** Les licences libres et de libre diffusion sont des objets complexes qu'il nous revient de présenter sans pour autant prétendre à une pure exhaustivité. Ce point constituera donc un simple tour d'horizon des caractéristiques de ces licences. Nous interrogerons l'économie des licences libres et de libre diffusion (A), avant d'étudier leur formation et les risques qu'elles peuvent présenter pour l'auteur (B).

¹⁴⁶ J-P. CHAZAL, « Le propriétaire-souverain : archéologie d'une idole doctrinale », *RTD civ.*, 2020, p. 1.

198. **Une culture libre.** Depuis le début des années 2000 s'est progressivement développée une communauté soucieuse de libérer l'accès à l'œuvre. Celle-ci a construit un ensemble de modèles contractuels destinés à la propagation des créations avec un minimum d'entraves. Ces contrats ont été nommés licences libres et licences de libre diffusion. Elles sont le fruit d'une véritable culture libre, qui s'intéresse tant aux logiciels¹⁴⁷ qu'au noyau dur des œuvres de l'esprit¹⁴⁸. En présence de nombreux types de contrats, l'on ne peut envisager ces licences au singulier : elles sont plurielles. Le mouvement du libre a donné lieu à des dynamiques comme *l'open access* qui consiste, pour l'auteur, à rendre libre d'accès le contenu de publications scientifiques. Dans le même esprit, *l'open source* permet d'accéder au code source d'un logiciel et d'y apporter des modifications. La culture libre et ses expressions accompagnent nécessairement l'avènement d'Internet¹⁴⁹, ce dernier rendant possible un partage planétaire et à peu de frais de la création. Là encore, l'apparition du réseau des réseaux a engendré des bouleversements significatifs.

199. **Les licences de libre diffusion.** Il est, à ce stade, indispensable d'opérer une distinction entre licences libres et licences de libre diffusion. Ces dernières portent la marque d'une ouverture des utilités de l'œuvre au public, sans s'inscrire dans la logique du libre de façon absolue. La licence de libre diffusion est le contrat joint à l'œuvre qui accorde des droits à tout utilisateur, sans discrimination. Dans le cadre le plus restreint, les droits accordés à l'utilisateur sont l'accès à l'œuvre, la possibilité de distribuer des copies de l'œuvre et la faculté d'étudier cette dernière. Il s'agit par conséquent d'une forme de renoncement pour le créateur, qui s'engage à contracter avec toute personne susceptible d'accéder à l'œuvre. Le renoncement ne porte cependant que sur une partie des droits patrimoniaux de l'auteur puisque la licence de libre diffusion implique des restrictions pour l'utilisateur. Celui-ci ne pourra soit pas effectuer de modifications sur l'œuvre, soit ne pourra pas entreprendre d'usage commercial de la création

¹⁴⁷ Il existe ainsi plusieurs types de licences pour les logiciels comme les GPL, LGPL, BSD, GNU, QPL, OSL, MPL, la licence Apache ou la licence CeCILL créée en France.

¹⁴⁸ L'on peut nommer à ce titre les licences *Creative Commons* et la Licence Art Libre qui feront l'objet de prochains développements.

¹⁴⁹ C. BERNAULT, *Open access et droit d'auteur*, Larcier, 2016, p. 17 : « Ce mouvement en faveur de *l'open access* présente la particularité d'être né à la fois "grâce" et "à cause" du développement des réseaux numériques. On comprend facilement qu'il était difficile de défendre l'idée d'un accès gratuit, dans le monde entier, aux travaux scientifiques avant que la technique ne le permette » ; M. CLÉMENT-FONTAINE, *Les œuvres libres*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, 2006, p. 64 : « Internet est aux fondements des licences libres, puisqu'il a permis de mettre en relation un nombre très important de contributeurs ».

concernée. Il suffit que l'une de ces deux restrictions soit présente pour que l'œuvre soit qualifiée de libre diffusion. Il s'agit donc essentiellement d'une licence d'accès dans laquelle les droits accordés au public sont limités.

200. **Les licences libres.** Les licences libres se distinguent des licences de libre diffusion en ce qu'elles poussent plus loin la logique du libre. Dans ce cas de figure, l'auteur abandonne davantage de droits et confère ainsi plus d'utilités au public sur l'œuvre. Les licences libres sont dès lors un objet d'étude particulièrement intéressant dans le cadre de notre recherche. En la matière, il convient de se référer aux travaux de Madame Mélanie Clément-Fontaine qui offre une définition de l'œuvre libre : « une œuvre libre résulte d'une manifestation originale de volonté individuelle de l'auteur de disposer de ses droits de propriété intellectuelle afin que son œuvre devienne une œuvre évolutive à pluralité d'auteurs car il est possible de la copier, modifier, diffuser et procéder à des actes commerciaux associés sans autres restrictions que celles nécessaires au respect de ces libertés »¹⁵⁰. Partant, l'œuvre libre se distingue de l'œuvre de libre diffusion en ce que la licence qui l'accompagne ne présentera aucune restriction relative à l'usage commercial ou à la modification de l'œuvre. Elle est donc non seulement libre d'accès, mais également libre quant aux utilisations qui peuvent en être effectuées. L'œuvre libre se dissocie également de l'œuvre libre de droits¹⁵¹ qui renvoie tant aux œuvres élevées au domaine public qu'aux œuvres sous licence libre.

201. **Le *copyleft*.** L'usage de la licence libre ne sera néanmoins pas systématiquement dépourvu de toute restriction. Au-delà de celles induites par les droits moraux, le créateur peut exiger un partage des œuvres dérivées sous la même licence que celle accompagnant l'œuvre première : ce mécanisme est appelé *copyleft*. Il en résulte que la même licence s'attachera à l'ensemble des œuvres issues de l'œuvre originale. Comme son nom le laisse présager, le *copyleft* est porteur d'une idéologie radicalement opposée à celle du *copyright*. Les licences de type *copyleft*, en imposant le cadre contractuel sur les œuvres dérivées, font de l'accès à l'œuvre une valeur essentielle et inconditionnelle. L'objectif est de passer d'une exclusivité de principe pour tout usage, à un accès de principe qui s'étend aux œuvres dérivées¹⁵². Notons dès

¹⁵⁰ M. CLÉMENT-FONTAINE, *Les œuvres libres*, op. cit., p. 357.

¹⁵¹ L'expression œuvre libre de droit « sert à désigner indifféremment les œuvres libres, les œuvres dont les droits patrimoniaux ont expiré, les œuvres non protégeables par le droit d'auteur ou encore les œuvres pour lesquelles l'auteur n'entend pas s'opposer à la reproduction, à la diffusion voire la modification » : M. CLÉMENT-FONTAINE, *Les œuvres libres*, op. cit., p. 18.

¹⁵² M. XIFARAS, *Le copyleft et la théorie de la propriété*, Multitudes, 2010/2, n° 41, p. 63.

à présent que le *copyleft*, comme les autres licences libres et de libre diffusion, repose sur le droit exclusif conféré par le CPI¹⁵³, ce qui appellera des développements ultérieurs.

202. Distinction entre libre et gratuit. Il est primordial de ne pas assimiler l'œuvre libre ou de libre diffusion à l'œuvre gratuite. L'œuvre libre pourra être gratuite ou payante en fonction de la volonté de l'auteur. La liberté d'accéder à l'œuvre ne fait pas obstacle à la présence d'un paiement de la part de l'utilisateur¹⁵⁴. Inversement, l'œuvre, si elle n'est pas modifiable par exemple, ne sera jamais qualifiée de libre, même si elle s'avère gratuite. Le mouvement du libre se contente donc de prôner l'accès à l'œuvre, non la gratuité de celle-ci. Cette distinction entre garantie d'accès et gratuité sera essentielle pour les analyses présentes en aval.

203. Intérêt des licences libres. Ces licences présentent des avantages conséquents, que ce soit sur le plan artistique ou technique¹⁵⁵. Elles permettent notamment de mutualiser les efforts d'une communauté pour aboutir à une œuvre commune. Elles peuvent encore favoriser la diffusion d'œuvres, voire de formes d'expression. Il s'agit d'un formidable levier de partage, permettant la concrétisation de projets d'envergure. Les licences libres profitent ainsi indéniablement à l'intérêt général, même dans le secteur des arts. De plus, elles n'empêchent pas l'auteur de profiter des fruits de son œuvre¹⁵⁶. Opter pour une licence libre ne constitue donc pas nécessairement un sacrifice pour le créateur, et peut se révéler particulièrement judicieux en fonction du type d'œuvre partagée.

204. Les licences *Creative Commons*. Au sein et au-delà du mouvement du libre, les propositions formulées par l'association *Creative Commons*, comptant Monsieur le Professeur Lawrence Lessig parmi ses membres fondateurs, ont rencontré l'adhésion¹⁵⁷.

¹⁵³ S. DUSOLLIER, « Du gratuit au non-exclusif : les nouvelles teintes de la propriété intellectuelle » in IRPI, *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?*, Colloque de l'IRPI, LexisNexis, 2013 p. 40 : « Le *copyleft* retourne le *copyright* comme un gant et ne fait que le déplacer de droite (right) à gauche (left). Il n'abandonne (left) pas davantage le droit (right) intellectuel ».

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 30 : « Mais ces œuvres et inventions libres ne sont pas gratuites par essence : rien n'empêche par exemple les distributeurs de programmes d'ordinateur en open source de monnayer les supports ou leurs services ».

¹⁵⁵ B. JEAN et G. VERCKEN, « Comment encadrer l'utilisation de logiciels « libres » dans les contrats ayant pour objet des logiciels "propriétaires" ? », *Propriétés Intellectuelles*, n° 42, janv. 2012, p. 106 : S'agissant des logiciels, l'apport des licences libres est important : « Un développeur, plutôt que de programmer lui-même tel ou tel module – répondant à un besoin plus ou moins standard – utile à une construction d'ensemble spécifique, peut ainsi aller chercher dans cette vaste offre des développements existants, massivement utilisés, donc déjà testés et débuggés ».

¹⁵⁶ T. DUVILLIÉ, *Droit, œuvres culturelles et évolutions numériques : essai sur l'adaptation du cadre juridique des livres*, Thèse, Nancy, dir. S. EVRARD, 2015, p. 366 : « Le contrat peut s'analyser comme une opportunité visant à favoriser la création intellectuelle par la réutilisation d'une œuvre de l'esprit ».

¹⁵⁷ Le modèle est utilisé par plusieurs instances internationales comme l'UNESCO ou l'OCDE, et notamment par l'encyclopédie Wikipédia qui recourt au *copyleft*.

Fondée en 2001, celle-ci a créé sept licences types, à partir de quatre critères de restriction¹⁵⁸. Seule une partie des licences *Creatives Commons* correspondent aux critères de la licence libre. La logique est identique aux autres licences libres et licences de libre diffusion ; l'auteur va ici se séparer d'une partie de ses droits sur l'œuvre au profit du public¹⁵⁹. Toutefois, c'est l'une des sept licences proposées qui retient particulièrement notre attention : la licence nommée « CC0 ». Celle-ci correspond au stade ultime de renonciation à ses droits par l'auteur puisqu'il s'agit pour lui d'aliéner ses prérogatives de la manière la plus étendue possible¹⁶⁰. Cette licence présente au créateur ses droits comme éteints. Elle pose en conséquence plusieurs questions relatives à la protection de l'auteur auxquelles il nous reviendra de répondre.

205. La licence Art libre. Dernière illustration du mouvement du libre, la licence « Art libre », notamment élaborée à partir des analyses de Madame Mélanie Clément-Fontaine, est une manifestation de la culture libre en France. Cette licence, qui a vocation à s'appliquer aux œuvres de l'esprit, répond à la logique du *copyleft*¹⁶¹. Il est prévu, afin que la licence soit valide, qu'en cas de modification et diffusion d'une œuvre dérivée, que l'utilisateur doit joindre la licence Art Libre aux copies diffusées, signaler au destinataire le nom de chacun des auteurs successifs et lui indiquer où trouver les œuvres d'origine. La licence Art libre distingue trois types d'œuvres : l'œuvre initiale, les œuvres conséquentes et l'œuvre commune. Cette dernière correspond à l'ensemble formé par l'œuvre initiale et les œuvres conséquentes, mettant en avant le caractère participatif de ce type d'œuvre et l'intérêt des licences libres dans le cadre de la création artistique et sa diffusion. Il nous revient à présent d'étudier la formation de ces licences, ainsi que les risques qu'elles présentent pour l'auteur.

¹⁵⁸ Ces critères correspondent à la revendication ou non de la paternité (BY), à la possibilité ou non de créer des œuvres dérivées (ND), à la possibilité d'exploiter l'œuvre commercialement (NC) et à l'obligation ou non de partager l'œuvre sous la licence de l'œuvre initiale (SA).

¹⁵⁹ V. A. DELVOIE, « Les licences *Creative Commons* de mise à disposition d'œuvres en ligne », *Gaz. Pal.*, 2005, n° 109, p. 24.

¹⁶⁰ *Creative Commons*, CC0 1.0 Universel, art. 2 : « Dans la mesure du possible et sans enfreindre la loi en vigueur, le Déclarant affirme par la présente céder, abandonner, et renoncer ouvertement, pleinement, définitivement, irrévocablement et sans conditions à tous ses Droits d'Auteur et Droits Voisins, ainsi qu'à toute prétention, recours et possibilités d'action judiciaire, qu'ils soient à cet instant connus ou inconnus sur l'Œuvre, partout dans le monde, pour la durée maximale prévue par les lois ou traités en vigueur sur n'importe quel support existant ou futur et quel que soit le nombre de copies, et pour toute finalité quelle qu'elle soit, y compris, et sans réserve, les finalités commerciales, publicitaires ou promotionnelles ».

<https://creativecommons.org/publicdomain/zero/1.0/legalcode.fr> (consulté le 22 mars 2019)

¹⁶¹ « Vous pouvez diffuser librement les copies de ces œuvres, modifiées ou non, quel que soit le support, quel que soit le lieu, à titre onéreux ou gratuit » : Licence Art Libre, art. 2.2 : <http://artlibre.org/> (consulté le 21 mars 2019).

206. La mise à disposition de l'œuvre, une sollicitation. Dans le cadre de la licence libre et des licences de libre diffusion, l'auteur, après mise à disposition de l'œuvre, n'entre pas en rapport direct avec l'utilisateur, si ce n'est lorsque ce dernier demande certaines autorisations spécifiques. Il en résulte que la mise à disposition de l'œuvre, accompagnée de la licence, consiste en une offre et, plus précisément, en une sollicitation en ce qu'une simple acceptation entraînera la formation du contrat. C'est la présence de la licence, adjointe à l'œuvre, qui implique l'offre faite à l'utilisateur. Le cocontractant n'est toutefois pas directement identifié. La licence CC0 prévoit en ce sens que « la renonciation est faite au bénéfice de chaque membre du public »¹⁶². La qualité du cocontractant n'est cependant pas totalement indéterminée. En effet, il suffit d'être identifié comme « membre du public » afin de pouvoir contracter. Le caractère général de la licence ne porte donc pas atteinte à son effectivité¹⁶³.

207. L'utilisation de l'œuvre, une acceptation. Concernant la formation du contrat, celle-ci interviendra par la simple utilisation de l'œuvre¹⁶⁴. L'utilisateur ayant pris connaissance du contenu de la licence est, par ce fait même, lié à l'auteur. Toutefois, lorsque l'œuvre est mise à disposition par un utilisateur sans modification, avec qui contractent les nouveaux utilisateurs ? Cette hypothèse ne présente que peu de difficultés dans la mesure où l'auteur de l'œuvre et la licence transmise sont nécessairement identiques¹⁶⁵. Dès lors, peu importe qu'un tiers ait mis l'œuvre à disposition sur une autre plateforme. Lorsque l'œuvre fera l'objet d'une modification, l'utilisateur de l'œuvre dérivée contractera non pas avec l'auteur d'origine, mais avec l'auteur de l'œuvre dérivée. Se construit donc, autour de l'auteur de l'œuvre initiale, un réseau contractuel avec différents embranchements correspondants aux œuvres dérivées. Une fois l'œuvre utilisée, le public sera tenu au respect de celle-ci, non seulement sur le plan contractuel, mais encore – et toujours – sur le fondement délictuel¹⁶⁶. Pourtant, au-delà des

¹⁶² <https://creativecommons.org/publicdomain/zero/1.0/legalcode.fr> (consulté le 22 mars 2019).

¹⁶³ A. LUCAS, H-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 2017, 5ème éd., p. 790 : « Il nous semble cependant que cette mise à disposition, accompagnée des stipulations de la licence qui l'organise, peut être considérée comme une offre faite à personne déterminée et qu'un contrat est bien formé lorsque l'utilisateur décide de profiter des libertés (de copier, de modifier, de diffuser) qui lui sont conférées ».

¹⁶⁴ La validité des licences libres et de libre diffusion a d'ailleurs été reconnue à l'étranger, notamment aux Pays-Bas : Cour de District d'Amsterdam, 9 mars 2006, n° 334492, KG 06-176 SR, *Curry c/ Audax* : V. à ce sujet T. GIRAUD, « Les licences *Creative Commons*, une culture du partage », *Juris art etc.*, 2014, n° 10, p. 36.

¹⁶⁵ M. CLÉMENT-FONTAINE, *Les œuvres libres*, op. cit., p. 87.

¹⁶⁶ A. LUCAS, H-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 713 : « La violation des stipulations de la licence, non seulement pourra être sanctionnée sur le terrain contractuel, mais constituera aussi une contrefaçon ».

utilisateurs et contrefacteurs, le principal danger pour l'auteur ne risque-t-il pas d'être lui-même ?

208. **Une atteinte volontaire aux droits patrimoniaux de l'auteur.** Il existe avant tout un risque pesant sur les droits patrimoniaux de l'auteur. Nous l'avons dit, libre ne signifie pas gratuit. Pour autant, de très nombreux créateurs n'hésitent pas à renoncer à leurs droits en se privant de toute rémunération¹⁶⁷, sans pour autant empêcher une exploitation commerciale de l'œuvre par leurs cocontractants. Bien qu'une telle faculté soit laissée à la discrétion de l'auteur¹⁶⁸, elle ne sert pas nécessairement ses intérêts¹⁶⁹. Il est préférable pour l'auteur d'interdire toute forme d'exploitation commerciale par principe, pour ensuite mieux négocier l'exploitation de l'œuvre par des tiers¹⁷⁰. Quoi qu'il en soit, l'esprit du libre présente un risque car il ne consiste pas en une simple tolérance de la part de l'auteur, mais en une véritable abdication, qui ne permet d'agir contre l'utilisateur qu'en cas de non-respect des termes de la licence¹⁷¹.

209. **Un risque pour les droits moraux de l'auteur ?** Il existe également un risque relatif aux droits moraux de l'auteur. Bien entendu, ces droits sont, par nature, inaliénables et ne peuvent être atteints en théorie. Pourtant, quel que soit le type de licence, le droit de retrait est largement remis en cause. En effet, si l'exercice de ce droit n'est théoriquement pas limité, il le devient en présence de très nombreux cocontractants car l'auteur devra informer les utilisateurs et dédommager les exploitants suite au retrait¹⁷². Sauf à ce que l'œuvre ait connu un succès tout relatif, l'exercice du droit de retrait sera pratiquement impossible dans le cadre des licences libres et de libre diffusion. D'autres inquiétudes peuvent être formulées, notamment au sujet de la licence CC0 évoquée en amont. Dans le cadre de celle-ci, l'auteur déclare renoncer au maximum de ses droits. Certains estiment que « l'usage d'une telle convention est

¹⁶⁷ P. MOURON, « La gratuité d'accès aux biens et produits culturels », *Lamy droit civil*, n° 110, 1^{er} déc. 2013 : « Il est faux de croire que la gratuité serait incompatible avec la propriété littéraire et artistique. Au contraire, à mesure que son champ s'est étendu, la mise à disposition gratuite d'œuvres de l'esprit s'est corrélativement développée avec l'aval des auteurs eux-mêmes ».

¹⁶⁸ CPI, art. L. 122-7-1.

¹⁶⁹ A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 792.

¹⁷⁰ T. GIRAUD, « Les licences *Creative Commons*, une culture du partage », op. cit., p. 36 : « un ayant droit qui diffuse une œuvre en n'autorisant pas son utilisation commerciale pourra lui-même négocier des contrats permettant cette utilisation commerciale par un tiers ».

¹⁷¹ M. CLÉMENT-FONTAINE, *Les œuvres libres*, op. cit., p. 368.

¹⁷² *Ibidem*, p. 116 : « il appartient à l'auteur d'informer chaque licencié de sa décision et d'indemniser le cessionnaire du préjudice résultant de ce retrait ».

manifestement contraire à la loi française qui retient l'inaliénabilité des droits moraux »¹⁷³. Toutefois, la renonciation, dans le cadre de la licence CC0, s'effectue dans la mesure de ce qui est autorisé par les législations nationales, de sorte que cette licence s'avère parfaitement valide. Quand bien même la renonciation d'ordre général serait déclarée nulle, une clause nommée « licence publique supplétive », vient préserver la production des effets de la licence. Dès lors, en droit français, la renonciation sera systématiquement cantonnée aux droits patrimoniaux¹⁷⁴, de sorte que la licence CC0, ou toute autre licence prévoyant une renonciation aussi étendue, ne présente pas de risque sur le plan juridique. Toutefois, les licences libres, qu'elles prévoient ou non la renonciation aux droits moraux, marquent une dynamique contraire au droit d'auteur en ce que le lien entre le créateur et son œuvre apparaît moins robuste. Le risque ne porte donc pas tant sur la protection des seuls droits moraux, mais sur le rapport de l'auteur à son œuvre¹⁷⁵.

II : Le détournement de l'esprit de la propriété littéraire et artistique par les licences libres

210. Une propriété questionnée mais non renversée. Au regard de leurs objectifs et de leur philosophie même, les licences libres favorisent l'accès à l'œuvre de l'esprit et son appropriation, notamment dans le cadre de nouvelles créations. Cette conception apparaît en totale rupture avec le droit positif érigeant en modèle un propriétaire-souverain contrôlant l'accès à son œuvre de façon quasi absolue. Néanmoins, ce renversement apparent de la figure du propriétaire-souverain (A) n'est pas suffisamment efficient pour produire l'effet recherché (B).

A : Le renversement apparent du propriétaire-souverain par les licences libres

211. L'affectation volontaire du bien au domaine public. Dans le cadre des licences libres, l'auteur fait le choix délibéré de se séparer de ses droits patrimoniaux. Il est possible d'y voir un « domaine public consenti » par l'auteur¹⁷⁶, bien que certains auteurs

¹⁷³ T. DUVILLIÉ, *Droit, œuvres culturelles et évolutions numériques : essai sur l'adaptation du cadre juridique des livres*, op. cit., p. 376.

¹⁷⁴ Il est toutefois possible d'envisager une forme de renonciation à une partie du droit au respect de l'œuvre logicielle lorsque des modifications sont permises par le biais de la licence : V. *Ibidem*, p. 378.

¹⁷⁵ M. CLÉMENT-FONTAINE, *Les œuvres libres*, op. cit., p. 358 : la démarche du libre a « une incidence considérable sur les droits moraux dans la mesure où elle tend à distendre le lien qui unit l'auteur et son œuvre ».

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 314 et s.

contestent la possibilité d'une affectation volontaire de l'œuvre au domaine public¹⁷⁷. Cette situation est tout à fait singulière en droit d'auteur où la protection inconditionnelle est de principe pour la durée des droits patrimoniaux¹⁷⁸. Le schéma est ici renversé, l'œuvre devenant accessible en toutes circonstances. Le domaine public consenti se rapproche particulièrement du domaine public classique concernant les licences ne réservant aucun droit à l'auteur. La garantie immédiate d'accès à l'œuvre et sous peu de conditions peut ainsi s'apparenter à une contestation de la logique exclusiviste du droit d'auteur de la part de certains créateurs.

212. Le détournement de l'exclusivité. Dans le cadre des licences libres et de libre diffusion, le détournement de la propriété au profit d'usages non exclusifs¹⁷⁹ devient le principe. En effet, là où la logique du droit d'auteur implique une réservation de l'œuvre et de ses utilités au profit de l'auteur, les licences étudiées conduisent à la disparition du pouvoir d'exclure¹⁸⁰. Il ne faut pas oublier que le modèle exclusiviste de la propriété intellectuelle sert de support à ces nouvelles licences¹⁸¹. Les licences libres utilisent ainsi l'étendue des prérogatives de l'auteur afin que l'exclusivité soit neutralisée par sa propre puissance¹⁸². L'abolition de l'exclusivité est valide puisqu'elle émane de son titulaire, et elle ne saurait être remise en question par la loi au regard du contenu des licences en cause. L'esprit des licences libres conduit donc à la disparition de l'exclusivité accordée à l'auteur¹⁸³.

¹⁷⁷ C. CARON, « L'œuvre libre confrontée à quelques aspects du droit commun des biens et du droit d'auteur », *CCE*, n° 7-8, juill. 2018, étude 12 : « une œuvre libre est bien protégée et ne peut pas être dans le domaine public, même si son auteur le souhaite. Ce n'est donc pas une chose commune qui appartiendrait au fonds commun de l'humanité ».

¹⁷⁸ S. DUSOLLIER, « Le domaine public en droit d'auteur et en droit des brevets » in M. BUYDENS et S. DUSOLLIER, *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, 2008, p. 134 : « En droit d'auteur [...] c'est l'abandon du droit qui doit être expressément formalisé et revendiqué. Le domaine public consenti est dans ce cas plus une exception à la règle que la situation par défaut ».

¹⁷⁹ A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, p. 787.

¹⁸⁰ S. DUSOLLIER, « Du gratuit au non-exclusif : les nouvelles teintes de la propriété intellectuelle » *op. cit.*, p. 41 : Les licences libres « créent du non-exclusif par l'exercice d'une exclusivité » ; S. MERCIER, « Le droit d'auteur au défi des biens communs de la connaissance », *Juris associations*, 2014, n° 501, p. 28 : « Les contenus sous licence *creative commons* ne sont pas seulement partageables, mais aussi et surtout transmissibles de manière non exclusive ».

¹⁸¹ F. MACREZ, *Créations informatiques : bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, Litec, 2011, p. 335 : « le principe même des licences libres procède d'un paradoxe : utiliser le droit d'auteur pour aboutir à une libre reproduction, résultat inverse au principe de restriction et d'autorisation accordé par le monopole ».

¹⁸² F. ORSI, « Réhabiliter la propriété comme *bundle of rights* : des origines à Elinor Ostrom, et au-delà ? », *Revue internationale de droit économique*, t. 28, 2014, n° 3, p. 384 : « en développant un contre-usage du *copyright*, ils ont inventé une nouvelle manière de se saisir du droit de propriété afin de bannir l'exclusion ».

¹⁸³ M. CLÉMENT-FONTAINE, *Les œuvres libres*, *op. cit.*, p. 352 : « Le mouvement du libre oppose donc la mise à disposition de l'œuvre au public à l'effet monopolistique de la propriété intellectuelle en vue de faire échec à ce dernier ».

213. **Le *copyleft*, logique contaminante.** L'atteinte à l'exclusivité sur l'œuvre se limitera à l'œuvre initiale dans le cadre de la plupart des licences de libre diffusion et de certaines licences libres, les œuvres dérivées pouvant faire l'objet de droits exclusifs lorsque leur création est autorisée. Toutefois, comme nous l'avons indiqué, la dynamique est toute autre dans le cadre des licences *copyleft* et autres licences imposant un partage des œuvres dérivées sous la même licence. Lorsqu'une licence de cette famille est utilisée, l'exclusivité sera neutralisée tant pour l'œuvre initiale que pour l'intégralité des œuvres dérivées¹⁸⁴ : l'accès demeurera le principe. La logique du *copyleft* est donc contaminante, et son ampleur peut être considérable si l'œuvre première et ses dérivés connaissent un grand succès. C'est ainsi lorsque l'exclusivité s'exprime avec la plus grande force qu'elle se paralyse le mieux. Là où la réservation devait permettre la protection de l'auteur, le *copyleft* aboutit, par renversement, à son effacement. Encore une fois, preuve est faite que la philosophie des licences libres, licences de libre diffusion, *Creative Commons* et autres *copyleft* est en désunion avec le droit de la propriété littéraire et artistique¹⁸⁵.

214. **Une logique alternative à la réservation propriétaire.** Nous l'avons évoqué, plus qu'un mode alternatif d'exercice des droits d'auteur, le mouvement du libre traduit une véritable volonté de libérer l'accès aux œuvres, en opposition frontale avec la logique du droit positif¹⁸⁶. La réduction de l'importance de l'exclusivité se justifie ici notamment par la recherche d'un plus grand rayonnement de l'œuvre ; le public pouvant plus simplement s'approprier celle-ci par son utilisation ou la création d'œuvres dérivées, la société en profite pleinement. L'étendue actuelle des droits du créateur n'est cependant absolument pas favorable à un tel degré d'accessibilité de l'œuvre au profit du public. Dès lors, le mouvement du libre se présente comme un instrument de rééquilibrage entre les intérêts de l'auteur et de la société dans son ensemble¹⁸⁷. Ainsi, au-delà des contrefacteurs, le droit d'auteur est perçu comme trop rigide et inadapté aux yeux des membres de la culture libre¹⁸⁸. Là où le droit positif perçoit

¹⁸⁴ A. LUCAS, H-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 787.

¹⁸⁵ *Ibidem* : « on devine facilement qu'un tel dessein n'est pas en harmonie avec le droit contractuel d'auteur issu du Code de la propriété intellectuelle ».

¹⁸⁶ S. DUSOLLIER, « Du gratuit au non-exclusif : les nouvelles teintes de la propriété intellectuelle » op. cit., p. 40 : « les licences libres fonctionnant uniquement parce qu'elles reposent sur l'exclusivité du droit, tout en jouant de celui-ci pour imposer des obligations de libertés et une nouvelle idéologie de la propriété intellectuelle ».

¹⁸⁷ M. CLÉMENT-FONTAINE, *Les œuvres libres*, op. cit., p. 353 : « l'équilibre entre les exploitants, le public et l'auteur apparaît rompu, soit que les régimes de protection ont un champ d'application considéré comme trop important [...], soit que la protection accordée semble trop longue ».

¹⁸⁸ E. VERGÈS et C. COURTIAL, « Innovation numérique : réinventer la culture ? », *Juris art etc.*, 2017, n° 45, p. 29 : « Le système des droits d'auteur [...], élaboré à l'ère de l'écrit et particulièrement fort en France, n'est plus du tout adapté à l'ère du numérique et des cultures libres ».

l'auteur comme un éternel adolescent rêveur qui doit être protégé de tout, y compris de lui-même, le mouvement du libre met davantage l'accent sur l'autonomie de la volonté de l'auteur, qui apparaît comme responsable et pleinement apte à évaluer l'opportunité d'un sacrifice d'une partie de ses droits¹⁸⁹. Par son approche, la culture libre propose donc une logique alternative à la réservation propriétaire. Toutefois, si cette contestation du droit de la propriété littéraire et artistique est bien réelle, elle présente l'extrême fragilité de dépendre du système qu'elle dénonce, ne permettant pas un véritable renversement de la figure du propriétaire-souverain.

B : Le renversement inefficace du propriétaire-souverain par les licences libres

215. Effets limités des licences libres. Les licences libres, s'il est indéniable qu'elles produisent un impact sur les pratiques des utilisateurs, n'ont cependant qu'un effet relatif sur le droit de la création immatérielle. D'abord, il faut rappeler que les licences libres n'engagent que ceux qui acceptent de s'y soumettre. La plupart des auteurs font ainsi le choix de conserver la totalité des droits patrimoniaux dont ils disposent sur l'œuvre, tandis que certains utilisateurs décident de ne pas utiliser d'œuvres en *copyleft* afin de ne pas être tenus par certaines clauses lors de la diffusion de leurs œuvres dérivées. Ensuite, les effets des licences libres peuvent également être relativisés au regard de l'incompatibilité entre certaines licences¹⁹⁰. Impossible de prétendre assurer le partage de l'œuvre lorsque doivent être combinées deux créations dont les conditions d'exploitation sont contradictoires. Enfin, les licences libres ne peuvent contorsionner le droit positif sans restriction. C'est notamment la raison pour laquelle, en France, l'auteur ne peut purement et simplement renoncer à son droit de paternité et à ses autres droits moraux. Les licences libres ne constituent donc que l'exception, qu'un usage dont les limites sont cantonnées et dont les effets ne doivent pas être surestimés.

216. Le libre, simple aménagement contractuel. Les licences libres et de libre diffusion constituent d'autant plus l'exception qu'il ne s'agit que d'aménagements contractuels aux prérogatives de l'auteur. Seuls les tenants de la philosophie du libre se

¹⁸⁹ M. CLÉMENT-FONTAINE, *Les œuvres libres*, op. cit., p. 359 : « dans les circonstances du libre, l'auteur est dans une situation d'indépendance où il peut librement choisir le mode de diffusion de ses œuvres qui justifie de lui reconnaître une autonomie plus grande que celle qui résulte de l'application actuelle du droit d'auteur ».

¹⁹⁰ M. VIVANT, « Droit et culture : brèves réflexions sur la propriété intellectuelle à l'épreuve de la mondialisation », *Droit d'auteur et culture*, dir. J-M. BRUGUIÈRE, Dalloz, 2007, p. 32.

plient à ces contrats d'adhésion¹⁹¹. Ces licences semblent ainsi davantage refléter une logique communautaire qu'un mouvement d'ensemble, bien que l'ampleur du phénomène ne puisse être négligée. Dans ces conditions, il est naturel que le principe demeure l'absence d'aménagement contractuel de la part des auteurs d'œuvres de l'esprit. Simple amendement aux prérogatives de l'auteur, les licences libres ne peuvent donc pas prétendre s'émanciper du droit de la propriété littéraire et artistique.

217. Un mouvement libre conditionné par la propriété littéraire et artistique.

Plus que tout autre argument, on ne peut constater une opposition efficace du libre contre la logique exclusiviste dans la mesure où les licences libres sont tributaires du pouvoir d'exclure¹⁹². Si l'exclusivité permet à l'auteur de s'interdire toute exclusion¹⁹³, il s'agit ici davantage d'une manifestation de l'omnipotence de la propriété plutôt que de sa fragilisation. En effet, la renonciation à tout droit subjectif fait pleinement partie de l'assiette de ce droit¹⁹⁴, de sorte que le renoncement à une prérogative n'est qu'une manière atypique d'exercer celle-ci. Partant, les licences libres, contrairement aux apparences, s'intègrent parfaitement à la logique propriétaire et en constituent même l'une des émanations les plus extrêmes : l'abdication est le privilège des rois. En définitive, il est manifeste que les licences libres ne participent pas au renversement de la figure du propriétaire-souverain, bien que leur philosophie y appelle.

218. La reconsidération de l'esprit de la propriété littéraire et artistique.

Les licences libres et de libre diffusion échouent donc à initier un véritable bouleversement du droit de la propriété littéraire et artistique. Évoluant au sein du système qu'elles dénoncent, elles n'en invitent pas moins à reconsidérer l'esprit et la fonction du droit de la propriété littéraire et artistique. Ces licences ont le mérite d'insuffler progressivement dans la société l'idée selon laquelle l'accès devrait être davantage valorisé, même si cela doit s'effectuer au détriment de l'exclusivité. Ainsi, bien plus qu'un simple aménagement contractuel, c'est peut-être une mutation conceptuelle que doit connaître le droit de la création immatérielle.

¹⁹¹ A. CASANOVA, « La licence de logiciel libre est un contrat d'adhésion et l'action visant à faire réparer le dommage de sa violation est de nature contractuelle », *RLDI*, n° 162, 1^{er} août 2019.

¹⁹² M. CLÉMENT-FONTAINE, *Les œuvres libres*, *op. cit.*, p. 357 : « les auteurs qui appréhendent la question sous l'angle juridique constatent que le copyleft ne saurait remplacer le copyright ou le droit d'auteur car il ne s'agit pas d'un régime juridique en soi. Cette notion désigne une catégorie d'œuvre qui existe grâce au copyright ou au droit d'auteur ».

¹⁹³ M. XIFARAS, *Le copyleft et la théorie de la propriété*, *op. cit.*, p. 50 : « Le copyleft utilise l'arme de la propriété comprise comme exclusivité pour exclure l'exclusion ».

¹⁹⁴ J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Bruylant, 1953, 2^{ème} éd. [3^{ème} éd., 1959], p. 65 : « Si, au contraire, l'intérêt protégé par la loi est, de sa nature, privé, tels les intérêts pécuniaires, le particulier, maître de l'intérêt protégé, est toujours libre de ne pas se prévaloir, en l'espèce, du bénéfice de la règle, ou même, positivement, d'y renoncer ».

Néanmoins, cette alternative ne saurait être étudiée que dans l'hypothèse où le droit positif ne parviendrait pas à s'adapter pour intégrer les mutations initiées par Internet.

§ 2 : Les œuvres orphelines et indisponibles, régimes insuffisants au contournement du propriétaire-souverain

219. **L'élaboration du statut des œuvre orphelines et indisponibles.** Face aux enjeux numériques et aux nouvelles possibilités de diffusion de l'œuvre offertes par Internet, le législateur, tant au niveau national qu'eupéen, a souhaité aménager le droit de la propriété littéraire et artistique. Nous nous concentrerons ici sur les régimes de l'œuvre orpheline et de l'œuvre indisponible – bien que d'autres évolutions existent – qui apparaissent particulièrement révélateurs des tentatives d'adaptation du pouvoir législatif face aux enjeux numériques. Dans une certaine mesure, et bien qu'il ne s'agisse pas de l'objectif annoncé, ces régimes participent au contournement de la figure du propriétaire-souverain en portant atteinte à l'étendue de son exclusivité. Nous étudierons donc, dans un premier temps, la flexibilité du statut des œuvres orphelines et indisponibles (I), avant, dans un second temps, de constater que cette flexibilité est incomplète face aux usages numériques (II).

I : La flexibilité du statut des œuvres orphelines et indisponibles

220. **Les affaires *Google books*, prémices d'une réflexion sur l'œuvre indisponible.** L'exploitation et la mise à disposition de l'œuvre au public ne présentent généralement que peu de difficultés lors de la divulgation de celle-ci. Toutefois, à mesure que le temps s'écoule, la création est susceptible de tomber dans l'oubli du fait de la destruction de ses exemplaires, de l'absence de toute nouvelle édition, voire de la disparition de l'auteur ou de ses ayants droit. Le sort réservé aux œuvres orphelines ou indisponibles semblait inéluctable, jusqu'à ce que la technique favorise l'accès à ces œuvres. En effet, Internet et les nouvelles techniques de numérisation permettent la reproduction rapide et la diffusion massive d'œuvres dont l'accès se trouvait paralysé. C'est dans ce contexte que la firme américaine *Google* a mis en place le service *Google books* à partir de l'année 2004. Là où se dressait autrefois un véritable

« *no book's land* »¹⁹⁵, le géant du numérique a procédé à la numérisation de plus de quarante millions d'œuvres littéraires au sein de bibliothèques publiques. Si la reproduction de l'œuvre par *Google* s'opère de façon intégrale et sans autorisation des ayants droit, l'œuvre n'est pas mise à disposition dans son intégralité, mais simplement référencée. Certaines pages sont ainsi directement consultables et des recherches par mots clés sont permises, révélant le contenu de plusieurs paragraphes. L'auteur dispose cependant initialement de la faculté de s'opposer au référencement de son œuvre sur le service de *Google*, selon un système d'*opt out*¹⁹⁶. Dès l'année 2005, de très nombreuses *class actions* ont été déclenchées aux États-Unis d'Amérique par les éditeurs, auteurs et autres ayants droit. En France, une procédure judiciaire a également été engagée par les éditeurs, l'atteinte à leurs droits étant flagrante. Si le contentieux s'est finalement soldé par le rejet des différentes demandes outre-Atlantique¹⁹⁷, les tribunaux français ont condamné la société *Google* au paiement de dédommagements à hauteur de trois cent mille euros¹⁹⁸. Si la firme américaine a été condamnée, il n'en demeure pas moins que ses pratiques ont insufflé une réflexion quant à l'accessibilité des œuvres orphelines et indisponibles. C'est dans ce contexte que l'Union européenne a émis, en 2006, une recommandation¹⁹⁹ en faveur de l'accès à ces œuvres et que la France a mis en place un statut propre aux livres indisponibles.

221. Émergence du statut du livre indisponible. Tentant de s'adapter aux possibilités inédites offertes par Internet et les techniques de numérisation, le législateur français a élaboré un régime spécifique aux livres indisponibles dès 2012²⁰⁰. Ces derniers correspondent aux œuvres littéraires publiées en France avant le XXI^e siècle et ne faisant l'objet d'aucune diffusion commerciale par un éditeur et n'étant publiées ni sous forme physique, ni sous forme numérique²⁰¹. Ces œuvres, dont le nombre était estimé à un

¹⁹⁵ J. PETROU-FRELING, *L'évolution du droit d'auteur à l'heure du livre numérique : les conditions de développement d'un nouveau marché*, Thèse, Paris I, dir. J. FARCHY, 2016, p. 110.

¹⁹⁶ F. BENHAMOU et J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright*, La Découverte, 2007, p. 105.

¹⁹⁷ United States Court of Appeals, Second circuit, 16 oct. 2015, n° 13-4829-cv, *The Authors Guild inc. c/ Google inc.*, (*Gaz. Pal.*, 9 févr. 2016, chron. 31, obs. L. MARINO).

¹⁹⁸ TGI Paris, 18 déc. 2009, n° RG 09/00540, *Éditions du Seuil c/ Google*, (*JCP G*, 2010, p. 247, note A. LUCAS ; *Prop. Intell.*, 2010, n° 34, p. 619, note A. LUCAS ; *JCP G*, 2010, p. 844, note J. GINSBURG et P. SIRINELLI ; *RLDI*, 2010, n° 1848, obs. L. COSTES ; *RDLI*, 2010, n° 1877, obs. A. SINGH ; *CCE*, 2010, n° 5, note F-M. PIRIOU ; *RIDA*, 2010, n° 224, p. 293, note SIRINELLI ; *Gaz. Pal.*, 2010, p. 448, note L. MARINO).

¹⁹⁹ Recommandation 2006/585/CE de la Commission du 24 août 2006 sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et la conservation numérique, 6).

²⁰⁰ Loi n° 2012-287 du 1^{er} mars 2012 relative à l'exploitation numérique des œuvres indisponibles du XX^e siècle.

²⁰¹ CPI, art. L. 134-1 : « On entend par livre indisponible au sens du présent chapitre un livre publié en France avant le 1^{er} janvier 2001 qui ne fait plus l'objet d'une diffusion commerciale par un éditeur et qui ne fait pas actuellement l'objet d'une publication sous une forme imprimée ou numérique ».

demi-million en 2015²⁰², ne demeurent par conséquent accessibles qu'en bibliothèque ou sur le marché de l'occasion²⁰³. Afin de répertorier ces créations, était créé, au sein de la Bibliothèque nationale de France, le registre des livres indisponibles en réédition électronique (ReLIRE). Celui-ci avait pour fonction de recenser les livres indisponibles signalés par les internautes au sein d'une base de données. Passé un délai de six mois suivant l'inscription d'une œuvre sur la base de données, la société de perception et de redistribution des droits (SPRD) compétente pouvait autoriser la reproduction et la représentation de l'œuvre littéraire, mais uniquement sous une forme numérique²⁰⁴. La SPRD proposait ainsi prioritairement à l'éditeur de la version imprimée de procéder à la diffusion numérique de l'œuvre. S'il ne donnait pas une suite favorable dans un délai de deux mois, la SPRD se trouvait alors en droit de fournir une autorisation d'exploitation numérique aux éditeurs de son choix, cette autorisation étant limitée à cinq ans et ne pouvant être exclusive²⁰⁵. Il était prévu, jusqu'à l'abrogation de cette disposition en 2015, que la SPRD devait autoriser gratuitement la représentation et la reproduction des œuvres lorsqu'aucun titulaire du droit de reproduction sous forme imprimée n'a pu être identifié dans un délai de dix ans suivant la première autorisation d'exploitation²⁰⁶. L'auteur semblait quelque peu laissé pour compte dans ce dispositif centré sur l'éditeur et la SPRD compétente. Il était toutefois prévu que durant le délai de six mois suivant l'inscription de l'œuvre sur le ReLIRE, l'auteur disposait du droit de s'opposer à l'exploitation de son œuvre sous forme numérique. Passé ce délai, seule une atteinte à son honneur ou à sa réputation était susceptible d'entraîner la cessation de la mise à disposition de l'œuvre. Si l'éditeur de la version papier disposait d'un droit équivalent, il se trouvait cependant tenu d'exploiter lui-même l'œuvre dans un délai de deux ans suivant son opposition. Néanmoins, le régime du livre indisponible présentait d'importantes failles qui ont conduit à sa censure.

222. Censure du régime des livres indisponibles. Le régime encadrant le livre indisponible ne s'inscrit pas en pure harmonie avec la philosophie du droit de la propriété littéraire et artistique. Reposant notamment sur une logique d'*opt out*, ce système a légitimement suscité la fébrilité de certains auteurs et la critique d'une partie de la doctrine. Monsieur le Professeur Pierre-Yves Gautier décèle notamment dans ce régime une forme

²⁰² A. LATREILLE, « L'écrivain saisi par la numérisation : regard croisé sur le régime du contrat d'édition, des œuvres orphelines et des livres indisponibles », *Cahiers Droit, sciences et technologies*, n° 5, 2015.

²⁰³ F. POLLAUD-DULIAN, « Livres indisponibles. Licence légale. Œuvres orphelines. Numérisation. Bibliothèque », *RTD com.*, 2012, p. 337.

²⁰⁴ CPI, art. L. 134-3.

²⁰⁵ F. POLLAUD-DULIAN, « Livres indisponibles. Licence légale. Œuvres orphelines. Numérisation. Bibliothèque », *op. cit.*, p. 337.

²⁰⁶ CPI, art. L. 134-8, abrogé par la loi n° 2015-195 du 20 févr. 2015.

d'expropriation partielle de l'auteur, la gestion de ses droits de reproduction numérique pouvant lui échapper²⁰⁷. Surtout, c'est la place réservée à l'éditeur au sein du dispositif qui a suscité les plus grandes craintes. En effet, le rapport de force entre auteur et éditeur semble évoluer en défaveur du créateur avec ce régime²⁰⁸. L'éditeur de la version imprimée voit, d'une certaine manière, ses droits étendus aux usages numériques s'il le souhaite, l'auteur ne pouvant que s'opposer à l'exploitation numérique dans un délai circonscrit et sans être activement interpellé. La constitutionnalité de la loi instaurant le régime du livre indisponible a alors été questionnée peu de temps après sa promulgation. En 2014, le Conseil constitutionnel rendait une décision dans laquelle il jugeait que le mécanisme issu de la loi ne constituait pas une privation de propriété, ajoutant que l'atteinte aux droits de l'auteur, si elle était indéniable, n'était pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi²⁰⁹. Toutefois, si le juge national n'a pas procédé à la censure de la loi, ce n'est pas le cas du juge européen, la CJUE ayant déclaré illégal le régime du livre indisponible. Le principal grief résidait dans l'absence de prise de contact avec l'auteur afin qu'il puisse manifester son éventuel refus²¹⁰. Il était également reproché au dispositif français de faire peser sur l'auteur la charge de la preuve de l'absence de tout autre ayant droit sur l'œuvre concernée. Face à ce revers, il aurait été possible d'aménager le régime du livre indisponible pour le mettre en conformité avec le droit communautaire²¹¹. Néanmoins,

²⁰⁷ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2019, 11^{ème} éd., p. 582.

²⁰⁸ F. MACREZ, « L'exploitation numérique des livres indisponibles : que reste-t-il du droit d'auteur ? », *D.*, 2012, p. 749 : « Il est regrettable que le législateur ait sacrifié les principes d'un droit respectueux des auteurs à des intérêts marchands privés et immédiats, donnant au public un visage déformé de la matière » ; V. ég. F. POLLAUD-DULIAN, « Livres indisponibles. Licence légale. Œuvres orphelines. Numérisation. Bibliothèque », *op. cit.*, p. 337 : « Le dispositif est très complexe et les intentions du législateur semblent surtout avoir été de débrouiller la situation des éditeurs, davantage que de favoriser les auteurs des œuvres que ceux-là n'exploitaient plus ».

²⁰⁹ Cons. const., 28 févr. 2014, QPC n° 2013-370, (*CCI*, 2014, ét. 6, obs. BRUGUIÈRE ; *RLDI*, avr. 2014, n° 3424, note E. DERIEUX ; *Prop. Intell.*, 2014, n° 51, p. 169, obs. A. LUCAS) : « le régime de gestion collective applicable au droit de reproduction et de représentation sous forme numérique des "livres indisponibles" n'entraîne pas de privation de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789 ; que, d'autre part, l'encadrement des conditions dans lesquelles les titulaires de droits d'auteur jouissent de leurs droits de propriété intellectuelle sur ces ouvrages ne porte pas à ces droits une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi ».

²¹⁰ CJUE, 16 nov. 2016, n° C-301/15, *Soulier et Dok c/ France*, (*Dalloz actualité*, 2 déc. 2016, obs. J. DALEAU ; *D.*, 2017, p. 84, note F. MACREZ ; *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 108, obs., V-L. BENABOU ; *RLDI*, déc. 2016, p. 12, note E. DERIEUX ; *Légipresse*, 2017, p. 96, note P. BOIRON et A. LE DORÉ ; *Prop. Intell.*, 2017, n° 62, p. 30, note J.-M. BRUGUIÈRE ; *LEPI*, janv. 2017, p. 2, obs. C. BERNAULT) : « il ne ressort pas de la décision de renvoi que ladite réglementation comporte un mécanisme garantissant l'information effective et individualisée des auteurs. Il n'est donc pas exclu que certains des auteurs concernés n'aient en réalité pas même connaissance de l'utilisation envisagée de leurs œuvres, et donc qu'ils ne soient pas en mesure de prendre position, dans un sens ou dans un autre, sur celle-ci. Dans ces conditions, une simple absence d'opposition de leur part ne peut pas être regardée comme l'expression de leur consentement implicite à cette utilisation ».

²¹¹ P. BOIRON et A. LE DORÉ, « La CJUE donne un coup d'arrêt à l'exploitation sous la forme numérique des livres indisponibles », *Légipresse*, 2017, p. 96.

le ReLIRE fut abandonné, la France préférant attendre une directive européenne posant un régime général au profit des œuvres indisponibles.

223. Notion d'œuvre orpheline. La loi instaurant le statut du livre indisponible avait, déjà en 2012, modifié le Code la propriété littéraire et artistique pour y introduire la notion d'œuvre orpheline. Celle-ci est définie comme toute œuvre protégée et divulguée, dont les titulaires de droits ne peuvent être identifiés au terme de recherches diligentes, avérées et sérieuses²¹². Néanmoins, à cette époque, aucun régime n'accompagnait cette notion, celle-ci ne faisant qu'annoncer un chantier à venir²¹³. Ces créations furent enfin dotées d'un régime en 2015²¹⁴, le statut de l'œuvre orpheline, à l'instar de celui encadrant le livre indisponible, favorisant l'accès à certaines œuvres de l'esprit. Toutefois, le régime instauré en 2015 est loin de concerner l'ensemble des œuvres orphelines telles que définies en 2012. Ne sont effectivement concernées que les œuvres publiées sous la forme de livres, revues, journaux, magazines ou autres écrits faisant partie des bibliothèques accessibles au public, des musées et autres institutions et services d'archives²¹⁵. À ces œuvres s'ajoutent les créations audiovisuelles ou sonores produites par ces mêmes institutions avant 2003 ainsi que toute œuvre qualifiée d'orpheline dans un autre état membre de l'Union européenne. Sont explicitement exclues les photographies et images fixes qui existent en tant qu'œuvres indépendantes. Il en résulte que la notion d'œuvre orpheline peut connaître deux acceptions différentes en droit de la propriété littéraire et artistique.

224. Statut de l'œuvre orpheline. Le régime reconnu aux œuvres orphelines précédemment ciblées vise notamment leur représentation au public de même que leur reproduction « à des fins de numérisation, de mise à disposition, d'indexation, de catalogage, de préservation ou de restauration »²¹⁶. Les organismes détenteurs de ces œuvres peuvent les utiliser en ce sens à condition que cette utilisation intervienne dans le cadre de leurs missions culturelles, éducatives et de recherche et sous réserve d'un strict respect du droit moral de l'auteur. S'il est formellement interdit à ces institutions de poursuivre tout but lucratif, elles sont cependant habilitées à percevoir des recettes afin de couvrir les frais de numérisation, pour une

²¹² CPI, art. L. 113-10

²¹³ M. LEAFFER, « Les œuvres orphelines ont droit à un domicile » in A. LUCAS (en l'honneur de), *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 514 : « S'il n'est pas résolu, le problème des œuvres orphelines constitue un affront au système du droit d'auteur qui dégrade la croyance dans le bon fonctionnement de la loi et l'appréciation de ses objectifs ».

²¹⁴ Loi n° 2015-195 du 20 févr. 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, art. 3 et s.

²¹⁵ CPI, art. L. 135-1

²¹⁶ CPI, art. L. 135-2

durée maximum de sept ans. Deux conditions sont cependant impératives avant de procéder à la mise à disposition de l'œuvre. D'une part, l'organisme doit s'être assuré, à travers des recherches diligentes, que l'œuvre est véritablement orpheline. D'autre part, une fois ces recherches effectuées, le résultat infructueux des recherches doit être communiqué au ministre de la Culture en vue de l'enregistrement de l'œuvre sur une base de données répertoriant l'ensemble des œuvres orphelines. Par la suite, tout organisme disposant des œuvres du même auteur sera dispensé de procéder à la recherche du créateur. Toutefois, si ce dernier vient à se faire connaître après la mise à disposition de son œuvre, il est en droit d'exiger la cessation de toute diffusion et a droit à une indemnité²¹⁷. Il en résulte que le statut de l'œuvre orpheline s'avère plus respectueux des droits de l'auteur, dans la mesure où des recherches sont initiées pour obtenir son accord concernant l'utilisation de l'œuvre. De plus, ce régime délimite très strictement les œuvres concernées et les organismes habilités tout en prohibant l'exploitation commerciale de l'œuvre²¹⁸.

225. Critique du régime des œuvres orphelines. Ce statut reconnu à certaines œuvres orphelines n'a pas été sans heurter une partie des spécialistes. Notamment, Monsieur le Professeur Emmanuel Derieux questionne les raisons ayant mené à l'instauration de ce régime. Certes, certains arguments de nature culturelle sont mis en avant pour soutenir ce statut, mais faut-il pour autant rendre l'œuvre accessible avant même l'extinction des droits patrimoniaux²¹⁹ ? Il est vrai que le statut de l'œuvre orpheline court-circuite en partie la logique exclusiviste, rendant l'œuvre accessible au public sans qu'une autorisation ne soit nécessaire. Cependant deux arguments importants peuvent être opposés à cette critique. Premier argument, la dérogation à l'obtention de l'accord de l'auteur est légitime au regard de la nature même des œuvres concernées : des créations pour lesquelles il est raisonnablement impossible d'identifier le créateur. Dans ce contexte, la mise à disposition de l'œuvre pour le futur est conditionnée à la réapparition hypothétique de l'auteur. Les droits patrimoniaux sur l'œuvre étant – virtuellement – perdus, une dérogation à l'exclusivité se trouve justifiée. Second argument, l'utilisation de l'œuvre sans autorisation de l'auteur se trouve d'autant plus justifiée que le droit patrimonial reconnu en droit positif est particulièrement long. Dans l'hypothèse où ce droit

²¹⁷ CPI, art. L. 135-6

²¹⁸ A titre de comparaison, le Japon autorise l'exploitation commerciale des œuvres orphelines par le biais de licences obligatoires : M. LEAFFER, « Les œuvres orphelines ont droit à un domicile » *op. cit.*, p. 515.

²¹⁹ E. DERIEUX, « Œuvres orphelines ou état de déshérence ? Le droit d'auteur réduit comme peau de chagrin », *RLDI*, n° 90, 1^{er} févr. 2013 : « Y a-t-il cependant une telle urgence et nécessité que [...] l'on ne puisse pas attendre qu'elles soient "tombées dans domaine public" » ; V. ég. F. POLLAUD-DULIAN, « Utilisations autorisées des œuvres orphelines », *RTD com.*, 2012, p. 783 : Sur les œuvres orphelines : « Dans une époque où l'immédiateté est de mise (et l'Internet n'y contribue pas peu), cette sorte de patience est ressentie comme intolérable ».

serait d'une durée relativement brève, l'évanouissement de l'auteur serait d'un faible impact, l'œuvre n'ayant alors que rarement le temps de sombrer dans l'oubli. Toutefois, face à un délai de soixante-dix ans *post mortem auctoris*, l'absence de tout contact avec l'auteur contrarie l'intérêt de la société, qui pourrait accéder à l'œuvre et la préserver par divers procédés. Le régime de l'œuvre orpheline se trouve également critiqué en ce qu'il priverait les ayants droit de leur rémunération²²⁰. Cette critique ne nous semble cependant pas suffisamment fondée. De quelle rémunération l'auteur se trouve-t-il privé lorsque son œuvre est exploitée, là où elle ne l'aurait jamais été tenant son désintéressement de l'œuvre ? Au contraire, si l'auteur se manifeste après sa mise à disposition, il percevra une juste indemnité et sera en droit de s'opposer à la poursuite de toute diffusion de sa création. Le régime de l'œuvre orpheline, bien que flexible, représente donc un compromis particulièrement favorable aux intérêts de l'auteur.

226. Instauration d'un statut de l'œuvre indisponible. À la suite de la censure du dispositif encadrant les livres indisponibles par la CJUE, l'Union européenne a finalement impulsé un régime spécifique aux œuvres indisponibles par une directive de 2019²²¹, transposée dans l'ordre interne par ordonnance en 2021²²². Ainsi, au sens du droit positif, est indisponible l'œuvre protégée dont on peut présumer de bonne foi, au terme d'efforts raisonnables d'investigation, qu'elle n'est pas mise à la disposition du public via les circuits de distribution commerciaux habituels²²³. Pour qu'une œuvre soit qualifiée d'indisponible, il faut en outre que sa première publication ou communication au public remonte à trente ans ou plus²²⁴. Toutefois, des exceptions spécifiques sont prévues pour certains ensembles d'œuvres, notamment lorsqu'elles n'ont pas été diffusées pour la première fois sur le territoire de l'Union européenne. Au regard de cette définition, le cumul entre œuvre indisponible et œuvre orpheline

²²⁰ E. DERIEUX, « Œuvres orphelines ou état de déshérence ? Le droit d'auteur réduit comme peau de chagrin », *op. cit.*, : « Une telle mise à disposition de ce type d'œuvres risque, par cette nouvelle forme de collectivisation sinon d'expropriation du droit d'auteur [...] de porter atteinte à leur exploitation commerciale et de priver les différents titulaires de droits de leur juste et nécessaire rémunération » ; V. *contra* A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2010, 3^{ème} éd., p. 753 : « lorsqu'un auteur ne maintient pas une relation régulière avec son éditeur, pour s'assurer notamment de l'édition permanente et suivie de ses ouvrages, et que par voie de conséquence il ne perçoit pas ou plus de redevances pour l'exploitation de ses œuvres, il manifeste ainsi son désintérêt pour ses œuvres. Dans ce contexte on ne peut donc parler de "dépossession" dans l'hypothèse où ses œuvres seraient numérisées et mises à la disposition de tous sur Internet ».

²²¹ Directive 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, Titre III.

²²² Ordonnance n° 2021-1518 du 24 nov. 2021 complétant la transposition de la directive 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, art. 5.

²²³ Il est à noter que la notion d'œuvre indisponible ne se confond pas avec celle d'œuvre épuisée, cette dernière ne faisant simplement plus l'objet de rééditions de la part de l'éditeur au sens de l'article L. 132-17 du CPI.

²²⁴ CPI, art. L. 138-1.

apparaît parfaitement autorisé dans certaines circonstances, les deux régimes pouvant trouver application pour un même objet²²⁵. Dès lors que le caractère indisponible de l'œuvre sera établi, la gestion des droits portant sur celle-ci sera confiée à la SPRD compétente, la gestion collective s'imposant en la matière. La société de perception et de répartition des droits sera alors en mesure d'autoriser la reproduction et la représentation de l'œuvre à titre non exclusif et à des fins non commerciales auprès de certains organismes parmi lesquels : les bibliothèques accessibles au public, les musées et services d'archives. Là encore, les conditions permettant l'utilisation de l'œuvre sont strictement encadrées et, à l'instar du mécanisme relatif aux œuvres orphelines, l'auteur et ses ayants droit disposeront du droit de s'opposer à la mise à disposition de l'œuvre à tout moment²²⁶.

227. La finalisation du statut des œuvres orphelines et indisponibles. L'étude du régime des œuvres orphelines et indisponibles conduit à admettre leur finalisation, notamment au profit d'un plus grand accès à l'œuvre²²⁷. La communication des créations au public, notamment organisée par le biais de bibliothèques, de services d'archives ou de musées revêt une véritable dimension culturelle. En consacrant une forme de « domaine pré-public »²²⁸, ces différents régimes organisent la diffusion de contenus culturels qui seraient d'ordinaire condamnés à la confidentialité. Cette finalité peut notamment être décelée au sein du préambule de la directive relative aux œuvres indisponibles, précisant que le nouveau régime est édicté « en vue d'assurer un accès plus large aux contenus »²²⁹. L'existence de ces régimes et leur finalisation en ce sens s'avère aujourd'hui primordiale puisqu'environ soixante pour cent des œuvres protégées sont aujourd'hui indisponibles ou orphelines²³⁰. La préservation et la diffusion de cet important patrimoine est donc indispensable et entraîne inévitablement une réflexion sur la fonction sociale du droit de la propriété littéraire et artistique²³¹. Faut-il, dans le prolongement de la conception personnaliste, assurer une totale maîtrise de l'auteur sur sa

²²⁵ M. VIVANT et J-M BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2019, 4^{ème} éd., p. 700.

²²⁶ CPI, art. L. 138-4.

²²⁷ F. POLLAUD-DULIAN, « Utilisations autorisées des œuvres orphelines », *op. cit.*, p. 783 ; V. ég. sur les œuvres orphelines B. GALOPIN, « Le régime des œuvres orphelines... adopté », *Juris art etc.*, 2015, n° 27, p. 27.

²²⁸ A. LATREILLE, « L'écrivain saisi par la numérisation : regard croisé sur le régime du contrat d'édition, des œuvres orphelines et des livres indisponibles », *op. cit.*

²²⁹ Directive 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, cons. 3.

²³⁰ J. PETROU-FRELING, *L'évolution du droit d'auteur à l'heure du livre numérique : les conditions de développement d'un nouveau marché*, *op. cit.*, p. 166 ; V. ég. sur les œuvres orphelines A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 752.

²³¹ J. GROFFE, « L'œuvre orpheline saisie par le droit, entre impératif de protection et objectif de diffusion », *RLDI*, n° 78, 1^{er} janv. 2012 : « L'analyse des objectifs de la directive [relative aux œuvres orphelines] permet donc de penser que le droit d'auteur est moins considéré comme un droit à sauvegarder que comme une limite – qu'il convient d'aménager – à la diffusion de la connaissance par le recours à la technique de la numérisation ».

création ? Faut-il au contraire, mobilisant davantage une conception utilitariste, s'assurer d'une diffusion optimale de l'œuvre dans la société ? En accordant un peu plus de place qu'auparavant à la vision utilitariste, les régimes associés aux œuvres orphelines et indisponibles participent à un assouplissement timide de la logique du droit de la propriété littéraire et artistique. Cet assouplissement, conduisant à favoriser l'accès à l'œuvre, n'est cependant pas sans questionner la place de l'exclusivité au sein du droit positif.

228. Une reconsidération de l'étendue de l'exclusivité par le droit positif.

Le régime de l'œuvre orpheline et celui de l'œuvre indisponible ont pour principal point commun de permettre la représentation et la reproduction d'une œuvre sans autorisation des ayants droit, notamment de l'auteur²³². C'est en ce sens que ces régimes participent au contournement de la figure du propriétaire-souverain. Considérant la diffusion de l'œuvre comme nécessaire, les législateurs français et européens ont donc créé des limites non négligeables à l'exclusivité de l'auteur, faisant primer la communication des créations dans certaines circonstances. Cette solution s'impose dans la mesure où l'application du droit de la propriété littéraire et artistique conduit, dans ces situations, à verrouiller l'accès aux œuvres sans véritablement protéger les intérêts patrimoniaux de l'auteur. Un tel effet, contraire à la fonction sociale que devrait poursuivre la matière, justifie pleinement une limitation de l'étendue de l'exclusivité reconnue aux ayants droit²³³. Il en résulte que, si l'exclusivité peut présenter bien des avantages en droit positif, elle devient rapidement encombrante lorsque l'œuvre n'est plus exploitée ou que l'auteur vient à disparaître. En passant outre l'autorisation des ayants droit, ces régimes participent donc à la flexibilisation du droit de la propriété littéraire et artistique. Néanmoins, peut-on considérer que les statuts de l'œuvre orpheline et du livre indisponible, ainsi que les ajustements qui les accompagnent, suffisent à l'adaptation du droit de la création immatérielle aux enjeux numériques ? Voyons à présent pour quelles raisons ces régimes ne permettent pas d'offrir une souplesse satisfaisante en la matière.

²³² F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2014, 2^{ème} éd., p. 788 : « alors que la gestion collective traditionnelle repose sur une volonté d'adhésion des titulaires de droits, ici [concernant le régime du livre indisponible] elle s'appuie sur l'absence de volonté exprimée de ne pas participer ».

²³³ A. BOISSON, « Livres indisponibles du XX^{ème} siècle : une page se tourne », *Juris art etc.* 2013, n° 7, p. 18 : « Sur le fond, le mécanisme peut heurter un droit d'auteur vénérable, mais froid et virtuel car portant sur des œuvres que l'on ne lira plus. Dans l'univers tangible, ce système ne lésera personne : il prendra place sur le néant, l'absence d'accès, et perturbera heureusement la vocation normale des personnes et des choses à l'oubli ».

229. **Une souplesse restreinte par la logique propriétaire.** Si les statuts des œuvres indisponibles et orphelines témoignent d'une prise en compte progressive des enjeux liés au numérique, l'évolution qui les accompagne se trouve inexorablement freinée par la nature même du mode de réservation consacré par le droit positif. Nous observerons ainsi que les régimes des œuvres orphelines et indisponibles permettent un assouplissement limité du droit de la création immatérielle (A), avant d'expliquer ce phénomène par la rigidité inhérente à l'esprit propriétaire (B).

A : Un assouplissement limité du droit de la création immatérielle

230. **Limites aux régimes des œuvres orphelines et indisponibles.** Les régimes accompagnant l'œuvre indisponible et l'œuvre orpheline, s'ils induisent un questionnement relatif à la fonction sociale du droit de la création immatérielle, ne permettent cependant pas un véritablement contournement du propriétaire-souverain. En effet, ces statuts ne représentent que des dérogations à une exclusivité de principe, atteintes, au surplus, particulièrement ciblées. Si le régime du livre indisponible était limité par la nature des œuvres qu'il concernait²³⁴, les dispositions relatives aux œuvres orphelines et indisponibles n'en sont pas moins étriquées. Concernant les œuvres indisponibles, la première divulgation ou exploitation devant remonter à au moins trente ans, de nombreuses créations sont susceptibles de se retrouver exclues du dispositif, alors même qu'elles n'ont fait l'objet que d'une très brève exploitation. En outre, le fait que toute exploitation commerciale soit prohibée constitue une limite supplémentaire, bien que celle-ci puisse se justifier. Surtout, l'ampleur du régime de l'œuvre indisponible se trouve limitée au regard de la liste restreinte d'établissements susceptibles d'obtenir une autorisation de représentation ou de reproduction. Ne peut-on pas concevoir que l'utilisation de l'œuvre indisponible, même à titre non commercial, puisse s'étendre au-delà des musées, services d'archives et bibliothèques ? À travers le régime de l'œuvre indisponible, on perçoit bien que le législateur s'astreint à une particulière vigilance en vue de ne pas porter une atteinte

²³⁴ A. LATREILLE, « L'écrivain saisi par la numérisation : regard croisé sur le régime du contrat d'édition, des œuvres orphelines et des livres indisponibles », *op. cit.*

trop forte à la propriété de l'auteur. Cette retenue, ces limitations s'expliquent donc largement par la nature même du droit octroyé au créateur et à l'ampleur de son exclusivité.

231. Souplesse limitée du statut des œuvres orphelines. S'agissant du régime des œuvres orphelines, cette limitation est également particulièrement visible. Leur statut est effectivement caractérisé par un cadre assez similaire à celui des œuvres indisponibles. D'une part, les organismes étant habilités à utiliser ces créations sont directement visés par l'article L. 135-1 du CPI, limitant la liste des potentiels titulaires d'une autorisation, bien que les usagers en soient bénéficiaires par ricochet. D'autre part, ces organismes ne peuvent poursuivre aucun but lucratif, limitant les utilisations licites de l'œuvre. En outre, le régime des œuvres orphelines est spécifiquement réservé aux écrits présents dans les collections des organismes mentionnés ainsi qu'à certaines œuvres audiovisuelles ou sonores. L'exclusion des photographies et images fixes en tant qu'œuvres indépendantes représente également une limite non négligeable au dispositif. Cette exclusion est d'ailleurs assez étonnante dans la mesure où les demandes relatives à un régime spécifique aux œuvres orphelines s'articulaient souvent autour des photographies²³⁵. Il en résulte que le régime de l'œuvre orpheline se trouve lui aussi particulièrement encadré, là où certains réclamaient que d'autres acteurs puissent bénéficier d'autorisations²³⁶. En définitive, loin de constituer une véritable remise en cause de l'esprit propriétaire au sein du droit de la création immatérielle, les régimes de l'œuvre orpheline et de l'œuvre indisponible se présentent essentiellement comme des entorses chirurgicales au droit exclusif de l'auteur. Dans ce contexte, l'assouplissement limité de la matière conduit à l'émergence de pratiques inédites.

232. L'abandogiciel, preuve de l'insuffisance du statut des œuvres orphelines et indisponibles. Face à la rigidité du droit de la propriété littéraire et artistique et sa trop timide adaptation, de nouvelles utilisations n'ont pas tardé à apparaître et se développer, comme en matière de photographie avec l'usage d'œuvres photographiques orphelines sous la mention droits réservés (DR)²³⁷. Nous souhaitons cependant ici illustrer notre propos par un exemple bien moins souvent évoqué : celui de l'abandogiciel. L'abandogiciel, traduction du terme anglais *abandonware*, est un logiciel, utilitaire ou vidéoludique, prétendument abandonné par

²³⁵ B. GALOPIN, « Le régime des œuvres orphelines... adopté », *op. cit.*, p. 27 : « Sur le fond, l'exclusion des œuvres visuelles peut surprendre, alors que les photographies en particulier sont la catégorie pour laquelle la création d'un régime spécifique faisait traditionnellement l'objet des réclamations les plus pressantes ».

²³⁶ M. LEAFFER, « Les œuvres orphelines ont droit à un domicile » *op. cit.*, p. 515.

²³⁷ A. LATREILLE, « L'écrivain saisi par la numérisation : regard croisé sur le régime du contrat d'édition, des œuvres orphelines et des livres indisponibles », *op. cit.*

son exploitant car non commercialisé depuis une certaine durée. Dès lors qu'une œuvre se trouve qualifiée d'abandogiciel par une communauté, elle fait l'objet d'une mise à disposition à titre gratuit sur une plateforme au profit de tout internaute²³⁸. Ainsi, l'abandogiciel se rapproche particulièrement des œuvres indisponibles et de certaines œuvres orphelines en ce qu'un élément fait obstacle à la mise à disposition de l'œuvre au public : l'absence de trace de l'ayant droit ou son désintérêt pour l'œuvre²³⁹.

233. Les œuvres qualifiées d'abandogiciels. La pratique de l'*abandonware* est loin de concerner l'intégralité des œuvres de l'esprit. Le champ de l'abandogiciel fait l'objet d'une délimitation différente par chaque communauté s'intéressant à la question. Les plateformes concernées, malgré le caractère illégal de leurs pratiques, se soumettent donc à une forme d'éthique. Par exemple, la communauté française, opérant notamment depuis le site *abandonware France* et s'intéressant essentiellement aux œuvres vidéoludiques, a établi une série de critères en vue de définir l'abandogiciel. Avant toute chose, l'œuvre ne doit plus être commercialisée dans sa version francophone sur le territoire national, un trait la rapprochant de l'œuvre indisponible. Parmi les règles édictées, se démarque également celle selon laquelle la première distribution de l'œuvre considérée ne doit jamais remonter à moins de vingt ans²⁴⁰, le délai étant plus court que celui édicté par la loi au sujet des œuvres indisponibles. Autre élément déterminant, l'ayant droit ne doit jamais s'être prononcé contre une mise à disposition de ses œuvres inexploitées à titre gratuit ; toute demande de retrait adressée aux administrateurs du site serait immédiatement exécutée²⁴¹. La logique liée à la diffusion des abandogiciels est donc éloignée de celle animant la plupart des contrefacteurs. Au regard de ces premiers éléments, le recours aux abandogiciels relève, à l'instar des pratiques liées aux licences libres et de libre diffusion, d'une volonté de favoriser l'accès aux œuvres dans l'univers numérique.

²³⁸ Le financement de la plateforme mettant à disposition les abandogiciels sera le plus souvent assuré par la publicité où les dons des utilisateurs et non par une commercialisation des œuvres en question.

²³⁹ D. W. K. KHONG, « Orphan works, abandonware and the missing market for copyrighted goods », *International journal of law and information technology*, Oxford university press, 2007, vol. 15, n° 1, p. 56 : « The key difference between orphan works and abandonware is that the problem of abandonware is the nonavailability of a copyrighted work while the problem of orphan works is the non-locatability of the copyright owner ».

²⁴⁰ <https://www.abandonware-france.org/definition/> (consulté le 17 mars 2022).

²⁴¹ *Ibidem* : « *Abandonware France* s'engage à retirer immédiatement de ses serveurs tous jeux dont la commercialisation a repris ou dont les ayants droit ont contacté les administrateurs pour demander à ce que leurs jeux ne soient plus distribués gratuitement sur le site »

234. **L’abandon, notion inadéquate.** L’utilisation du terme « abandon », pour faire référence à cette pratique, apparaît plus que contestable. En effet, l’abandon, quand il ne concerne pas les personnes physiques, se définit simplement comme la « renonciation à un droit »²⁴². Au sens du droit civil, la chose abandonnée devient *res derelictae*, la chose livrée au prochain occupant. Toutefois, concernant un bien immatériel, l’abandon ne peut se déduire du simple non-usage, et cela d’autant en matière de propriété littéraire et artistique. Les droits patrimoniaux ne s’éteignent bien entendu pas par non-usage. Il s’agit d’ailleurs de l’un des caractères que la propriété littéraire et artistique partage avec la propriété civiliste. L’inexploitation d’une œuvre n’implique en rien la renonciation aux droits qui l’accompagnent en droit positif. D’ailleurs, rien n’empêche, après une très longue durée d’inexploitation, de reprendre la commercialisation de l’œuvre ; ni le droit à rémunération, ni la faculté d’exploiter l’œuvre ne sont abandonnés par l’ayant droit. Ainsi, dire de ces œuvres qu’elles sont abandonnées par leur titulaire est juridiquement erroné.

235. **Une pratique illégale.** Bien entendu, les pratiques entourant l’abandogiciel sont parfaitement illégales : elles constituent des contrefaçons de l’œuvre captée²⁴³. Il y a lieu de rappeler à ce stade que les technologies nécessaires au fonctionnement de logiciels sont relativement récentes. L’œuvre n’étant pas tombée dans le domaine public²⁴⁴ et les plateformes ne disposant d’aucune autorisation des ayants droit pour une mise à disposition à titre gratuit, la solution ne fait aucun mystère... Il en résulte qu’il n’existe aucune différence, en termes de qualification, entre le piratage de masse et les pratiques liées aux abandogiciels²⁴⁵. Ceux qui pratiquent l’abandogiciel ont pleinement conscience de l’illégalité de leurs pratiques²⁴⁶, mais s’abritent derrière la légitimité proclamée de leur action. Pourtant, dans les faits, les approches du contrefacteur et de l’adepte de l’abandogiciel sont radicalement opposées. La mise à disposition d’abandogiciels se distingue de la contrefaçon massive en ce que seules

²⁴² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2022, 14^{ème} éd., V. Abandon.

²⁴³ J. GROFFE-CHARRIER, « Jeu vidéo et droit d’auteur – Défense des droits sur le jeu vidéo », *Répertoire IP/IT et communication*, Dalloz, janv. 2020, n° 170 et s.

²⁴⁴ <https://www.fredericlejeune.be/abandonware-ou-le-logiciel-abandonne-que-n-est-il-en-droit-dauteur/> (consulté le 7 mars 2019) : « quand on visite le site <http://www.abandonware-france.org/>, l’on aperçoit que le plus vieil *abandonware* disponible sur ce site remonte à 1980 ; clairement cet *abandonware* est toujours sous protection d’un point de vue *ratione temporis* ».

²⁴⁵ E. GOLDMAN, « Warez trading and criminal copyright infringement », *Social science research network electronic journal*, janv. 2004, p. 395 : « While many abandonware enthusiasts claim their activities are less detrimental to copyright owners than warez trading (because, by definition, the copyright owners have stopped commercializing the work), abandonware trading is functionally and legally indistinguishable from warez trading ».

²⁴⁶ Ils reconnaissent en effet que « cette pratique est illégale et n’est que tolérée actuellement » : <https://www.abandonware-france.org/definition/> (consulté le 7 mars 2019).

certaines œuvres sont mises à la disposition du public par la communauté *abandonware* et ce sous certaines conditions. La norme est globalement respectée, mais, dans des hypothèses précises, elle est volontairement enfreinte pour répondre à une problématique d'accès à l'œuvre. La norme est donc sciemment ignorée dans certaines circonstances en réponse à la rigidité du droit positif. Partant, là où les licences libres et de libre accès reposent sur une logique contractuelle, la pratique de l'abandogiciel assume sa logique délictuelle.

236. Remise en cause d'un monopole inexercé. Dennis Khong, Professeur à l'Université de Kuala Lumpur, évoque l'idée selon laquelle les abandogiciels seraient les composantes d'un marché manquant : la disparition de l'offre légale contrarie une demande parfois non négligeable²⁴⁷. Bien entendu, en vertu du principe d'épuisement des droits, les supports physiques de l'œuvre pourront continuer à circuler. Toutefois, les exemplaires de l'œuvre seront souvent difficilement accessibles car devenus rares, voire particulièrement onéreux. Le non-exercice du monopole conféré à l'auteur conduit donc à l'inaccessibilité de l'œuvre dans de nombreuses hypothèses. Dans le même temps, l'ayant droit se trouve en mesure de sanctionner toute représentation ou reproduction de l'œuvre inexploitée sans son consentement. Les critiques formulées par la communauté de l'abandogiciel sont principalement tournées vers ce point et conduisent à une déchéance proclamée – mais non effective – des droits patrimoniaux, comparable à celle pouvant toucher la marque de fabrique non exploitée. Toutefois, la perspective d'un droit d'auteur nécessitant une exploitation pour justifier sa protection est en totale inadéquation avec l'esprit de la matière. Ainsi, bien plus que la simple remise en cause d'un monopole inexploité, les pratiques entourant l'abandogiciel questionnent les fondements du droit de la propriété littéraire et artistique.

237. L'absence de toute utilité sociale à l'exclusivité de l'œuvre orpheline ou indisponible. Au regard de ce que nous venons d'évoquer, en ce qui concerne l'œuvre inexploitée, le maintien de l'exclusivité pour une utilisation non commerciale semble inadapté. Pour ce qui est des œuvres orphelines, indisponibles ou des abandogiciels, la fonction sociale du droit de la création immatérielle semble ne plus être poursuivie. D'une part, le maintien du monopole pour ces œuvres ne répond pas à l'impératif d'incitation à la création par la rémunération de l'auteur car l'œuvre est délaissée par l'ayant droit qui n'espère ou ne souhaite manifestement plus en tirer de revenus substantiels. D'autre part, il est regrettable que le droit

²⁴⁷ D. W. K. KHONG, « Orphan works, abandonware and the missing market for copyrighted goods », *International journal of law and information technology*, op. cit., p. 64.

d'auteur, devant assurer la plus large diffusion des créations, permette de mettre un terme à tout rayonnement de l'œuvre en privant le public de tout accès à celle-ci. Dans ces conditions, le refus de toute mise à disposition de l'œuvre pour des usages non lucratifs semble abusif, l'exclusivité perdant sa raison d'être. Afin de rétablir un équilibre au sein du droit de la création immatérielle, la solution pourrait dès lors consister en la reconnaissance de véritables droits au profit du public²⁴⁸, loin de simples exceptions. Cette éventualité sera donc étudiée dans de futurs développements.

238. L'œuvre usucapée par la société ? Face à l'abandon de l'œuvre, au régime de l'œuvre indisponible et de l'œuvre orpheline, peut se poser la question de l'opportunité d'une prescription acquisitive de l'œuvre par la société. La propriété civiliste, si elle est sacrée, connaît ce type de prescription là où un tel mécanisme se trouve naturellement exclu du droit de la propriété littéraire et artistique²⁴⁹. En matière mobilière, les dispositions du Code civil, qui ne consacrent pas une prescription acquisitive mobilière, ne sauraient servir de base à un tel modèle en droit d'auteur. En effet, l'œuvre, pourtant meuble, peut être utilisée par plusieurs sujets de droit à la fois du fait de son caractère incorporel²⁵⁰. De surcroît, même en cas de comparaison avec la lettre de l'article 2276 du Code civil, la possession non équivoque semble impossible²⁵¹, de sorte que tout parallèle avec ce mode d'acquisition de la propriété s'avère imparfait. Ainsi, l'absence de tout exercice de ses droits par l'auteur ne permet pas le jeu d'une prescription relative à l'œuvre, qu'elle soit acquisitive ou extinctive²⁵². Toutefois, concernant les œuvres délaissées, c'est peut-être à travers l'exercice de l'action en défense du droit patrimonial qu'une protection de l'utilisateur peut être envisagée. Si, en matière de contrefaçon, l'action de l'ayant droit se prescrit par cinq ans suivant le droit commun²⁵³, il serait

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 64 : « The solution to solving the missing market problem is by determining whether the problem may be resolved by reallocating property rights to the public, as in putting the work into the public domain, or by temporarily allowing members of the public to use or distribute the work, with or without payment of a fee ».

²⁴⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 17 janv. 1995, n° 91-21.123, *Collet c/ Blaise*, Bull : « mais attendu que l'exercice par l'auteur du droit de propriété intellectuelle qu'il tient de la loi, et qui est attaché à sa personne en qualité d'auteur, n'est limité par aucune prescription ».

²⁵⁰ Toutefois, comme le souligne Monsieur le Professeur Thierry Revet, la lettre de l'article 2276 du Code civil n'interdit en rien de reconnaître une prescription acquisitive sur des biens incorporels, de sorte qu'une évolution n'est pas proscrite en la matière : T. REVET, « L'incorporel en droit des biens », *Lamy droit civil*, nov. 2009, n° 65.

²⁵¹ F. POLLAUD-DULIAN, « De la prescription en droit d'auteur », *RTD civ.*, 1999, p. 585 : « L'ubiquité de l'objet incorporel, notamment de l'œuvre rend fondamentalement équivoque toute forme de possession ».

²⁵² F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur, op. cit.*, p. 697 : « L'auteur ayant le droit d'exploiter son œuvre sa vie durant, on ne saurait lui opposer la prescription extinctive ni une renonciation tacite (qui ne se présume pas) en s'appuyant sur le non-exercice de son droit ».

²⁵³ E. ÉMILE-ZOLA-PLACE, « Imprescriptibilité des droits et prescription de l'action en contrefaçon », *Dalloz actualité*, 18 juill. 2013, note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 3 juill. 2013, n° 10-27.043, Bull. : « L'autonomie de l'action en contrefaçon dans son rapport au temps au regard des attributs du droit d'auteur et des droits voisins implique

envisageable, pour certaines œuvres inexploitées depuis une certaine période, de déclarer déchu le droit d'agir pour tous les faits accomplis avant la reprise de l'exploitation de l'œuvre. Une telle déchéance pourrait n'être consacrée qu'aux utilisations non commerciales, préservant au maximum les droits de l'auteur et évitant la poursuite d'utilisateurs de bonne foi. Dès lors, cette solution pourrait, sans prétendre consacrer une forme d'usucapion en droit de la propriété littéraire et artistique, constituer un compromis satisfaisant entre l'intérêt de l'auteur et celui de la société.

239. Des œuvres orphelines et indisponibles aux régimes étriés. À travers les derniers développements, les limites des régimes associés aux œuvres orphelines et indisponibles apparaissent à présent de façon criante. Le délai de trente ans suivant la première communication de l'œuvre indisponible, la restriction du statut des œuvres orphelines à certaines créations particulières²⁵⁴ ou l'absence de toute autorisation directement concédée aux utilisateurs constituent autant de freins à un assouplissement satisfaisant du droit de la propriété littéraire et artistique. Pourtant, d'autres modèles sont envisageables à l'image de ceux se développant spontanément dans la société. Ainsi, l'abandogiciel, au regard des règles qui le régissent, permet une reproduction et une représentation de l'œuvre directement au profit de l'utilisateur, sans qu'aucun préjudice ne puisse raisonnablement être produit par ce type de pratique. Toutefois, en l'état du droit positif, l'usage de l'œuvre en tant qu'abandogiciel ou qu'œuvre photographique aux droits réservés, de même que toute utilisation transformative à titre non commerciale d'une œuvre, demeurent des actes illégaux. La qualification de contrefaçon pour ces pratiques, pas ou peu préjudiciables à l'auteur, voire légitimes, s'explique cependant par la philosophie même de la technique de réservation utilisée en la matière : la propriété.

B : Une rigidité inhérente à l'esprit propriétaire

240. Absoluité de la propriété littéraire et artistique. Le droit de la propriété littéraire et artistique est, dans son essence, gouverné par un principe d'une extrême simplicité :

que l'imprescriptibilité de ces derniers n'emporte pas celle de l'action » ; V. ég. F. POLLAUD-DULIAN, « De la prescription en droit d'auteur », *op. cit.*, p. 585 : « Il est naturel, s'agissant de la prescription extinctive, de distinguer la prescription du droit lui-même ou de sa jouissance, de la prescription de l'exercice du droit ou de l'action en justice qui permet de mettre en œuvre ce droit ».

²⁵⁴ LUCAS (A.), LUCAS (H.-J.) et LUCAS-SCHLOETTER (A.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 2017, 5^{ème} éd., p. 877.

« en tant que propriétaire, l'auteur peut tout faire (et donc tout autoriser ou interdire) sauf ce qui lui est interdit »²⁵⁵. Le titulaire des droits se pose ainsi comme maître absolu de l'œuvre et de sa destination, aucun droit n'étant reconnu aux utilisateurs. Si la propriété connaît des limites, elle demeure absolue puisque son assiette intègre, par principe, toutes les utilités du bien. C'est bien parce que la propriété appréhende le bien dans tous ses aspects que des exceptions aux droits de l'auteur doivent être spécifiquement édictées. Ne pouvant être définie que négativement, la propriété littéraire et artistique – et nous aurons l'occasion d'y revenir de façon plus approfondie – est donc bien absolue.

241. Démesure de l'exclusivité inhérente à la propriété en droit de la création immatérielle. À travers l'évolution du droit de la création immatérielle et notamment la création de régimes spécifiques au profit des œuvres orphelines et indisponibles, certains craignent que la propriété ne perde son caractère absolu²⁵⁶. Cependant, au regard de ce que nous avons démontré en amont, ces adaptations sont très loin de renverser la figure du propriétaire-souverain. En réalité, le principe étant inchangé, l'exclusivité inhérente à la propriété demeure particulièrement vigoureuse, limitant l'accès à l'œuvre pour le meilleur et pour le pire. La création de nouvelles exceptions ne contredit pas ce constat, lesdites exceptions disposant systématiquement d'une portée limitée et étant d'interprétation stricte²⁵⁷. Dans ces conditions, le régime des œuvres orphelines et indisponibles devant respecter le cahier des charges imposé par le système propriétaire, on ne peut attendre du droit positif un assouplissement satisfaisant du droit de la création immatérielle. Faut-il alors en conclure que toute tentative d'évolution du droit de la propriété littéraire et artistique serait nécessairement insuffisante, car tributaire de la logique propriétaire ?

242. Irréductibilité de la propriété en droit de la création immatérielle. Dans sa thèse, Monsieur le Professeur Christophe Geiger proposait notamment de rééquilibrer le droit

²⁵⁵ A. ROBIN, *La copropriété intellectuelle, contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, Thèse, Montpellier, dir. N. MALLET-POUJOL, LGDJ, 2005, p. 100 ; V. ég. LUCAS (A.), LUCAS (H.-J.) et LUCAS-SCHLOETTER (A.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, p. 271 : « L'auteur, ou son ayant droit, n'est pas obligé de consentir à l'exploitation de l'œuvre et, s'il choisit de le faire, c'est aux conditions qu'il pose. Voilà le principe ».

²⁵⁶ M-A FERRY-FALL, « La tentation de la dépossession : les œuvres orphelines », *RLDI*, n° 49, 1er mai 2009 : « dans une version propriété immobilière, l'auteur est heureux propriétaire d'une maison de caractère, au charme un peu désuet, assortie d'une multitude de servitudes et dans laquelle, à défaut de porte fermée par une serrure à trois points, chacun sera légitime à entrer et s'installer ».

²⁵⁷ C. GEIGER, « Droit d'auteur et droit du public à l'information », *D.*, 2005, p. 2687 : « L'extension démesurée qu'a connue le droit d'auteur n'a pas été contrebalancée par une extension du champ des exceptions. Au contraire, celles-ci sont restées cantonnées dans des limites très étroites, en raison du principe (au demeurant très contestable) d'interprétation restrictive des exceptions ».

de la création immatérielle par le truchement des droits fondamentaux²⁵⁸. Pour critiquer cette proposition, Monsieur le Professeur Jean-Michel Bruguière indiquait que, avant d'envisager toute résolution à travers les droits fondamentaux, il était nécessaire de démontrer que le droit d'auteur ne pouvait être limité de l'intérieur²⁵⁹. Notre thèse pourrait encourir une critique similaire, non seulement au regard de la remise en cause de la propriété elle-même, mais également en raison d'un recours aux droits fondamentaux. Toutefois, au regard des éléments jusqu'ici évoqués, si preuve est faite que le droit de la propriété littéraire et artistique est susceptible d'évolutions, il est également clair que le système propriétaire ne peut s'accommoder de trop nombreuses limites. Ce mécanisme de réservation est ainsi, à partir d'un certain degré, irréductible puisque « la propriété est tout, ou elle n'est pas la propriété »²⁶⁰. Lorsque le droit de la création immatérielle se trouve recentré sur sa fonction sociale, à savoir la protection de l'auteur et la diffusion de l'œuvre, la rigidité inhérente au système propriétaire apparaît ostensiblement. Les dernières adaptations, telles que les nouvelles exceptions aux droits de l'auteur ou le régime des œuvres orphelines et indisponibles, se révèlent insuffisantes afin d'assurer un partage de l'œuvre satisfaisant, alors même qu'elles poussent la propriété proche de son seuil d'irréductibilité. En définitive, il apparaît impossible d'assurer une diffusion idéale de l'œuvre tout en maintenant un tel degré d'exclusivité au profit des ayants droit. L'importance de cette exclusivité étant tout simplement inhérente au système propriétaire, il est donc légitime de procéder à sa remise en cause dans le cadre du droit de la création immatérielle. Bien entendu, cette démonstration sera prolongée et approfondie dans les développements à venir.

243. Repenser l'accès à l'œuvre de l'esprit. À travers l'aménagement contractuel du droit d'auteur via les licences libres et de libre diffusion, c'est l'accès à l'œuvre qui se trouve favorisé par les auteurs eux-mêmes. Face aux nouveaux régimes que constituent les œuvres orphelines et indisponibles, le législateur soutient également l'accès à l'œuvre. Néanmoins,

²⁵⁸ C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, 2003, p. 50.

²⁵⁹ J-M. BRUGUIÈRE, « Propriété intellectuelle et choses communes » in J-M. BRUGUIÈRE, N. MALLET-POUJOL et A. ROBIN, *Propriété intellectuelle et droit commun*, PUAM, 2007, p. 54 : « Pour que la thèse soit pleinement convaincante cependant, il eut fallu que l'on démontre au préalable que l'analyse du droit d'auteur, d'un point de vue interne, conduit à une impasse. Autrement dit, il ne suffit pas de dire que le droit d'auteur peut être limité en prenant en compte d'autres droits aussi importants. Il faut aussi démontrer que l'on ne peut pas limiter de l'intérieur le droit d'auteur. Or le droit d'auteur est bien un droit de propriété (et un droit fondamental) qui, comme tout droit de propriété, est finalisé en ce sens que ses prérogatives ne vont pas pouvoir toujours jouer. Or cette démonstration n'est jamais faite de telle sorte que le recours aux droits et libertés fondamentaux apparaît quelque peu forcé ».

²⁶⁰ Comité de l'association pour la défense de la propriété littéraire et artistique, *La propriété littéraire sous le régime du domaine public payant*, Hachette, 1862, p. 6.

ces adaptations et pratiques, si elles représentent des signes positifs, n'en demeurent pas moins inféodées à la réservation propriétaire. L'accès à l'œuvre ne semble pas pouvoir être significativement accru en présence d'une exclusivité étendue. Une telle opposition constitue donc un argument en faveur d'une reconsidération de la propriété en matière littéraire et artistique. Autrement dit, face aux enjeux numériques, qui invitent à repenser l'accès à l'œuvre de l'esprit, c'est l'idée même d'une réservation propriétaire qui mérite d'être réexaminée.

Conclusion du chapitre II

244. L'intégration des pratiques dans le renouvellement de la norme.

Nous l'avons constaté, les pratiques d'une grande partie des internautes s'inscrivent en profonde divergence avec le droit positif. La norme, lorsqu'elle n'est pas bafouée du fait d'une contrefaçon massive, est contorsionnée pour donner lieu à des aménagements telles les licences libres et de libre diffusion. Ces pratiques répandues ne peuvent être niées ou passées sous silence. Si elles appellent, pour certaines, des réponses judiciaires, elles n'en traduisent pas moins un besoin d'évolution de la norme. Il ne s'agit toutefois pas pour cette dernière d'abdiquer face au corps social, mais de s'adapter au contexte numérique pour être pleinement effective. Comme nous l'avons évoqué, la règle de droit, si elle ne peut se passer de l'adhésion de la société, doit toujours être directive pour orienter le comportement du sujet de droit. Il en résulte que la banalisation de la contrefaçon numérique n'est pas souhaitable et que l'on ne peut s'abandonner à légaliser une telle pratique alors que des alternatives demeurent envisageables. Si un changement de modèle doit s'imposer, il ne se pliera donc pas purement et simplement aux pratiques des internautes, mais en intégrera certaines²⁶¹.

245. **Rigidité structurelle du régime propriétaire.** La propriété, en tant que modèle, possède une certaine malléabilité dont il a été tiré parti au fur et à mesure de l'élaboration de la propriété littéraire et artistique. Aujourd'hui, en présence d'Internet et des usages qui l'accompagnent, ce caractère adaptatif pourrait, *a priori*, être mobilisé en vue de transformer la matière. Pourtant, dans les faits, les mutations du droit d'auteur, souvent lentes et de faible envergure²⁶², ne parviennent pas à pacifier la relation entre la norme et le corps social. Ce phénomène ne trouve pas uniquement sa source dans la retenue du législateur, mais bien plus dans la rigidité structurelle du régime propriétaire. La propriété fixe, en effet, un cadre limitant les facultés d'adaptation de la règle de droit, empêchant une parfaite adéquation du Droit aux enjeux contemporains. Il en résulte – et ce raisonnement sera prolongé en aval – que

²⁶¹ M. CLÉMENT-FONTAINE, *Les œuvres libres*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, 2006, p. 357 : « Plutôt que d'opposer la démarche du libre au droit de la propriété intellectuelle, le mouvement du libre pourrait contribuer à faire évoluer la matière. Il pose en effet des questions importantes relatives à l'accès à la création et au sort des œuvres évolutives et contributives ».

²⁶² A. LATREILLE, « L'écrivain saisi par la numérisation : regard croisé sur le régime du contrat d'édition, des œuvres orphelines et des livres indisponibles », *op. cit.* : « Le droit d'auteur a été peu impacté dans sa substance par la numérisation et les réseaux. Pour l'essentiel, la diffusion numérique a abouti à quelques évolutions ou élaborations d'exceptions avec une portée économique limitée ».

le modèle adopté en droit positif constitue un véritable frein à une évolution de plus en plus pressante du droit de la propriété littéraire et artistique.

Conclusion du titre I

246. **L'exclusivité à l'épreuve du numérique.** À l'issue de notre analyse, il apparaît que l'exclusivité peine bien plus à imposer sa marque dans le monde immatériel que partout ailleurs. Les difficultés rencontrées par la propriété sont nombreuses et permettent d'amorcer une remise en question de son opportunité. Les possibilités offertes par Internet et sa structure décentralisée sont autant d'outils menaçant l'hégémonie de la propriété dans le droit de la création immatérielle. Dans le domaine numérique évoluent des acteurs dont une grande part tire pleinement partie des opportunités offertes par Internet. Il en découle que l'anonymat, les réseaux privés virtuels ou la contrefaçon massive sont autant de défis à la légitimité de la réservation propriétaire. Internet représente donc aujourd'hui un enjeu considérable pour le droit de la propriété littéraire et artistique. Il est ainsi plus que jamais justifié d'analyser la matière à partir des bouleversements qu'il augure.

247. **Hypothèse inopportune d'un renforcement du système propriétaire.** Aux différents défis induits par le numérique au sujet de la propriété, plusieurs réponses sont envisageables. D'une part, il serait possible d'affirmer que le salut de la propriété littéraire et artistique ne pourrait passer que par sa réaffirmation vigoureuse, voire son renforcement²⁶³. Il faut le reconnaître, aux yeux des plus fervents défenseurs de l'approche personnaliste, l'exclusivité associée à la propriété serait une condition *sine qua non* de l'équilibre des forces au sein de la propriété littéraire et artistique²⁶⁴. Supprimer l'exclusivité reviendrait alors à placer l'auteur dans une condition défavorable, en proie aux investisseurs et au public²⁶⁵. Il n'est toutefois pas certain que l'exclusivité, dans sa dimension actuellement reconnue au titulaire des droits, soit toujours parfaitement nécessaire dans une société favorisant l'accès. En effet, et d'autre part, la réponse à cette véritable crise du droit d'auteur pourrait supposer une modification du système de réservation de l'œuvre au profit de l'auteur. Cette solution semble plus opportune qu'un maintien ou un renforcement de la propriété du créateur, notamment car

²⁶³ O. LAROQUE, *Les lois symboliques : une étude à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, Thèse, Paris II, dir. P-Y. GAUTIER, éd. Panthéon-Assas, 2021, p. 301 : « Il est nécessaire, à notre sens, de réaffirmer le principe de la propriété de l'auteur ; ce n'est qu'à cette condition que la survie du droit d'auteur sera assurée ».

²⁶⁴ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 75 : « Le caractère exclusif du droit est fondamental, car il garantit la liberté de choix et fournit une arme ultime (le refus) dans la négociation avec les utilisateurs, ce qui rééquilibre quelque peu celle-ci ».

²⁶⁵ F. POLLAUD-DULIAN, « Utilisations autorisées des œuvres orphelines », *RTD com.*, 2012, p. 783 : « L'auteur devient le parent pauvre d'un droit qu'il faudra bientôt éviter d'appeler "droit d'auteur", tant les auteurs en sont progressivement écartés, mais qui ne sera pas non plus de la propriété "littéraire et artistique" ».

elle serait susceptible d'assurer la concorde entre norme et corps social, sans pour autant sacrifier l'auteur au moindre caprice des utilisateurs. Dans ces conditions, renforcer la propriété ne peut constituer une fuite en avant en faisant chaque jour reculer un peu plus l'adhésion au système et à la philosophie du droit d'auteur.

248. **Inadéquation entre propriété et enjeux numériques.** Quoi qu'il en soit, l'utilisation d'Internet et des moyens de dématérialisation rendent la défense des droits exclusifs de l'auteur plus que jamais compromise²⁶⁶. Bien que le phénomène ne soit pas ignoré et que des adaptations soient régulièrement proposées à l'échelle européenne et sur le plan national, les différents ajustements ne parviennent pas à éloigner efficacement les importants troubles entourant le droit de la création immatérielle. La propriété de l'auteur, telle que conçue en droit positif, se révèle donc inadaptée aux enjeux numériques. Au terme de cette réflexion, il semble alors légitime d'étudier précisément en quoi la faute de cette inadéquation revient non pas aux modalités de mise en œuvre de la propriété, mais à la propriété elle-même en tant que modèle fondant la propriété littéraire et artistique.

²⁶⁶ F. GURRY, « L'avenir du droit d'auteur », Conférence à l'Université de technologie du Queensland, 25 févr. 2011 : « la technologie numérique et l'Internet ont eu, et continueront d'avoir, des conséquences profondes sur ces équilibres. Ils ont donné un avantage technologique à un des deux côtés de l'équilibre : celui de la diffusion gratuite, du consommateur, de l'accès de la société à la culture et de la satisfaction à court terme ».

Titre II : L'inadéquation manifeste de la propriété aux droits fondamentaux de l'auteur et de l'utilisateur

249. **Origine des limitations aux droits patrimoniaux de l'auteur.** L'ensemble de la propriété intellectuelle est traversé par une idée forte selon laquelle la protection de l'auteur constitue le principe. Ce dernier n'est cependant pas parfaitement immuable. Les propriétés intellectuelles connaissent des limites nécessaires, excluant l'idée qu'elles puissent être parfaitement absolues. Face à la propriété, n'existent ainsi que des exceptions hétérogènes qui ne sauraient former des droits au profit d'autrui. Toutefois, quelle est l'origine de telles exceptions ? Dans le cadre de l'exception de représentation de l'œuvre dans le cercle familial et amical, l'objectif est de ne pas opposer les droits exclusifs de l'auteur à la vie familiale de l'utilisateur – quoique l'exception soit également justifiée par l'impossibilité totale d'empêcher de telles représentations. Toutefois, dans le cadre d'autres exceptions, l'intérêt protégé semble parfois bien différent. C'est notamment le cas du prêt en bibliothèque, de la courte citation, de la reproduction à des fins de conservation par les musées et services d'archives, des revues de presse, de la diffusion des discours institutionnels... Dans ces hypothèses, le droit exclusif de l'auteur se voit neutralisé par l'intérêt général. Certaines exceptions sont donc justifiées par la nécessaire information du public concernant des événements de nature culturelle. D'autres sont avant tout construites autour de ce que Monsieur le Professeur Jaques Raynard nomme l'« intérêt général culturel »¹. Il existerait en effet un intérêt, pour chacun, d'être mis en contact avec les productions culturelles du genre humain afin de s'en imprégner et s'en enrichir. Pourtant, cet intérêt général culturel, s'il représente la source de certaines exceptions au droit d'auteur, ne permet actuellement la reconnaissance d'aucune véritable prérogative au profit du public...

250. **Des droits sous-jacents ?** En droit de la propriété littéraire et artistique, les mécanismes de protection sont très majoritairement dirigés vers l'auteur, le public n'étant pris en compte que marginalement et par le biais de permissions strictement délimitées. Toutefois, Internet facilitant l'accès à l'œuvre, il renouvelle naturellement le débat autour de la

¹ J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois : essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, Litec, 1990, p. 191 ; V. également A-C. RENOUEAU, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, éd. Jules Renouard, 1838, vol. 1, p. 472 : Renouard estime qu'il existerait des « droits de la société sur la jouissance des idées ».

consécration de droits au profit du public. Dans ces conditions, certains appellent à un retour à l'équilibre entre les intérêts en présence². Dans le cadre de la propriété littéraire et artistique, l'expression de « droits du public » semble constituer un non-sens. Toutefois, celle-ci permet de pleinement saisir la teneur de l'intérêt protégé par de nombreuses exceptions au droit d'auteur. La mise en évidence de potentiels droits sous-jacents permettrait de répondre aux velléités du public concernant l'accès aux œuvres de l'esprit. Dans un tel contexte, le public serait investi de droits de nature culturelle, comme peut l'être l'auteur, notamment à travers la liberté artistique. Droits culturels car portant sur une œuvre de l'esprit humain entrant dans le domaine des arts et des lettres. Droits culturels car permettant également l'enrichissement intellectuel de toute personne physique par l'accès aux œuvres de l'esprit.

251. **Existence et implications de droits en matière culturelle.** Face à la propriété de l'auteur, qui constitue elle aussi un droit fondamental, les droits culturels pourraient avoir d'importantes conséquences. Toutefois, l'existence de droits en matière culturelle ne peut simplement être proclamée : elle doit être démontrée. Il nous reviendra donc d'identifier les potentiels fondements de ces droits. L'étude du droit international sera ici primordiale afin de dégager des fondements textuels pertinents. Il sera également indispensable de définir les titulaires des droits culturels en question. La portée d'éventuels droits culturels étant très probablement limitée au regard du droit positif, il nous reviendra d'imaginer quelle pourrait être l'étendue adéquate des droits culturels ainsi reconnus. Pour y parvenir, nous partirons en quête de droits fondamentaux de l'auteur et de l'utilisateur (chapitre I), pour ensuite saisir les implications de tels droits fondamentaux (chapitre II).

² S. CANEVET et C. ROJINSKY, « Et si le droit d'auteur allait trop loin, sur Internet et ailleurs ? », *D.*, 2005, p. 849 : le droit d'auteur « subit aujourd'hui une extension très notable, quitte à parfois méconnaître le nécessaire équilibre entre le droit des auteurs et les droits du public ».

Chapitre I : La quête de droits fondamentaux culturels de l'auteur et de l'utilisateur

252. **Le partage de droits culturels.** *A priori*, les droits culturels pourraient n'être perçus que comme bénéficiant au public. Toutefois, ces prérogatives ne sauraient être envisagées sans prise en compte du créateur et sans la reconnaissance de droits au profit de celui-ci. L'auteur étant à la base du processus créatif, il serait incohérent qu'il se trouve privé de droits de nature culturelle. De plus, gageons qu'il n'existe pas un, mais une multitude de droits de nature culturelle, dont certains bénéficieront, directement ou indirectement, au créateur. Dans cette vision, les droits culturels font davantage l'objet d'un partage que d'une captation par un groupe déterminé.

253. **Opposition apparente entre intérêts de l'auteur et intérêts du public.** Les réflexions relatives au droit d'auteur partent bien souvent d'un présupposé contestable : celui selon lequel l'intérêt de l'auteur serait intrinsèquement opposé à celui du public. En effet, il serait déraisonnable de considérer que l'accès à l'œuvre au profit du public se traduise nécessairement par une atteinte aux prérogatives du créateur³. Néanmoins, si les intérêts de l'auteur et du public ne s'affrontent pas sur tous les sujets, il est des hypothèses dans lesquelles ils entrent effectivement en conflit. C'est notamment le cas concernant le versement d'une juste rémunération au profit de l'auteur. L'intérêt immédiat du public consiste en l'obtention d'un accès gratuit à l'œuvre⁴, tandis que l'intérêt de l'auteur suppose notamment de tirer le meilleur bénéfice possible de sa création. En tout état de cause, s'il existe dans les faits une opposition entre intérêt du public et intérêt de l'auteur, celle-ci doit être relativisée d'emblée.

254. **Droits fondamentaux et fonction sociale des droits.** La mise en lumière de droits fondamentaux culturels, si elle doit avoir lieu, sera notamment analysée à l'aune de la théorie de la fonction sociale des droits. En évaluant l'utilité sociale d'éventuels droits fondamentaux culturels, nous serons en mesure de mieux saisir leur nature. À titre comparatif, il sera également indispensable d'analyser la fonction sociale du droit de propriété de l'auteur

³ C. GEIGER, « Droit d'auteur et droit du public à l'information », *D.*, 2005, p. 2683 : « on se retrouve dans une dualité facile et forcément réductrice qui est le rapport auteur d'un côté et public de l'autre, rapport trop souvent construit en termes d'opposition » ; V. ég. A-E. KAHN, « Circulation des œuvres en ligne et consommateur : guerre ou paix ? », *Lamy droit des affaires*, n° 77, 1^{er} déc. 2004.

⁴ B. FABRE, *La crise du droit d'auteur : une approche systémique*, Thèse, Aix-Marseille, dir. J. FRAYSSINET, 2012, p. 56 : « L'intérêt du public consiste en une capacité d'accéder à l'œuvre, afin de se divertir, ou d'en retirer un enrichissement émotionnel et/ou intellectuel ».

dans le but d'identifier ses principaux ressorts. Ainsi, nous bénéficierons d'une nouvelle démonstration de l'inadaptation du modèle propriétaire à la réservation des œuvres de l'esprit. Pour atteindre cet objectif, nous procéderons dans un premier temps à la recherche de prérogatives attachées à l'auteur et à l'utilisateur (section I), pour, dans un second temps, rechercher un équilibre entre les droits fondamentaux de l'auteur et ceux de l'utilisateur (section II).

Section I : La recherche préliminaire de prérogatives attachées à l'auteur et l'utilisateur

255. **L'invocation de droits au profit du public et de l'auteur.** Les droits de nature culturelle ne sont aujourd'hui pas les seuls à être attribués au profit du public. Les fondements ne manquent pas lorsqu'il s'agit de défendre l'intérêt des utilisateurs. À la propriété de l'auteur, on oppose aujourd'hui « d'autres impératifs juridiques, que sont le droit à l'information, le droit à la culture, le droit à l'éducation, la liberté d'expression, la liberté de création et la liberté du commerce et de l'industrie »⁵. Parmi ces droits présentés comme venant au secours du public, nous nous intéresserons principalement aux droits culturels, sans oublier le droit à l'information, la liberté d'expression et la liberté artistique. L'auteur dispose bien entendu des droits évoqués précédemment, mais également de plusieurs autres prérogatives comme son droit de propriété. Celui-ci semble prédominer dans de très nombreuses circonstances, de sorte que l'impact de droits culturels pourrait n'être que relatif.

256. **L'incertitude quant à la consistance et au contenu de droits culturels.** À un tel stade, la consistance de droits culturels est encore sujette à caution. Leur nombre reste à définir, de même que leur contenu. Il est également primordial de fixer la valeur de tels droits dans la hiérarchie des normes. En outre, il s'avère ici primordial d'identifier la source de la propriété intellectuelle pour déterminer sa valeur comparativement aux éventuels droits du public. La quête des fondements de la propriété et des droits culturels semble, en effet, susceptible d'aboutir à un équilibre entre auteur et public. Dans ce but, nous verrons que les droits de l'utilisateur se manifestent principalement par le biais du droit international (§1), et que l'intérêt général représente l'une des assises de la propriété de l'auteur (§2).

⁵ Y. GAUBIAC, « Droit d'auteur et intérêt général », *Propriétés intellectuelles*, n° 36, juill. 2010, p. 821.

§1 : Le droit international comme principale manifestation des droits de l'utilisateur

257. **Biens culturels, droits culturels et textes internationaux.** Les textes internationaux sont, sans doute possible, la principale source de droits de nature culturelle. Cependant, la plupart des conventions relatives à la culture ne traitent que des biens culturels classiques. Certaines n'intéressent que les relations entre États ou ne reconnaissent pas de véritables droits culturels aux utilisateurs comme la Convention de l'UNESCO de 1970 portant sur l'importation et l'exportation illicite de biens culturels⁶, la Convention de La Haye du 14 mai 1954 relative aux conflits armés⁷, la Convention du 16 novembre 1972 relative à la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel⁸ ou la Convention relative à la protection du patrimoine culturel immatériel de 2003⁹. Nous constaterons donc que les seuls textes internationaux de référence forment un appui textuel limité pour les droits culturels de l'utilisateur (I), et observerons par la suite que ces textes disposent d'une portée bien souvent non contraignante (II).

I : Appui textuel limité des droits culturels de l'utilisateur en droit international

258. **L'existence de droits culturels.** Les textes évoquant des droits de nature culturelle, bien qu'en nombre limité, ne sont pas dénués d'intérêt. Nous nous cantonnerons ici à l'étude de plusieurs textes révélateurs, bien que d'autres puissent être exploités dans ce cadre. Ils nous renseignent sur la teneur des droits culturels qu'ils renferment. Intéressons-nous donc aux sources textuelles des prérogatives de l'utilisateur (A), avant d'évoquer les multiples prérogatives octroyées par ces textes (B).

A : Sources textuelles des prérogatives de l'utilisateur

259. **Notion de culture et de droit culturel.** Avant d'étudier en détail les textes majeurs relatifs aux droits culturels, il est légitime de se questionner sur la signification de

⁶ UNESCO, Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels, 17 nov. 1970.

⁷ UNESCO, Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, 14 mai 1954.

⁸ UNESCO, Convention concernant la protection du patrimoine mondial culturel et naturel, 16 nov. 1972.

⁹ UNESCO, Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, 17 oct. 2003.

l'expression « droit culturel » et même, plus fondamentalement, sur le sens du terme « culture ». Si cette notion semble intuitive, en proposer une définition précise se révèle particulièrement délicat. En effet, le terme culture apparaît aussi étendu que fuyant puisqu'il consiste en « une façon d'agir spécifique aux êtres humains qui leur permet d'organiser leur existence collective selon des valeurs partagées »¹⁰. Il en résulte que la culture revêt un caractère protéiforme en se définissant à partir de l'ensemble des rites, coutumes, codes et modes d'expression de l'Humanité. Les créations littéraires et artistiques, au sens strict, sont donc englobées dans la culture, mais sont très loin de constituer l'intégralité de la culture des civilisations. Quant à la notion de droit culturel, entendue en tant que droit subjectif, il s'agit dès lors de toute prérogative s'attachant à défendre, garantir ou promouvoir ces modes d'expression de valeurs collectives à une communauté humaine. Ainsi, les droits garantissant l'utilisation de langues historiques sur certains territoires régionaux, favorisant l'expression artistique ou garantissant certains savoir-faire traditionnels peuvent être, dans une acception large, qualifiés de culturels. Cette définition étendue s'impose au regard de la signification particulièrement ample de ce qu'est la culture. Toutefois, au regard de notre objet d'étude, seuls quelques droits culturels particuliers retiendront notre attention.

260. L'absence de droits culturels dans les textes spécifiques au droit d'auteur.

Avant d'identifier les droits culturels qui seront ici étudiés, notons une chose frappante : les traités internationaux directement en lien avec le droit d'auteur ne font généralement aucune référence à d'éventuels droits culturels. Comme en droit français, seules les exceptions laissent transparaître les intérêts du public. C'est notamment le cas de la Convention de Berne de 1886¹¹ qui n'évoque pas le public comme titulaire de droits, mais lui réserve simplement quelques exceptions. La Convention universelle sur le droit d'auteur de 1952¹² n'évoque pas non plus d'éventuels droits fondamentaux du public. En somme, les textes relatifs au droit d'auteur ne s'intéressent généralement pas à la question culturelle, même pas en préambule. Le point central de ces textes est systématiquement la protection des droits exclusifs de l'auteur et des droits voisins. Toutefois, l'on peut considérer, dans une certaine mesure, qu'ils défendent indirectement certains droits culturels, comme la liberté de création de l'auteur.

¹⁰ H. PALLARD et S. TZITZIS, *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*, l'Harmattan, 1997, p. 33 ; pour une autre tentative de définition V. Déclaration de Fribourg relative aux droits culturels, 7 mai 2007, art. 2 : « le terme culture recouvre les valeurs, les croyances, [...] par lesquelles une personne ou un groupe exprime son humanité et les significations qu'il donne à son existence et à son développement ».

¹¹ Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886.

¹² UNESCO, Convention universelle sur le droit d'auteur, 6 sept. 1952.

261. **La Déclaration universelle des droits de l'Homme.** D'autres textes évoquent directement des droits de nature culturelle. C'est principalement le cas de l'article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme qui est formulé comme suit : « toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent. Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur »¹³. Il s'agit de l'un des textes les plus significatifs en la matière. La première partie de cette disposition est consacrée au droit de toute personne, tandis que le second alinéa vise directement le titulaire des droits exclusifs sur une propriété intellectuelle¹⁴. Le droit évoqué dans le premier alinéa est celui de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté. Celui-ci suppose le droit de participer ou de ne pas participer aux activités culturelles de la société. Le droit de « jouir des arts » ne peut évidemment être entendu comme un droit d'accès inconditionnel à l'œuvre, sauf à bafouer les intérêts de l'auteur. Il en résulte que l'article 27 de la DUDH présente un intérêt majeur dans la quête de droits fondamentaux culturels.

262. **Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.** La DUDH n'est cependant pas la seule à consacrer des droits de nature culturelle. En effet, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU contiennent également des dispositions favorables à la manifestation de droits culturels. Le préambule du Pacte international relatif aux droits civils et politiques indique par exemple que : « l'idéal de l'être humain libre, libéré de la crainte et de la misère, ne peut être réalisé que si des conditions permettant à chacun de jouir de ses droits économiques, sociaux et culturels, aussi bien que de ses droits civils et politiques, sont créées »¹⁵. Le contenu du second pacte, relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, se trouve ainsi mis en avant.

263. **Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.** Le fait même qu'un pacte onusien soit directement relatif aux droits culturels est révélateur de l'importance de telles prérogatives. Bien que la notion de culture soit particulièrement évasive,

¹³ Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 déc. 1948, art. 27.

¹⁴ R. CASSIN, « L'intégration, parmi les droits fondamentaux de l'Homme, des droits des créateurs des œuvres de l'esprit » in M. PLAISANT (en l'honneur de), *Etudes sur la propriété industrielle, littéraire et artistiques, Mélanges Marcel Plaisant*, Sirey, 1960, p. 230 : L'existence d'un texte autonome s'est imposée, les droits de l'auteur ne pouvant être purement rattachés à l'article 15 de la DUDH relatif au droit de propriété.

¹⁵ Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 déc. 1966, préambule.

une disposition particulière de ce Pacte retient notre attention. Effectivement, au sens de l'article 15 du Pacte : « les États parties au présent Pacte reconnaissent à chacun le droit : a) de participer à la vie culturelle »¹⁶. Ainsi, après avoir été mentionné par la DUDH, le droit de participer à la vie culturelle se trouve à nouveau mis en avant au sein du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Il convient toutefois de demeurer prudent à ce stade, le contenu d'un tel droit et son invocabilité n'ayant pas été étudiés. Il n'est toutefois pas exclu qu'un texte de droit interne vienne consacrer un droit similaire en fournissant davantage de détails.

264. Un faible appui en droit interne. En droit français, l'un des textes les plus notables en la matière n'est autre que le préambule de la Constitution de 1946 intégrant le bloc de constitutionnalité. Le préambule indique notamment que « la Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture »¹⁷. Ce fondement apparaît fragile car la culture est ici mise en lien avec le droit à l'éducation – voire sous sa tutelle. Difficile donc de dégager un véritable droit culturel au profit du public à partir de cette seule déclaration. Sur ce point, le droit français ne saurait, en l'absence d'éléments supplémentaires, constituer un appui solide dans notre recherche. Toutefois, la loi relative à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine¹⁸ apporte de nouveaux éléments en faveur de droits culturels. De fait, elle dispose dans ses deux premiers articles que « la création artistique est libre » et que « la diffusion artistique est libre ». Ces droits, qui profitent à l'auteur, peuvent être qualifiés de culturels en ce qu'ils participent à la liberté d'expression artistique de l'auteur. La loi présente, dans son article trois, un grand nombre d'objectifs à atteindre par les politiques publiques. Sont notamment présents le soutien à la création artistique, l'accès à la culture dans le monde du travail et l'accès à la culture pour les jeunes et personnes en situation de handicap. Ces simples objectifs ne permettent cependant pas de dégager un quelconque droit culturel qui viendrait s'ajouter à la liberté d'expression artistique ou au droit de participer à la vie culturelle de la communauté.

265. La déclaration de Fribourg. À la suite d'un colloque sur les droits culturels ayant lieu en Suisse dans la ville de Fribourg, un groupe de travail dirigé par le philosophe Patrice Meyer-Bisch fut constitué et aboutit, en 2007, à une déclaration relative aux droits culturels. Cette déclaration ne lie pas les États. Elle a toutefois l'immense mérite de regrouper

¹⁶ Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels du 16 déc. 1966, art. 15.

¹⁷ Constitution de la IV^{ème} République française du 27 oct. 1946, préambule, n° 13.

¹⁸ Loi n° 2016-925 du 7 juill. 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine.

les droits culturels éparpillés dans les différents textes internationaux. Les rédacteurs de ce texte affirment que les droits culturels sont des droits de l'Homme¹⁹. L'article 3 de cette déclaration présente plusieurs droits culturels de la façon suivante : « toute personne, aussi bien seule qu'en commun, a le droit : a) de choisir et de voir respecter son identité culturelle [...], b) de connaître et de voir respecter sa propre culture [...], c) d'accéder, notamment par l'exercice des droits à l'éducation et à l'information, aux patrimoines culturels qui constituent des expressions des différentes cultures ainsi que des ressources pour les générations présentes et futures »²⁰. Cet article est révélateur en ce qu'il montre le caractère hétérogène des droits en cause du fait du champ étendu de la notion de culture. La question du respect de l'identité culturelle et celle du respect de sa propre culture ne sont pas directement en lien avec notre sujet. Ce n'est pas le cas du droit d'accéder aux patrimoines culturels. Bien entendu, la rédaction du texte laisse comprendre qu'il ne s'agit pas nécessairement d'accéder à un bien culturel en particulier, mais à un patrimoine culturel global. Il s'agit toutefois d'une piste de réflexion, d'autant que l'article 10 de la même déclaration indique que les biens et services culturels doivent être mis à disposition dans le respect des droits reconnus par cette même déclaration. Ainsi, même si celle-ci ne trouve pas application, elle nous renseigne sur l'étendue potentielle des droits culturels. Ces différentes sources pertinentes ayant été mises en avant, il nous revient d'étudier la nature des différentes prérogatives de l'utilisateur²¹.

B : Nature des multiples prérogatives de l'utilisateur

266. Notion de droit subjectif et de liberté publique. La tentation est grande d'affirmer que les droits culturels seraient des libertés publiques ou des droits fondamentaux. Toutefois, avant de qualifier les droits culturels, il convient d'apporter une définition aux statuts potentiels de ces droits. Tout d'abord, les droits culturels pourraient être qualifiés de simples droits subjectifs. Ceci suppose que ces droits soient détenus par un titulaire, qu'ils protègent juridiquement un intérêt particulier et que leur violation soit juridiquement sanctionnée. Ce dernier point présente une difficulté car, en droit positif, les droits culturels ne semblent pas

¹⁹ Déclaration de Fribourg relative aux droits culturels, 7 mai 2007, préambule : « réaffirmant que les droits de l'homme sont universels, indivisibles et interdépendants, et que les droits culturels sont à l'égal des autres droits de l'homme une expression et une exigence de la dignité humaine ».

²⁰ Déclaration de Fribourg relative aux droits culturels, *op. cit.*, art. 3.

²¹ Nous n'ajouterons pas de traités à cette liste, bien que d'autres textes auraient pu être mentionnés à l'instar de l'article 30 de la Charte sociale européenne présentant des dispositions similaires à celles jusqu'ici évoquées.

– et nous y reviendrons – faire l’objet d’un dispositif permettant leur protection. Si ces droits ne peuvent pas être de simples droits subjectifs, ne peuvent-ils pas constituer des libertés publiques ? Rappelons-le, les libertés publiques sont celles qui permettent de participer à la vie publique²². Les libertés publiques relèvent des relations entre l’administration et les individus constituant la société. Indiquons également que la liberté publique est celle qui est essentiellement tournée vers la protection de l’individu contre le pouvoir exécutif. Les droits culturels ne semblent pas tous pouvoir intégrer une telle catégorie, pour les raisons qui seront exposées en aval.

267. Notions de droit fondamental et liberté fondamentale. Les droits fondamentaux et libertés fondamentales sont deux ensembles bien souvent utilisés sans distinction aucune. Cela s’explique en partie en raison leur proximité, notamment due à leur fondamentalité. Leurs objectifs sont également très souvent similaires²³ ; les droits et libertés fondamentaux sont censés protéger l’individu contre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Les droits fondamentaux et libertés fondamentales sont protégés par la loi, les textes constitutionnels et les traités²⁴. La définition des droits fondamentaux est parfois suffisamment large pour englober les libertés fondamentales²⁵. Nous souhaitons cependant, dans un premier temps, distinguer ces deux notions. La fondamentalité peut revêtir, selon Monsieur Arnaud Latil, plusieurs fonctions : marqueur d’importance de la règle, marqueur de prédominance de la règle sur d’autres moins impératives et marqueur du caractère constitutionnel ou international de la règle²⁶. Ces critères permettent de mettre en exergue l’importance des droits fondamentaux et libertés fondamentales dans la hiérarchie des normes, mais n’offrent pas le moyen de distinguer ces deux ensembles. La définition de la liberté s’avère salutaire pour distinguer ces deux ensembles. Or, il est généralement admis que la liberté constitue l’« exercice sans entrave garanti par le Droit de telle faculté ou activité »²⁷. En ce sens, les libertés fondamentales seraient une importante composante des droits fondamentaux

²² En ce sens, la liberté de la presse et la liberté de réunion sont des libertés publiques.

²³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2022, 14^{ème} éd., V. Fondamental : Définition de libertés fondamentales ; « Libertés jointes aux droits fondamentaux (parfois incluses en eux) et de même valeur, au fondement de l’ordre social et politique ».

²⁴ L. FAVOREU, « Universalité des droits fondamentaux et diversité culturelle » in Agence francophone pour l’enseignement supérieur et la recherche, *L’effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, éd. Aupelf-Uref, 1994, p. 48.

²⁵ M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD, *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz, 2012, t. 3, p. 211 : Les droits fondamentaux sont « les droits qui sont attribués de manière universelle à tous en tant que personnes, ou en tant que citoyens, ou en tant que sujets capables d’agir ».

²⁶ A. LATIL, *Création et droits fondamentaux*, Thèse, Lyon 3, dir. Y. REINHARD, LGDJ, 2014, p. 11.

²⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V. Liberté.

faisant l'objet d'une protection effective. Les autres droits fondamentaux seraient, quant à eux, proclamés dans les textes constitutionnels et internationaux, dans le but de protéger l'individu à la fois contre l'État, mais aussi contre les autres membres de la société. Au-delà d'une simple vision verticale des droits fondamentaux, ces derniers peuvent alors être invoqués horizontalement, car « exigibles de tous contre tous »²⁸.

268. Nature des droits culturels. Nous l'avons indiqué, les droits culturels ne sauraient, au regard du droit positif, constituer des droits subjectifs. Certains de ces droits peuvent être qualifiés de libertés publiques. En effet, l'on peut estimer que plusieurs droits culturels, qui seront présentés par la suite, permettent le bon déroulement de la vie publique. Sans trop en dévoiler, nous pouvons affirmer qu'un hypothétique droit d'accéder à la culture n'est pas nécessaire à la vie publique, tandis qu'un droit de prendre part à la vie culturelle de la communauté correspond à cet impératif et qu'il pourrait entrer en conflit avec le pouvoir exécutif. Dans l'ensemble des droits culturels, nous pouvons dès lors dégager de nombreux droits qui revêtiront une dénomination et une importance différentes. Une petite partie des droits culturels seront donc des libertés publiques, tandis que la plupart seront des libertés fondamentales et des droits fondamentaux faisant l'objet d'une reconnaissance par la DUDH et les pactes de l'ONU. En l'absence de réelles garanties législatives pour l'exercice de la grande majorité de ces droits, l'on peut davantage les qualifier de droits fondamentaux que de libertés fondamentales²⁹. Bien conscients de ce fait, et par commodité, nous qualifierons à présent sans discrimination les droits culturels de droits fondamentaux.

269. Opportunité de droits fondamentaux culturels. L'objectif est ici de reconnaître et proposer un développement des droits culturels. Toutefois, les droits fondamentaux étant progressivement apprivoisés par le droit privé³⁰, leur invocation a de quoi agacer une partie de la doctrine. Les notions de droits fondamentaux et libertés fondamentales seraient si souvent invoquées et détournées que le sens de celles-ci serait en train de se perdre³¹.

²⁸ X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, LGDJ, 2018, 5^{ème} éd. [6^{ème} éd., 2020], p. 99.

²⁹ Bien que certains textes doivent, même indirectement, permettre l'exercice de ces droits.

³⁰ C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, 2003, p. 138 : « la réticence vis-à-vis de l'application des droits fondamentaux dans le domaine du droit privé a peu à peu été vaincue ».

³¹ F. TERRÉ, « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux » in R. CABRILLAC, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2022, 28^{ème} éd., p. 2 : « Devenu prétexte à la manie de la revendication, ce mot magique de liberté peut couvrir toutes les outrances. Pourquoi pas le droit au soleil ou, si l'on craint le bronzage, le droit à la pluie ? ».

Ce constat semble aujourd'hui très largement partagé³². Sur ce phénomène de dilution des libertés fondamentales et droits fondamentaux, Monsieur le Professeur François Terré avertit que « à trop vouloir souffler sur la flamme, on risque de l'éteindre »³³. Certes, il est essentiel – et cela est particulièrement vrai pour le juriste – de qualifier le plus justement possible les instruments conceptuels auxquels nous avons recours. Néanmoins, cette rigueur salutaire ne doit pas empêcher l'émergence de nouveaux droits pouvant intégrer la catégorie des droits fondamentaux. L'approche selon laquelle ne pourrait plus émerger aucun prétendant à la fundamentalité s'avère trop rigide. Certains droits se font plus impérieux au regard de l'évolution de nouvelles techniques qui mettent en évidence des droits et besoins préexistants. Nous pensons que tel est le cas s'agissant d'une partie des droits culturels.

270. **Des droits culturels dépassant le champ du droit d'auteur.** Il faut le signaler, le droit de la propriété littéraire et artistique ne peut prétendre régir, à lui seul, les droits culturels. La portée des droits culturels est en effet bien plus vaste que le droit d'auteur, notamment puisqu'ils « garantissent le droit de chaque être humain à acquérir, “conserver, entretenir et développer un patrimoine particulier” dans le but de sauvegarder et de développer son identité »³⁴. Si la propriété intellectuelle peut ici garantir ces droits, ce n'est qu'en partie et même simplement à la marge d'autres droits, comme le droit du patrimoine. En outre, certains droits culturels qui peuvent se déduire des textes internationaux, comme le droit de participer à la vie culturelle de la communauté ou le droit au maintien, au développement et à la diffusion des patrimoines et des cultures, ne peuvent pleinement intégrer le dispositif encadrant la propriété littéraire et artistique. Les droits culturels invoquant, entre autres, le patrimoine commun et l'identité tant personnelle que collective, dépassent très largement le champ de la propriété littéraire et artistique. Cette dernière ne peut donc prétendre rendre compte de la totalité de ces droits fondamentaux, de sorte que nous nous intéresserons principalement ici aux droits culturels ayant les liens les plus prégnants avec la propriété littéraire et artistique.

³² À tel point que la définition des droits fondamentaux du vocabulaire Cornu est la suivante : « droits proclamés comme tels par diverses sources juridiques [...] dont la notion varie de l'une à l'autre et en doctrine, ainsi que leur liste, jusqu'à la prolifération... » ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2022, 14^{ème} éd., V. Fondamental.

³³ F. TERRÉ, « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux » *op. cit.*, p. 3.

³⁴ G. CHATTON, *Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels*, LGDJ, 2013, p. 2.

271. **Portée et titularité des droits culturels.** Le contenu des principaux textes relatifs aux droits culturels ayant été exposé, il nous revient de mettre en lumière leur valeur restreinte en droit positif (A), avant d'identifier les bénéficiaires de ces droits prérogatives (B).

A : Valeur restreinte des droits culturels de l'utilisateur en droit positif

272. **L'insuffisance d'un unique droit culturel.** Comme nous l'avons affirmé, en matière de droit de la propriété littéraire et artistique, la prise en compte des intérêts du public a lieu surtout au stade de la délimitation des exceptions. Il est également possible d'indiquer que la propriété littéraire et artistique étant notamment tournée vers la production et la protection des œuvres, celle-ci intègre déjà en partie une forme de droit culturel. Ce dernier peut être envisagé comme une matière, un domaine, mais pas comme un droit unique. En effet, il apparaît clairement que le droit de participer à la vie culturelle de la communauté et le droit d'accéder à la culture dans le cadre de l'instruction sont deux prérogatives différentes. De même, s'il fallait envisager un droit d'accéder à la culture, celui-ci n'aurait pas non plus la même assiette ni la même signification que les deux droits précédents. Il en résulte qu'il n'existe pas un, mais nécessairement plusieurs droits culturels.

273. **Multiplicité des droits culturels.** Sans constituer une véritable nébuleuse, l'on peut raisonnablement penser que les droits culturels sont nombreux. Il apparaît difficile de tous les énumérer. Pour autant, Madame Céline Romainville propose un ensemble hétérogène de droits de nature culturelle. Dans une approche globale, elle retient l'existence d'une liberté artistique, d'un droit au maintien, au développement et à la diffusion des patrimoines et des cultures, d'un droit d'accéder à la culture et à l'information en matière de culture, d'un droit de prendre part à la vie culturelle, d'une liberté de choix en matière culturelle, d'un droit de participer à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques culturelles et d'une égalité en matière culturelle³⁵. Ces droits seraient le résultat des accords et traités internationaux et de l'ensemble des textes de droit français. Cet ensemble de droits étant particulièrement complet

³⁵ C. ROMAINVILLE, *Le droit à la culture, une réalité juridique : le régime du droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et en droit international*, Thèse, Louvain, dir. M. VERDUSSEN, Bruylant, 2014, p. 384 et s.

à nos yeux, nous ne manquerons pas, par la suite, de l'utiliser et de tenter de définir l'étendue de chacun de ces droits. Notre attention sera cependant principalement focalisée sur quelques-unes de ces prérogatives.

274. Des droits distincts de la liberté d'expression et du droit à l'information.

La question peut se poser de savoir si les droits culturels ne seraient tout simplement pas qu'une composante de la liberté d'expression. Rappelons que la liberté d'expression concerne tant l'émission que la réception d'idées et d'informations³⁶. Dans ces circonstances, l'accès à une œuvre pourrait relever de la liberté d'expression. Il est toutefois possible d'exclure l'idée selon laquelle les droits culturels seraient tous strictement englobés au sein de la liberté d'expression et du droit à l'information. D'une part, la DUDH comprend un article spécifique à la liberté d'expression³⁷ auquel s'ajoute l'article 27 relatif au droit de participer à la vie culturelle de la communauté. D'autre part, l'œuvre ne peut, *a priori*, être qualifiée de simple information du fait de sa dimension culturelle. Le champ des droits culturels ne peut coïncider parfaitement avec celui de la liberté d'expression. C'est notamment le cas si l'on envisage un droit d'accès aux œuvres de l'esprit. Monsieur le Professeur Pierre-Yves Gautier considère à ce sujet le droit du public à jouir librement des œuvres comme plus large que le droit du public à l'information³⁸. Les droits du public possèdent donc plusieurs assises. Cela n'exclut pas que certains droits de nature culturelle soient extrêmement proches de la liberté d'expression, comme la liberté artistique. Nous reviendrons cependant, dans le détail, sur la liberté d'expression et surtout sur le droit à l'information en raison des liens qu'ils entretiennent avec les droits culturels.

275. La loi relative à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine.

Rappelons que la loi relative à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine présente plusieurs dispositions qui intéressent les droits culturels. Il est possible d'estimer, au regard de son contenu, qu'elle consacre une véritable liberté culturelle. Rappelons-le, elle proclame que « la création artistique est libre » et que « la diffusion artistique est libre ». Il s'agit ici de droits davantage tournés vers la personne de l'auteur. Ces droits apparaissent particulièrement proches de la liberté d'expression. Cette loi ne permet toutefois pas de déduire d'autres droits de nature culturelle qui iraient au-delà de cette libre création et diffusion artistique. Ainsi, ce texte, s'il a le mérite de reconnaître un droit culturel opposable, ne permet pas la reconnaissance d'un grand

³⁶ Convention européenne des droits de l'Homme, art. 10 al. 1 : « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière ».

³⁷ DUDH, art. 19.

³⁸ P-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2019, 11^{ème} éd., p. 422.

panel de droits culturels. En réalité, nous le constatons, les droits culturels se trouvent éparpillés au sein de plusieurs textes.

276. L'absence de caractère contraignant de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme. L'article 27 alinéa premier de la DUDH, proclamant le droit à participer à la vie culturelle de la communauté, présente une forte portée symbolique. Néanmoins, ce texte ne présente pas de réelle portée juridique puisqu'il ne constitue qu'une recommandation de l'Assemblée générale des Nations Unies³⁹. En effet, le Conseil d'État a déjà rappelé que la DUDH n'ayant pas été ratifiée, mais simplement publiée au journal officiel, celle-ci n'est pas d'application immédiate sur le territoire national⁴⁰. Cette absence de caractère contraignant de l'article 27 de la DUDH implique qu'elle ne constitue pas un instrument permettant de garantir le droit de participer à la vie culturelle de la communauté humaine. Dès lors, ce droit culturel ne présente aucun caractère obligatoire du fait du caractère déclaratif de la DUDH. Il existe alors un paradoxe entre l'importance déclarée du texte et ses effets concrets⁴¹. Pour autant, bien que la portée de la DUDH soit toute relative, elle n'en demeure pas moins un point de départ, un guide et un indice indispensable à la manifestation d'une grande diversité de droits culturels⁴².

277. Contenu et portée du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Si la DUDH ne présente qu'une valeur symbolique, il n'en est pas de même concernant les pactes de l'ONU du 16 décembre 1966. Ces pactes ont effectivement valeur de traité international. Ils sont non seulement en vigueur, mais ils ont également tous deux été ratifiés par la France. Dans ce contexte, l'on peut légitimement espérer que les droits culturels reconnus par ces pactes soient contraignants, d'autant que le PIDCP dispose théoriquement

³⁹ A. STROWEL, « La loi Création et Internet : de la confirmation d'un "droit d'accès" en droit d'auteur à l'analyse de la proportionnalité de la réponse graduée » in IRPI, *Contrefaçon sur Internet, les enjeux du droit d'auteur sur le web 2.0*, Colloque de l'IRPI, LexisNexis 2009, p. 109 : « Néanmoins, l'absence de force obligatoire de cette disposition [l'article 27 al. 1^{er} de la DUDH] – il s'agit seulement d'une recommandation de l'Assemblée générale des Nations Unies – en réduit la portée effective ».

⁴⁰ CE, 23 nov. 1984, n° 60106, *Roujansky*, (*AJDA*, 1985, p. 216, concl. D. LABETOULLE) : « considérant que la seule publication faite au Journal officiel du 9 févr. 1949, du texte de la déclaration universelle des droits de l'homme ne permet pas de ranger cette dernière au nombre des textes diplomatiques qui, ayant été ratifiés et publiés en vertu d'une loi, ont aux termes de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, une autorité supérieure à celle de la loi interne ; qu'ainsi, les requérants ne sauraient utilement invoquer cette déclaration ».

⁴¹ C. ROMAINVILLE, *Le droit à la culture, une réalité juridique : le régime du droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et en droit international*, op. cit., p. 196 : « les grandes déclarations parfois grandiloquentes sur l'importance fondamentale des droits culturels pour tous et les droits de l'homme et le sous-développement de cette catégorie de droits ».

⁴² C. ROMAINVILLE, *Le droit à la culture, une réalité juridique : le régime du droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et en droit international*, op. cit., p. 205 : « la Déclaration a une valeur symbolique et doit donc être considérée, *a minima*, comme un instrument interprétatif ».

d'un effet direct⁴³. Toutefois, dans les faits, ce Pacte ne présente pas de droits culturels intéressant directement le droit de la création immatérielle, seul l'article 27 du PIDCP évoquant le « droit de disposer de sa propre vie culturelle ». Or, ce texte se trouve destiné à la préservation des seules minorités ethniques, sa portée se trouvant, par là même, limitée. Surtout, la France, réfutant l'existence de toute minorité sur son territoire national, a émis une réserve concernant cet article. Ainsi, en l'état actuel, ce Pacte ne permet pas d'invoquer directement un droit de nature culturelle en France.

278. Contenu et portée du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels. L'invocabilité du droit de participer à la vie culturelle est peut-être alors à chercher au sein du PIDESC qui reprend justement le contenu de l'article 27 de la DUDH au sein de son article 15. Bien que cette disposition ne fasse l'objet d'aucune réserve de la part de la France, se pose la question de l'invocabilité du PIDESC par le sujet de droit. En réalité, et bien que ce texte soit généralement perçu comme stérile, rien ne s'oppose à son applicabilité directe⁴⁴. Bien au contraire puisque la France a ratifié, en 2014, le protocole facultatif relatif au PIDESC, permettant aux ressortissants nationaux d'adresser une requête au Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CODESC) en vue d'enquêter sur certains manquements de l'État concerné. Néanmoins, bien que la création de ce mécanisme soit un symbole fort à destination des habitants des pays signataires, il faut convenir qu'il présente une portée particulièrement limitée. En effet, bien que certains droits soient théoriquement invocables auprès du CODESC, ce dernier ne peut émettre que des recommandations auprès de l'État portant atteinte aux droits issus du pacte⁴⁵. De plus, le Comité doit demander son accord à l'État pour mener son enquête, réduisant d'autant la portée du protocole facultatif. Quand bien même une enquête serait autorisée, en l'absence de sanctions, certains doutent fortement d'une réponse adaptée de la France en cas d'émission d'une recommandation en matière de droits culturels⁴⁶. Ainsi, le droit de participer à la vie culturelle est, en l'état actuel, principalement

⁴³ C. ROMAINVILLE, *Le droit à la culture, une réalité juridique : le régime du droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et en droit international*, op. cit., p. 224.

⁴⁴ C. ROMAINVILLE, *Le droit à la culture, une réalité juridique : le régime du droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et en droit international*, op. cit., p. 212 : « Le PIDESC a très vite été considéré comme n'étant pas directement applicable. Pourtant, rien ne justifie d'exclure *a priori* toute applicabilité directe de cet instrument »

⁴⁵ S. GROSBON, « Ratification française du Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : ce qui avait de l'importance, ce qui n'en avait pas », *La revue des droits de l'Homme* [En ligne], 8 déc. 2014, p. 4 : « Les conditions de recevabilité des communications individuelles sont restrictives, les constatations et recommandations du CODESC n'ont pas à être exécutées par les États qui doivent seulement les examiner ».

⁴⁶ *Ibidem*, p. 3 : « si le Comité des droits économiques, sociaux et culturels constate une violation du Pacte par la France, il ne sera pas donné suite à son rapport ».

conçu dans un rapport vertical, en plus de ne donner lieu à aucune sanction en cas d'atteinte. Dans ces circonstances, l'image d'un droit de participer à la vie culturelle pleinement effectif et invocable par le public semble donc s'éloigner⁴⁷.

279. Invocabilité du droit de participer à la vie culturelle. Pour déterminer l'invocabilité du droit de participer à la vie culturelle de la communauté, il s'avère indispensable de questionner la notion même d'invocabilité. Cette dernière, concernant les droits de l'Homme, suppose quatre critères⁴⁸. Premièrement, il est impératif que le droit concerné soit prévu dans un texte spécifique et qu'il ne s'agisse pas simplement d'un principe nébuleux⁴⁹. Deuxièmement, le droit doit être susceptible d'une mise en œuvre effective, un droit utopique ne pouvant jamais être invocable. Troisièmement, le droit en question doit pouvoir être actionnable devant une juridiction. Quatrièmement, enfin, le droit, pour être pleinement invocable, doit être exécutable, c'est-à-dire qu'un organe doit être concrètement en mesure de mettre en œuvre ce droit. Il est clair que le droit de participer à la vie culturelle de la communauté, tel qu'il résulte du PIDESC, ne remplit pas l'intégralité des quatre critères, les deux derniers étant manquants. Est-ce à dire qu'il ne serait absolument pas invocable ?

280. Différents degrés d'invocabilité des droits de l'Homme. En réalité, au-delà d'une approche purement binaire, il est possible d'identifier plusieurs degrés d'invocabilité des droits de l'Homme. Cela est notamment le cas en droit de l'Union européenne qui distingue entre trois stades d'invocabilité. Dans sa forme la moins prégnante, il ne s'agit que d'une invocabilité d'interprétation conforme permettant de concevoir le droit national à la lumière de certaines dispositions du droit de l'Union⁵⁰. L'invocabilité peut encore se manifester pour neutraliser le droit national sans pour autant s'y substituer, écartant une disposition attentatoire à certaines valeurs. Enfin, pour que la justiciabilité du droit soit renforcée et plus simplement minimale⁵¹, il faut que le texte d'origine européenne produise un effet de substitution, le texte national étant écarté au profit d'une norme issue du droit de l'Union européenne. L'analogie au

⁴⁷ S. CARRE, *L'intérêt du public en droit d'auteur*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, 2004, t. 1, p. 228 : « il n'est aucun droit du public à la jouissance intellectuelle de l'œuvre dans le sens d'un droit subjectif d'exiger qu'une œuvre, du vivant de son auteur, soit communiquée ».

⁴⁸ S. BESSON, « L'effectivité des droits de l'homme : du devoir être, du pouvoir être et de l'être en matière de droits de l'homme » in J-B. ZUFFEREY, J. DUBEY et A. PREVITALI, *Mélanges en l'honneur de Marco Borghi*, dir. J-B. ZUFFEREY, J. DUBEY et A. PREVITALI, Schulthess Verlag, 2011, p. 71 et s.

⁴⁹ La simple existence d'un texte suffit généralement à remplir ce critère puisque, par nature et contrairement aux droits subjectifs, les droits de l'Homme ont vocation à être généraux.

⁵⁰ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, 1997, 3^{ème} éd., p. 440 : L'invocabilité d'interprétation conforme implique « l'obligation pour les juridictions nationales, d'interpréter la jurisprudence interne à la lumière de l'objet et du but d'une directive communautaire ».

⁵¹ *Ibidem*, p. 438 et s.

droit de l'Union n'est pas réellement contestable dans la mesure où, concernant les textes internationaux relatifs aux droits culturels, Madame Céline Romainville identifie des degrés d'invocabilité d'une très grande proximité. Elle dégage notamment un effet d'orientation, une obligation de *standstill*⁵² et un effet direct⁵³. En réalité, l'existence de nuances concernant l'invocabilité d'un droit de l'Homme n'a rien de propre au droit de l'Union européenne, mais s'impose dès lors que des normes de telle valeur sont issues d'un instrument international. Au regard de ce constat, le droit de participer à la vie culturelle de la communauté ne peut guère que prétendre à une invocabilité d'interprétation conforme. En effet, nous le verrons, certains droits culturels issus d'instruments internationaux ont déjà été utilisés par les juridictions nationales dans une optique interprétative. Cependant, cette invocabilité limitée du droit de participer à la vie culturelle ne vient-elle pas, de fait, remettre en cause son statut de droit fondamental ?

281. Compatibilité entre fondamentalité et invocabilité limitée du droit de participer à la vie culturelle. Pour savoir si un droit peut accéder à la fondamentalité sans être pleinement invocable, il peut être opportun de se tourner une nouvelle fois vers le droit de l'Union européenne. Prenons l'exemple de la Charte des droits fondamentaux dont les articles ne sont pleinement invocables que depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en 2009. Celle-ci, entre son adoption en 2000 et sa pleine reconnaissance par le TFUE, était cependant utilisée dans une logique d'interprétation conforme de la loi nationale par la CJUE. Pourtant, durant cet intervalle de neuf années, le statut de droit fondamental des dispositions issues de la Charte n'a pas été sujet à débat. Il en résulte qu'un droit à l'invocabilité limitée peut bien être qualifié de fondamental, quand bien même il ne produirait absolument aucun effet direct. L'exemple de la Charte des droits fondamentaux est également édifiant en ce qu'il démontre qu'il peut exister un véritable processus de concrétisation des droits fondamentaux, permettant progressivement de leur reconnaître une pleine effectivité. Si cette concrétisation promet d'être plus lente au sein des Nations unies, elle n'en demeure pas moins vraisemblable, voire inévitable. La valeur restreinte des droits culturels de l'utilisateur ayant été mise en lumière, il nous revient à présent de déterminer les bénéficiaires desdits droits culturels.

⁵² L'obligation de *standstill* implique alors que l'État signataire ne peut porter atteinte aux valeurs reconnues, à l'image de l'invocabilité négative observée en droit de l'Union.

⁵³ C. ROMAINVILLE, *Le droit à la culture, une réalité juridique : le régime du droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et en droit international*, op. cit., p. 42 et s.

282. **L'absence de droits au profit du public.** Une difficulté résulte dans la détermination des destinataires des droits fondamentaux culturels. À première vue, le public, dont la définition est peu aisée⁵⁴, semble être un candidat sérieux pour recueillir ces droits. Il serait, *a priori*, possible d'envisager le public, potentiel titulaire de droits, comme l'entité englobant l'ensemble des utilisateurs effectifs et potentiels de l'œuvre. Toutefois, il faut bien l'admettre, le public ne peut être titulaire de droits subjectifs, en ce qu'il représente un ensemble particulièrement indéterminé d'individus. Cette indétermination du public porte fortement atteinte à sa consistance et son appréhension par le Droit. Le public ne dispose pas de la personnalité juridique et ne peut donc être titulaire d'aucun droit subjectif⁵⁵. Il peut cependant exister des droits au profit des membres du public⁵⁶. Ainsi, dans l'ensemble des analyses développées en aval, toute référence au public en tant que titulaire de droits devra être entendue comme renvoyant à l'ensemble des membres du public.

283. **La présence de droits au bénéfice de l'utilisateur.** L'approche globale consistant à faire du public un titulaire de droits est vouée à l'échec. Néanmoins, il est possible de s'attacher non pas au public, mais plutôt à ses membres. Ceux-ci ne peuvent pas être considérés comme un ensemble, mais doivent être envisagés individuellement⁵⁷. Procédant de la sorte, le problème de l'indéterminabilité du sujet de droit est levé⁵⁸. Le titulaire du droit est donc identifié comme l'utilisateur de l'œuvre ou comme « l'usager final »⁵⁹ de ce bien. Il s'agit de toute personne qui accède ou qui est susceptible d'accéder à la connaissance de l'œuvre.

⁵⁴ P. GAUDRAT et F. SARDAIN, *Traité de droit civil du numérique*, Larcier, 2015, t. 1, p. 65 : « Quiconque s'aventure à tenter une approche de la notion de "public", ne tarde pas à mesurer la difficulté de l'entreprise : aussi fondamentale soit-elle (elle qualifie un espace, des biens, une fonction, des services, un droit), elle est l'une des plus difficiles à appréhender de notre système juridique ».

⁵⁵ S. CARRE, *L'intérêt du public en droit d'auteur*, op. cit., p. 521 : « Le public est une collectivité dépourvue de la personnalité juridique. Cette communauté ne saurait donc être considérée en tant que telle comme sujet de droit. Le défaut d'une telle qualité exclut la qualification de droit subjectif ».

⁵⁶ Leur existence est cependant parfois discutée : « Si certaines expressions du droit d'accès à la culture permettent d'identifier les bénéficiaires de droits subjectifs, il paraît difficile de considérer les membres du public comme des titulaires déterminés » : S. CARRE, *L'intérêt du public en droit d'auteur*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, 2004, t. 2, p. 524.

⁵⁷ A. ZOLLINGER, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, LGDJ, Thèse, Poitiers, dir. P. GAUDRAT, 2008, p. 324 : « Si le public est constitué de l'ensemble des individus potentiellement destinataires d'une communication, alors les droits du public peuvent être actionnés par chacun d'entre eux isolément, sans qu'il soit nécessaire de prouver son appartenance à un groupe particulier, ou la poursuite d'un intérêt collectif distinct de son intérêt personnel ».

⁵⁸ *Ibidem*, p. 324 : « le véritable titulaire des droits du public n'est donc pas le public en tant que tel, mais chacun de ses membres, c'est-à-dire chacun des destinataires potentiels d'une communication ou chaque individu d'une société ».

⁵⁹ *Ibid.*, p. 326.

Cette définition n'apparaît pour autant pas suffisante, notamment au regard de la finalité des droits culturels...

284. L'absence de vocation universelle des droits culturels au regard de leur nature et de leur finalité. Reconnaître la titularité de droits fondamentaux culturels au profit de tout utilisateur sans distinction conduit à un résultat insatisfaisant. Rien ne permet, à titre d'exemple, d'exclure les personnes morales de la catégorie des utilisateurs⁶⁰, alors que l'opportunité de droits culturels apparaît limitée à leur égard. En vérité, les droits fondamentaux culturels ne peuvent être parfaitement universels au regard de leur finalité. Pour que des droits fondamentaux culturels soient attribués à une personne morale, il est nécessaire que la nature de ces droits permette leur attribution⁶¹. Les droits fondamentaux relatifs à l'intégrité de l'individu échappent par principe aux personnes morales⁶². C'est ainsi que le droit à la vie ou le droit au respect de la vie privée ne sont pas, au regard de leur nature, reconnus aux personnes morales⁶³. Toutefois, au regard de la finalité culturelle des droits en cause, il semble qu'une écrasante majorité des personnes morales ne pourront être titulaires de droits fondamentaux culturels. En effet, aucun de ces sujets de droit ne peut directement invoquer ces prérogatives à son profit immédiat en l'absence de sensibilité de la personne morale. Seules certaines d'entre elles, comme les fondations et associations non lucratives poursuivant un but culturel, pourront prétendre à des droits de nature culturelle, non pas pour elles, mais au profit de leurs membres et bénéficiaires personnes physiques.

285. L'utilisateur agissant à titre non commercial, bénéficiaire des droits fondamentaux culturels. Au-delà des personnes morales, une distinction doit également être opérée au sein des personnes physiques. Il ne s'agit pas d'exclure certaines personnes physiques des droits fondamentaux culturels, mais de circonscrire les conditions d'exercice de ces droits au profit des individus. Nous considérons que lorsqu'une personne physique poursuit un but

⁶⁰ B PAUVERT et X. LATOUR, *Libertés publiques et droits fondamentaux*, Studyrama, 8^{ème} éd., 2018, [9^{ème} éd., 2021], p. 54 : « s'il est on ne peut plus logique de constater que les personnes physiques sont les premiers titulaires de droits et libertés, il ne faudrait pas pour autant en déduire que les personnes morales ne sont pas concernées par les droits fondamentaux ».

⁶¹ Il est ici intéressant de se reporter à la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne, art. 19-3 : « les droits fondamentaux s'appliquent aussi aux personnes morales dans la mesure où ils sont applicables à raison de leur nature ».

⁶² X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, *op. cit.*, p. 187 ; V. ég. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, de Bocard, 1921, 2^{ème} éd., t. 1, p. 325 : « l'homme individuel conscient de ses actes est toujours sujet de droit ; il est [...] le sujet de droit subjectif par excellence ».

⁶³ Cass. civ. 1^{ère}, 17 mars 2016, n° 15-14.072, (*D.*, 2016, p. 1116, note G. LOISEAU ; *D.*, 2016, p. 2365, obs. J-C. HALLOUIN ; *D.*, 2017, p. 181, obs. E. DREYER ; *Rev. sociétés*, 2016, p. 594, note L. DUMOULIN ; *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 309, obs. T. GISCLARD ; *RTD civ.*, 2016, p. 321, obs. J. HAUSER).

lucratif, elle est bien moins légitime à invoquer une prérogative de nature culturelle. Dès lors, les droits fondamentaux culturels seront essentiellement tournés vers les personnes physiques agissant en dehors de tout but commercial⁶⁴. Ce choix n'a rien d'arbitraire puisqu'il tient aux limites mêmes des droits fondamentaux culturels, la finalité culturelle étant éclipsée par une finalité purement économique. C'est la consubstantialité entre le droit culturel et la finalité culturelle de l'usage du bien qui commande cette solution. Ainsi délimités, les droits fondamentaux culturels ne peuvent être aisément détournés à des fins autres que culturelles. Nous retiendrons donc que les bénéficiaires des droits fondamentaux culturels de l'utilisateur sont les personnes physiques ou morales, destinataires de l'œuvre, qui poursuivent un but non commercial. Dans un souci de simplicité, nous désignerons à présent les titulaires de ces droits fondamentaux culturels sous le vocable d'« utilisateurs », en ayant bien conscience que tout utilisateur, au sens classique, n'est pas nécessairement titulaire de droits fondamentaux culturels⁶⁵.

286. Les droits de l'utilisateur, droits du consommateur ? À ce stade, un parallèle entre la définition de l'utilisateur et celle du consommateur devient inévitable. Rappelons que le Code de la consommation qualifie de consommateur : « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole »⁶⁶. Si cette dernière formule s'avère plus détaillée que celle fournie précédemment, il n'en demeure pas moins qu'elle coïncide parfaitement avec la définition que nous avons donnée de l'utilisateur. Dans ce contexte, pourquoi ne pas simplement qualifier l'utilisateur de consommateur ? L'emprunt du terme « consommateur » sera ici proscrit pour deux raisons essentielles. Il est nécessaire, en premier lieu, d'indiquer que le mot consommateur ne rend pas pleinement compte du rôle du public en matière culturelle. L'utilisateur ne se contente pas purement de consommer l'œuvre, il l'emploie dans une finalité culturelle. De plus, loin d'être systématiquement passif, l'utilisateur pourra, au titre de certains droits culturels, être à l'origine d'œuvres dérivées, rendant la référence au droit de la

⁶⁴ La limitation des droits fondamentaux culturels aux seules activités non commerciales peut apparaître critiquable dans la mesure où aucune protection ne serait accordée dès lors qu'une activité lucrative est entreprise. Néanmoins, les droits culturels ne sont qu'une catégorie de droits fondamentaux qui n'ont vocation qu'à bénéficier à certains sujets de droit. L'exploitant, agissant à titre commercial, pourra donc utilement invoquer d'autres droits et libertés fondamentaux dans le cadre de son activité, comme la liberté du commerce et de l'industrie ou la liberté d'expression.

⁶⁵ C. CARON, *Abus de droit et droit d'auteur*, Thèse, Paris II, dir. A. FRANÇON, Litec, 1998, p. 264 : « le public est souvent qualifié comme un ensemble d'utilisateurs, notamment en droit de l'informatique, catégorie qui d'ailleurs, semble plus large que le consommateur puisque l'utilisateur peut aussi se servir de l'œuvre dans un but purement professionnel ».

⁶⁶ C. conso., art. liminaire

consommation inadéquate⁶⁷. Il faut ensuite indiquer, en second lieu, que le terme consommateur, appliqué au droit de la propriété littéraire et artistique, apparaît particulièrement péjoratif. Il revient à comparer l'œuvre à un simple produit alors même que sa dimension culturelle l'émancipe largement de ce statut. L'œuvre conçue comme un simple bien de consommation, l'auteur n'est alors que le fournisseur d'un produit tandis que le public ne constitue qu'une clientèle. Il en résulte que qualifier les membres du public de consommateurs revient à désacraliser et désincarner tout le droit de la création immatérielle. C'est ainsi, pour l'ensemble de ces raisons, que les personnes privées agissant à titre non commercial seront qualifiées d'utilisateurs.

287. Distinction entre droits fondamentaux de l'auteur et de l'utilisateur.

Les droits fondamentaux culturels jusqu'ici évoqués correspondent à ceux de l'utilisateur. Bien entendu, l'auteur sera lui aussi titulaire de droits fondamentaux culturels, ces derniers pouvant être invoqués lorsque l'œuvre se trouvera exploitée. Cette distinction se justifie au regard de la finalité du droit patrimonial de l'auteur, qui favorise l'exploitation de l'œuvre par son créateur. Il serait aberrant que l'auteur ne puisse opposer sa liberté artistique à la société au prétexte que son œuvre fait l'objet d'une exploitation, ce qui est bien souvent sa vocation même. Il y a donc lieu de distinguer, au fond, entre les droits fondamentaux culturels de l'émetteur de l'œuvre, l'auteur, et les droits fondamentaux culturels du destinataire de l'œuvre, l'utilisateur. Avant d'étudier les principaux droits fondamentaux culturels de l'auteur et de l'utilisateur, il convient cependant de s'intéresser sérieusement à un droit fondamental non culturel qui pourrait largement restreindre la portée des droits de l'utilisateur : la propriété.

§2 : L'intérêt général comme assise de la propriété de l'auteur

288. Impact de l'intérêt général sur la propriété intellectuelle. Les droits fondamentaux culturels ne sont pas déconnectés de la propriété littéraire et artistique. En effet, même en droit positif, certains de ces droits revêtent une importance capitale pour l'auteur, comme la liberté artistique. Celle-ci, à l'instar de nombreux autres droits culturels et du droit de la propriété intellectuelle, participe à la préservation de l'intérêt général⁶⁸. Ce dernier n'est

⁶⁷ L'œuvre dérivée créée par l'utilisateur ne devra cependant jamais être utilisée dans un but commercial comme nous le verrons.

⁶⁸ L'intérêt général se définit comme « ce qui est pour le bien public, à l'avantage de tous » : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2022, 14^{ème} éd., V. Intérêt.

cependant pas le seul intérêt protégé par la matière ; les droits et libertés individuels représentent également un enjeu central susceptible d'éclipser l'intérêt du plus grand nombre. Nous verrons donc que si la réservation propriétaire est partiellement fondée sur l'intérêt général (I), elle sert cependant imparfaitement le bien commun (II).

I : Une réservation propriétaire partiellement fondée sur l'intérêt général

289. Fonction sociale des propriétés. Les prérogatives dont sont titulaires les sujets de droit ne trouvent pas seulement leur justification dans la satisfaction de l'intérêt de leur titulaire. Chaque droit remplit nécessairement une fonction sociale précise, même lorsque les apparences laissent à penser le contraire. Il en est ainsi tant de la propriété civiliste que des propriétés intellectuelles qui poursuivent la préservation de l'intérêt général. Pour étayer notre propos, nous mettrons tour à tour en lumière la fonction sociale de la propriété civiliste (A), et celle des propriétés intellectuelles (B).

A : Mise en lumière de la fonction sociale de la propriété civiliste

290. Distinction entre propriété civiliste et propriété constitutionnellement protégée. Avant de d'identifier la fonction sociale que doit poursuivre la propriété, il convient de définir cette dernière. La propriété est classiquement conçue comme « le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et par les règlements »⁶⁹. La propriété est également envisagée, par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, comme un droit naturel et imprescriptible de l'Homme⁷⁰. Bien entendu, la propriété peut tant renvoyer au droit qu'à l'objet sur lequel s'exerce ce droit⁷¹. Il est ici question du seul droit et non de l'objet appréhendé par celui-ci. Cette distinction n'est toutefois pas suffisante pour apporter une réelle délimitation de la propriété. Effectivement, le droit de propriété tel qu'il ressort du Code civil ne possède pas la même portée que celui

⁶⁹ C. civ., art. 544.

⁷⁰ DDHC, art. 2.

⁷¹ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété : contribution à la théorie du droit subjectif*, Thèse, Lyon III, dir. J. RUBELLIN-DEVICHI, 1981, t. 1, p. 393 : « La propriété pour le code civil a avant tout un sens subjectif. La propriété du code civil, c'est celle de l'article 544, celle de l'article 543, qui distingue clairement le droit et son objet ».

protégé par le bloc de constitutionnalité⁷². La propriété, au sens constitutionnel, fait l'objet d'une protection bien plus étendue que la propriété civiliste⁷³. Au fond, en droit constitutionnel, la propriété fait l'objet d'une vision idéalisée, tandis que la propriété du Code civil est, elle, dans la mêlée, en prise avec de multiples considérations qui tendent inexorablement à la relativiser. La propriété civiliste, réunion de la majorité des utilités du bien, demeure néanmoins vigoureuse, en raison de son rattachement à la propriété décrite dans la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen⁷⁴. Il est donc possible de distinguer deux types de propriétés. C'est ici la propriété civiliste qui retiendra majoritairement notre attention.

291. Limitations de la propriété civiliste. Notons d'ores et déjà que même la propriété constitutionnellement protégée connaît une importante limitation, notamment du fait de la faculté d'expropriation réservée à la puissance publique⁷⁵. La « nécessité publique » justifiant la dépossession du bien marque le poids de l'intérêt général, même face à un droit réputé inviolable et sacré. Le Conseil constitutionnel, même lorsqu'il évoque la valeur de la propriété constitutionnellement protégée, rappelle que l'intérêt général constitue une importante limite à celle-ci⁷⁶. La propriété civiliste est donc d'autant plus sujette à des limitations, notamment au regard de l'intérêt général⁷⁷. Prétendument absolue, elle s'incline pour permettre le passage de réseaux sur un terrain, pour respecter un plan local d'urbanisme

⁷² J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Bruylant, 1953, 2^{ème} éd. [3^{ème} éd., 1959], p. 143 : « Il y a un écart entre la règle de droit naturel et de justice, qui veut la propriété, et la consécration de la propriété par la voie des codes, des tribunaux, de la force publique ».

⁷³ M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD, *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz, 2012, t. 3, p. 248 : « le champ normatif du droit de propriété en droit privé est beaucoup plus limité que le champ du droit de propriété constitutionnellement protégé ».

⁷⁴ La propriété constitutionnellement protégée n'est cependant pas exempte de toute faiblesse ou limite. En ce sens, V. C. GEIGER, « Le droit d'accès à l'information » in M. BUYDENS et S. DUSOLLIER, *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, 2008, p. 187 : « Le droit de propriété protégé constitutionnellement n'a certainement plus la même signification aujourd'hui que lors de sa consécration en 1789, à l'aube de l'avènement du libéralisme. En effet, le concept de propriété va évoluer sensiblement au fur et à mesure que le libéralisme va être corrigé par un État de plus en plus interventionniste, de sorte que celui-ci va perdre ce caractère "inviolable et sacré" qu'il avait auparavant ».

⁷⁵ DDHC, art. 17.

⁷⁶ V. Cons. Const., 16 janv. 1982, Décision n° 81-132, (*D.*, 1983, p. 169, note L. HAMON ; *AJDA*, 1982, p. 377, note J. RIVÉRO ; *Gaz. Pal.*, 1982, n° 1, p. 67, note S. PIÉDELIEVRE et J. DUPICHOT ; *RD publ.*, 1982, p. 377, note L. FAVOREU ; *D.*, 1983, p. 169, note L. HAMON), cons. 16 : « si postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général, les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique ».

⁷⁷ F. GIRARD, « La propriété inclusive au service des biens environnementaux, repenser la propriété à partir du *bundle of rights* », *Cahiers Droit, sciences et technologies*, 2016, p. 185, n° 19 : « Redescendue du piédestal sur lequel l'avaient placée les penseurs libéraux des XVIII^e et XIX^e siècles, la propriété ne peut apparemment plus être pensée comme un bloc absolu détaché des arrangements complexes arrêtés par les gouvernements. L'histoire révèlera que c'était une erreur de le croire ».

ou pour limiter la distance entre les vues de l'immeuble et la limite de la propriété voisine. Parfois même, la propriété du bien est accordée à celui qui en était le simple possesseur, évinçant le propriétaire originel. Avec la propriété civiliste, l'absolu est paradoxalement relatif⁷⁸...

292. **Absoluité de la propriété civiliste.** Si la propriété civiliste peut connaître de nombreuses limites, doit-elle toujours être qualifiée d'absolue ? Certes, l'absoluité devrait, par définition, ne connaître aucune gradation, de sorte que toute idée d'une propriété absolue devrait être écartée en droit positif⁷⁹. En effet, la propriété correspond, étymologiquement, à ce qui est parfaitement propre à quelqu'un, ce qui n'est partagé avec personne⁸⁰. Toutefois, l'utilisation de l'adjectif absolu n'est pas dépourvue de sens concernant la propriété civiliste. Au-delà d'une absoluité stricte et inatteignable, il est possible d'affirmer que la propriété du Code civil serait absolue en ce qu'elle assure le rapport d'exclusivité le plus complet possible entre le propriétaire et sa chose. Ainsi, bien que certaines utilités de la chose échappent, de fait, au propriétaire, le caractère absolu du droit ne peut véritablement être remis en question⁸¹. Il en résulte également que, si certains modèles propriétaires peuvent présenter une absoluité moins prononcée que d'autres⁸², cette caractéristique demeure indissociable de la propriété. Toutefois, si la propriété se révèle nécessairement absolue, elle semble, *a priori*, ne trouver sa cause que dans la protection du propriétaire.

293. **Les droits-fonctions.** Déterminer la fonction sociale d'un droit donné revient à cerner son rôle. Critiquant la théorie de la fonction sociale des droits, le doyen Dabin, reviendra sur une distinction fondamentale entre deux conceptions des prérogatives individuelles.

⁷⁸ J-P. CHAZAL, « Le propriétaire-souverain : archéologie d'une idole doctrinale », *RTD civ.*, 2020, p. 1 : « La propriété serait donc un droit illimité, mais qui a des limites ; un droit absolu, mais tout de même un peu relatif » ; V. ég. J-L. THIREAU, « La propriété du Code civil : modèles et anti-modèles » in T. REVET, *Code civil et modèles : des modèles du Code au Code comme modèle*, LGDJ, 2005, p. 172.

⁷⁹ J-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil : les biens*, LGDJ, 2010, 2^{ème} éd., p. 97 : « Un propriétaire ou un bien n'est jamais isolé. Toute propriété est confrontée à d'autres propriétés et se heurte à d'autres droits qui la limitent inéluctablement. L'absolutisme, que peut prôner une idéologie, n'est qu'un leurre en droit positif et ne s'y est jamais accompli » ; V. ég. C. MOULY, « Place de la propriété parmi les droits de l'Homme » in M. FALQUE et M. MASSENET, *Droits de propriété et environnement*, Dalloz, 1997, p. 35 : « Il est de même aisé de repousser l'argument, faux dans l'histoire comme dans la logique, que la propriété serait un droit absolu car l'article 544 du Code civil emploie ces mots. Outre que cette formule vise d'abord à éviter la réapparition du domaine éminent qui caractérisait le système féodal, elle n'a pas de portée juridique précise ».

⁸⁰ W. DROSS, *Droit civil, les choses*, LGDJ, 2012, p. 84.

⁸¹ *Ibidem*, p. 12 : « Ce n'est pas parce que la chose en question n'offre pas certaines des utilités généralement attendues que le droit absolu qu'exerce le propriétaire à son égard s'en trouve affecté ».

⁸² Le degré d'absoluité peut également fluctuer à travers le temps concernant le même mécanisme réservataire : C. ALBIGES, *Introduction au droit*, Bruylant, 2021, 7^{ème} éd., p. 191 : « L'approche individualiste et absolutiste du droit de propriété, consacrée à partir de 1789, a été tempérée par les juges, au nom d'une approche plus sociale de la notion ».

La différenciation repose ici sur la finalité attribuée aux droits subjectifs. L'auteur oppose dès lors les droits à fin égoïste aux droits-fonctions⁸³. Les droits qualifiés d'égoïstes auraient pour unique vocation de servir leur titulaire. Le droit est alors conçu indépendamment de l'ordre social. *A contrario*, le droit-fonction⁸⁴ est celui qui vise à remplir un objectif donné, indépendamment de la satisfaction des besoins du titulaire de ce droit. Dans cette conception, chaque droit subjectif est conçu pour satisfaire un intérêt qui sera souvent collectif. Notons que, bien souvent, le droit-fonction servira indirectement le titulaire du droit qui, agissant égoïstement dans les limites accordées par son droit, agira dans le même temps au bénéfice d'un intérêt supérieur au sien⁸⁵. Toutefois, le doyen Dabin s'oppose rapidement à la conception des prérogatives individuelles en tant que droits-fonctions : « sous réserve des restrictions "sociales" imposées au droit subjectif soit par la loi, soit par la coutume juridique, soit par toute autre source compétente, le droit subjectif n'est et ne peut être donné qu'en vue du bien de son titulaire. Et c'est pourquoi il vaut mieux, en définitive, renoncer à l'idée de fonction sociale »⁸⁶. Retenant une analyse en termes de fonction sociale des droits, nous ne pouvons souscrire à cette dernière énonciation. Impossible, comme l'affirme justement le doyen Josserand, de construire le Droit sans prise en compte de l'ordre social⁸⁷. Le Droit n'existe et n'a de sens que du fait de l'interaction de plusieurs individus entre eux, de même que le langage ne se conçoit pas sans interlocuteur. Les droits sont conçus par la société et pour la société. Nous allons le démontrer en nous appuyant sur l'exemple de la propriété civiliste.

294. Incertitude quant à l'intérêt poursuivi par la propriété. La propriété civiliste, du fait de son caractère absolu, peut être d'abord tenue pour un droit purement égoïste. Ce droit profite en effet au propriétaire qui en jouit librement et qui n'a que peu de comptes à rendre et peu d'autorisations à recueillir dans l'exercice de son droit. L'intérêt général n'est, dans cette hypothèse, protégé qu'indirectement, la poursuite des intérêts égoïstes conduisant à la

⁸³ J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 217.

⁸⁴ Monsieur le Professeur Christophe Geiger utilise, quant à lui, la notion de droits « finalisés » : C. GEIGER, « Les droits fondamentaux, garanties de la cohérence du droit de la propriété intellectuelle ? », *JCP G*, n° 29, 14 juill. 2004, doct. 150.

⁸⁵ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 1939, 2^{ème} éd., p. 322 : « Le propriétaire et, d'une façon plus générale, le titulaire d'un droit quelconque, peut bien mettre ses prérogatives au service de ses intérêts, mais à la condition que ceux-ci ne soient pas en opposition avec les intérêts vitaux de la communauté dont il ne constitue qu'une cellule, à la condition qu'il demeure dans l'esprit de l'institution ; du moment qu'il en sort, il trahit la confiance que les pouvoirs publics avaient placée en lui ; il fait en quelque sorte le droit sien, il en abuse ».

⁸⁶ J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 220 ; V. également p. 218 : « Telle est la fonction normale des droits subjectifs : servir leur titulaire ».

⁸⁷ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*, *op. cit.*, p. 395 : « Dans une société organisée, les prétendus droits subjectifs sont des droits-fonctions ».

satisfaction de l'intérêt de tous. Toutefois, dans ce schéma, l'argument peut être totalement renversé tout en restant valable. Le Droit, afin de servir l'intérêt général, accorderait des droits au propriétaire, de sorte que l'octroi de droits à un individu ne serait qu'une conséquence du but initialement poursuivi. Il s'agirait d'une vision centrée sur la société et non sur l'individu. Dans ce contexte, comment déterminer l'intérêt motivant l'existence du droit de propriété ?

295. Fonction sociale de la propriété civiliste. L'un des arguments en faveur d'une propriété tournée vers le propriétaire réside dans la sécurité qu'elle apporte à l'individu : il devient roi en son moulin⁸⁸. C'est en ce sens que la propriété peut être envisagée comme une liberté individuelle⁸⁹. Toutefois, cet argument ne suffit pas à considérer la propriété comme un pur droit égoïste⁹⁰. Peu importe que les droits accordés au propriétaire soient de grande ampleur et lui procurent un grand bénéfice : l'important est de savoir si ce droit est accordé en vue de satisfaire l'intérêt général⁹¹. Or, comme le rappelle Portalis : « personne n'aurait planté, semé ni bâti, si les domaines n'avaient été séparés, et si chaque individu n'eût été assuré de posséder paisiblement son domaine »⁹². La propriété est éminemment utile à la société en ce qu'elle pérennise une possession nécessairement précaire dans l'état de nature⁹³. Sans réservation des utilités du bien par la propriété, ou par tout autre mécanisme de réservation, la vie en communauté s'avère largement compromise, et avec, tout le potentiel engendré par les interactions humaines. Si la propriété n'avait pas été à ce point favorable au développement des relations sociales, gageons qu'elle aurait pris une tout autre place dans notre société. Ainsi les

⁸⁸ J. CARBONNIER, *Droit civil*, PUF, 2000, t. 3, 19^{ème} éd., p. 130 ; sur l'importance du terme « absolu » au sein de l'article 544 du Code civil : « chaque citoyen monarque absolu dans sa maison, tout Français devenu Louis XIV, n'est-ce pas la Révolution ? ».

⁸⁹ A. SANCHEZ DE LA TORRE, « Qu'en est-il de la réalité du droit ? » in F. TERRÉ, *Le droit et l'immatériel, Archives de philosophie du droit*, t. 43, Sirey, 1999, p. 25 : « Vraiment, c'est le droit de propriété qui offre à chacun la sûreté, la liberté et l'utilité. La propriété n'est autre chose que la réalisation du droit dans la perspective de la liberté du sujet humain capable de créer, produire, occuper ou rendre utile une chose ».

⁹⁰ B. MALLET-BRICOUT, « QPC et immeuble » in C. ALBIGES et C. HUGON, *Immeuble et droit privé : approches transversales*, Lamy, 2012, p. 55 ; V. ég. M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Sirey, 1910, p. 63.

⁹¹ La loi fondamentale allemande s'inscrit d'ailleurs parfaitement dans cette perspective en indiquant, au deuxième alinéa de son article 14, que « Propriété oblige. Son usage doit contribuer en même temps au bien de la collectivité ».

⁹² J-E-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil rapporté in Collectif Litec, Le discours et le code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, févr. 2004, LIV ; V. ég. A-C. RENOUEAU, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, éd. Jules Renouard, 1838, vol. 1, p. 444 : « si, quand un homme tient un fruit, chacun pouvait le lui arracher de la main ou de la bouche, s'il s'abrite sous un toit et qu'on l'en chasse, s'il laboure un champ et le sème mais que le premier venu moissonne, qui serait assez fou pour cultiver, pour exploiter, pour compter sur l'instant qui suivra ? »

⁹³ J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, Flammarion, 1984, [1^{ère} éd. 1690, trad. D. MAZEL] p. 274 : « tous les hommes étant Rois, tous étant égaux et la plupart peu exacts observateurs de l'équité et de la justice, la jouissance d'un bien propre, dans cet état, est mal assurée, et ne peut guère être tranquille ».

arguments qui sous-tendent une finalité égoïste de la propriété sont également mobilisables dans le cadre de la démonstration contraire⁹⁴.

296. Manifestations de la fonction sociale de la propriété. La fonction de la propriété civiliste transparaît fortement dans l'ensemble des limites qui y sont apportées, et qui sont, bien souvent, tournées vers la satisfaction de l'intérêt général⁹⁵. Indiquons tout de suite que les démembrements de propriété, servitudes mises à part, de même que la copropriété ne constituent pas, à notre sens, des limites au droit de propriété, mais plutôt un mode d'expression de celle-ci. Toutefois, dans d'autres hypothèses, comme la nécessaire obtention d'un permis de construire, ou l'existence d'une servitude⁹⁶, la limitation au droit de propriété est manifeste. En la matière, l'expropriation fait figure de symbole : elle se présente comme l'atteinte ultime à la propriété de l'auteur. Mais d'où tire-t-elle sa légitimité ? L'expropriation se justifie par une cause d'utilité publique. La satisfaction de l'intérêt général est donc bien présente, bien qu'intérêt général et utilité publique ne soient pas toujours parfaitement indissociables⁹⁷. L'expropriation est l'une des manifestations les plus visibles de la prédominance de l'intérêt général sur le droit subjectif du propriétaire. L'abus de droit représente également une limite non négligeable aux prérogatives du propriétaire. Depuis l'arrêt *Clément-Bayard* du 3 août 1915⁹⁸, il est admis que le droit de propriété ne peut être employé dans l'unique but de nuire à autrui. L'abus de droit tend donc, lui aussi, à relativiser toute approche du droit de propriété comme simple droit égoïste. Ainsi, les multiples limites au droit exclusif sont autant de manifestations de la fonction sociale de l'outil propriétaire⁹⁹.

297. Fonction probatoire de l'usucapion. Parmi les mécanismes les plus révélateurs de la fonction sociale de la propriété, l'usucapion occupe une place centrale. La prescription acquisitive immobilière se trouve en effet justifiée par au moins deux impératifs, le premier résidant dans sa fonction probatoire¹⁰⁰. Rappelons qu'en matière de propriété d'un immeuble,

⁹⁴ L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Librairie Félix Alcan, 1912, p. 159 : « si l'affectation d'une chose à l'utilité individuelle est protégée, c'est avant tout à cause de l'utilité sociale qui en résulte ».

⁹⁵ M. MARELLA, « Fonction sociale de la propriété (Italie et Amérique latine) » in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD, *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017, p. 562.

⁹⁶ Ce constat n'est cependant valable que lorsque l'on se place du point de vue du fonds servant.

⁹⁷ L'utilité publique peut en effet être perçue comme étant orientée vers l'État et non vers la communauté.

⁹⁸ Cass. ch. requ., 3 août 1915, n°00-02.378, *Clément-Bayard*.

⁹⁹ L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, *op. cit.*, p. 21 ; V. ég. M. OUTTERS BALIGAND, *Les propriétés intellectuelles à l'aune du triptyque*, Thèse, Paris I, dir. G. LOISEAU, 2015, p. 205 : « véritable outil du Droit au service de la société au sens large, son contenu s'adapte en conséquence, et l'*usus* du propriétaire n'est exclusif que dans la mesure où il ne contredit pas cette fonction ».

¹⁰⁰ J-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil : les biens*, *op. cit.*, p. 210 : « En réalité, la prescription est aussi un mode de preuve de la propriété immobilière qui devient incontestable dès lors que son

le propriétaire se trouve tenu de rapporter la preuve de l'ensemble des contrats translatifs de propriété sur le bien depuis sa première occupation. Face à cette *probatio diabolica* l'usucapion bénéficie directement au propriétaire en lui épargnant de produire les actes de vente anciens de plus de dix ans en présence d'un juste titre ou de trente ans dans les autres hypothèses. Analysée sous cet aspect, la prescription acquisitive immobilière peut être considérée comme un outil au service direct du titulaire du droit, induisant l'idée selon laquelle la propriété serait un droit purement égoïste¹⁰¹. Cet argument a le mérite de prouver, contrairement à ce que l'on pourrait intuitivement penser, que l'usucapion ne joue pas contre la propriété¹⁰². Il serait toutefois hâtif d'affirmer que cette fonction probatoire de l'usucapion poursuivrait une fin simplement égoïste. De même que la reconnaissance d'un droit exclusif largement défini est dictée par l'intérêt de tous, le renforcement de ce même droit exclusif s'impose au profit de la société. Quoi de plus terrible pour une communauté que de laisser toute propriété immobilière tomber dans la précarité par le jeu de la *probatio diabolica* ? Au-delà d'une simple fragilisation de la situation du propriétaire, l'absence de toute prescription acquisitive empêche une exploitation efficace des sols, édifications et de leurs accessoires, ce qui va à l'encontre de l'intérêt général. Il en résulte que la fonction probatoire de l'usucapion est loin d'impliquer que la propriété serait un droit égoïste.

298. Fonction acquisitive de l'usucapion. Outre sa fonction probatoire, l'usucapion trouve également sa raison d'être dans sa fonction acquisitive. Cette dernière est motivée par un impératif majeur : l'utilisation optimale des ressources mises à la disposition de l'Homme. L'esprit de l'usucapion peut alors être synthétisé de la manière suivante : mieux vaut un possesseur actif qu'un propriétaire oisif¹⁰³. Si la propriété était un droit purement égoïste, jamais le Droit ne permettrait que la propriété du bien soit accordée à un simple possesseur, même infiniment plus productif que le propriétaire légitime. Partant, le mécanisme de

titulaire démontre en avoir eu la possession utile pendant un temps suffisant, alors qu'un titre ne suffit pas à établir les droits de tous ses auteurs successifs et donc le sien ».

¹⁰¹ L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, Sirey, 1938, 3^{ème} éd., t. 1, p. 868 : « La prescription acquisitive a été introduite non pour assurer la victoire du spoliateur, mais du légitime propriétaire ».

¹⁰² *Ibidem*, p. 868 : « L'œuvre du temps est une œuvre de consolidation, non de spoliation ; la prolongation de l'état de fait dénonce, découvre le droit, mais n'est nullement destinée à le méconnaître et à l'étouffer ».

¹⁰³ W. DROSS, *Droit civil, les choses, op. cit.*, p. 496 : « La règle est juste car les faits démontrent que le bien n'avait pas été attribué par la société à qui en avait véritablement besoin. L'usucapion est un instrument de réalisation de la justice distributive » ; V. ég. J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil, op. cit.*, p. 204 : « Mais si l'herbe de son clos se pourrit sur la terre, ou que les fruits de ses plantes et de ses arbres se gâtent, sans qu'il se soit mis en peine de les recueillir et de les amasser, ce fonds, quoique fermé d'une clôture et de certaines bornes, doit être regardé comme une terre en friche et déserte, et peut devenir l'héritage d'un autre » ; V. ég. J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil : les biens, op. cit.*, p. 210 : « l'inertie prolongée du propriétaire le rend indigne de protection ».

l'usucapion est l'un des révélateurs les plus flagrants de la qualité de droit-fonction du droit de propriété. Ce dernier ne sert alors son titulaire qu'indirectement, que par incident. Il cherche à satisfaire l'intérêt général en octroyant des prérogatives étendues au propriétaire et cette recherche trouve une continuité lorsqu'elle fait s'incliner le droit de propriété au profit de l'intérêt de tous¹⁰⁴. En définitive, le droit de propriété, au regard de ses fonctions probatoire et acquisitive, doit nécessairement être envisagé comme un droit-fonction.

299. **Caractère naturel de la propriété civiliste.** La question peut se poser de savoir si, au regard des éléments que nous avons développés, la propriété civiliste est un droit naturel. Certains affirment clairement que ce ne serait pas le cas. Ainsi, Monsieur Fabien Girard, reprenant Commons, indique que « loin d'être de droit naturel, la propriété est une institution complexe et variable qui est créée par l'État »¹⁰⁵. Dans cette vision positiviste, la propriété est un instrument créé par le seul esprit humain et pour répondre aux besoins des individus¹⁰⁶. Nous nous inscrivons cependant en opposition avec une telle vision. Le fait que la fonction sociale de la propriété soit liée à des considérations permettant le développement de l'Homme en société permet d'affirmer qu'il s'agit bien – au moins dans la conception que nous lui connaissons –, d'un droit naturel. La réservation exclusive de la chose s'impose pour permettre un équilibre entre sa conservation et son utilisation optimale. Il ne s'agit cependant pas d'affirmer que la propriété serait naturelle à l'exclusion de tout autre mécanisme. En effet, le droit naturel représente avant tout un domaine, une étendue au sein de laquelle plusieurs mécanismes peuvent s'inscrire. Différents modèles pourront intégrer le droit naturel, tant que certains critères, parfois difficiles à déterminer, sont remplis. À titre d'exemple, sous l'Ancien Régime, la distinction entre domaine éminent et domaine utile peut être envisagée comme participant du droit naturel, en ce qu'elle permet une exploitation optimale des terres dans un système féodal¹⁰⁷. Au fond, c'est probablement la réservation de la majorité des utilités du bien corporel à un nombre très restreint d'individus qui pourrait décrire l'étendue du droit naturel en

¹⁰⁴ Pour une vision conciliant droit égoïste et droit-fonction concernant la propriété V. C. CARON, « Le droit à l'image des biens : le propriétaire peut s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal », *JCP G*, n° 23, juin 2004, p. 1008.

¹⁰⁵ F. GIRARD, « La propriété inclusive au service des biens environnementaux, repenser la propriété à partir du *bundle of rights* », *op. cit.*, p. 185, n° 14.

¹⁰⁶ É. LABOULAYE, *Histoire du droit de propriété foncière en occident*, Laboulaye, Durand et Remmelmann, 1839, p. 59 : « Le droit de propriété est une création sociale ; les lois ne protègent pas seulement la propriété, ce sont elles qui la font naître ».

¹⁰⁷ R. LIBCHABER, « La propriété, droit fondamental » in R. CABRILLAC, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2022, 28^{ème} éd., p. 823 : « La féodalité avait laissé en France un héritage confus en matière de biens : l'idée que toutes les utilités d'une terre puissent être réunies n'y avait pas cours ; au contraire, les terres n'étaient vues que comme des supports de droits variés, intriqués et complémentaires, qui permettaient une utilisation maximale du sol par la complémentarité des usages et des utilisateurs ».

la matière. La fonction sociale de la propriété littéraire et artistique ayant été mise en évidence, nous pouvons à présent rechercher la fonction sociale de la propriété intellectuelle.

B : Mise en lumière de la fonction sociale de la propriété intellectuelle

300. Rôle de la propriété intellectuelle. À l'instar de la propriété civiliste, la propriété intellectuelle remplit une fonction sociale déterminée. Elle vise notamment la diffusion des créations dans l'intérêt général. Si ce rôle est au fondement de ces deux propriétés, les buts qu'elles poursuivent sont différents, de même que leurs natures. Nous nous appliquerons donc à déterminer les convergences et divergences entre propriété civiliste et propriété intellectuelle (1), avant d'étudier la fonction sociale de la propriété intellectuelle, outil de progrès des sciences et de propagation des idées (2).

1 : Convergences et divergences entre propriété civiliste et propriété intellectuelle

301. La propriété intellectuelle, une propriété ? Le parallèle entre propriété intellectuelle et propriété civiliste peut s'avérer fortement utile afin de déterminer l'impact de l'intérêt général sur la propriété littéraire et artistique. Toutefois, un tel parallèle suppose de déterminer la nature de la propriété accordée à l'auteur. Est-ce véritablement une propriété ? Quelles sont les différences entre propriété civiliste et propriété littéraire et artistique ? La définition de la propriété de l'article 544 du Code civil est déjà connue. Quant à la propriété intellectuelle, celle-ci se définit comme le « droit d'exploiter une chose créée par l'esprit, dans les conditions matérielles et morales posées par celui qui est à son origine »¹⁰⁸. Cette forme de propriété se caractérise par la maîtrise quasi complète des utilités sur un bien purement issu du génie humain¹⁰⁹. Par conséquent, il existe, à première vue, une grande similarité entre propriété de l'auteur et propriété civiliste¹¹⁰, d'autant que le seul critère d'incorporalité ne

¹⁰⁸ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2019, 11^{ème} éd., p. 25.

¹⁰⁹ L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, op. cit., p. 846 : « Le monopole d'exploitation de l'auteur offre une analogie frappante avec le droit du propriétaire d'une chose ; il représente la maîtrise la plus complète que comportent les œuvres de l'esprit et il constitue une forme moderne de l'appropriation des biens ».

¹¹⁰ On ne peut d'emblée refuser d'assimiler, par analogie, propriété littéraire et artistique et propriété civiliste au motif que cette première est incorporelle. En effet, il est important de le rappeler, la propriété civiliste trouve également à s'appliquer dans le domaine incorporel. Mais, au même titre, cela n'implique pas que toute propriété incorporelle est nécessairement dépendante de la propriété civiliste : P. GAUDRAT, « La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples ? », *RTD com.*, 2011, p. 562 : « Le modèle civiliste de l'article 544 du code

permet pas de discriminer l'une de l'autre¹¹¹. Néanmoins, la qualification des prérogatives de l'auteur ou de l'inventeur sous le vocable de propriété ne fait pas toujours l'unanimité¹¹². Au sein de la doctrine et à travers l'histoire, la notion de propriété intellectuelle a donné lieu à d'importantes querelles. Il est donc légitime d'interroger son opportunité.

302. Flux et reflux de la propriété littéraire et artistique. D'un point de vue historique, il apparaît que la propriété littéraire et artistique ne s'est pas toujours imposée. Il s'agit même d'une notion récente à l'échelle du Droit. Si les romains reconnaissaient la possibilité d'une propriété incorporelle, il n'est pas admis qu'ils disposaient d'une véritable propriété intellectuelle. Il faut attendre la période révolutionnaire afin que l'idée d'une propriété littéraire et artistique émerge réellement, dans les discours enflammés de Le Chapelier et Lakanal en 1791 et 1793. L'acquis révolutionnaire ne suffira cependant pas à ancrer définitivement la notion de propriété intellectuelle en droit français. En effet, plusieurs réticences se sont fait ressentir vis-à-vis de cette expression dans la seconde partie du XIX^{ème} siècle. La loi du 14 juillet 1866¹¹³, relative aux héritiers et ayants droit de l'auteur, n'évoque par exemple pas le terme de propriété. Alors même que les tribunaux reconnaissaient encore l'existence d'une propriété littéraire et artistique en 1880¹¹⁴, la Cour de cassation, en 1887, opère une volte-face. Elle indique notamment que les droits reconnus à l'auteur ne correspondaient qu'au « privilège exclusif d'une exploitation temporaire »¹¹⁵. La Cour de cassation employait alors également l'expression de « monopole d'exploitation » au sujet des droits de l'auteur. Plus tard, le projet de loi du ministre Jean Zay ajoutait que « l'expression de "propriété littéraire et artistique", inexacte et impropre, s'est peu à peu introduite dans le

civil peut donc s'appliquer à des objets incorporels. Ça ne veut pas dire qu'il ait vocation à s'appliquer à toutes les choses incorporelles... ».

¹¹¹ T. REVET, « L'incorporel en droit des biens », *Lamy droit civil*, nov. 2009, n° 65 : « Ontologiquement, la propriété est parfaitement apte à accueillir l'incorporalité ».

¹¹² W. DROSS, « Une approche structurale de la propriété », *RTD civ.*, 2012, p. 419 : « Dire en effet qu'il s'agit de *propriété* intellectuelle suppose de retrouver dans la diversité de ces prérogatives la figure familière de l'article 544, celle que lui donne le classique *usus-fructus-abusus*. Les auteurs sont donc partagés entre ceux qui l'aperçoivent et parviennent à ramener le foisonnement des droits à ce triptyque et ceux qui y manquent. Pour les premiers il est légitime de parler de propriétés intellectuelles, pour les seconds, non » ; V. ég. M. OUTTERS BALIGAND, *Les propriétés intellectuelles à l'aune du triptyque*, *op. cit.*, p. 680 : « le triptyque décrit l'éventail des pouvoirs que le propriétaire détient au titre de sa propriété. Or, le créateur, au titre de son droit sur la création, est investi de certains pouvoirs que n'a pas le propriétaire ». C'est notamment le cas du droit moral, du droit de destination ainsi que du droit de suite.

¹¹³ Loi du 14 juill. 1866 sur les droits des héritiers et des ayants cause des auteurs.

¹¹⁴ Cass. ch. requ., 16 août 1880 : « La propriété littéraire et artistique [...] a le même caractère et doit avoir le même sort que tout autre genre de propriété moins la limitation que l'intérêt public fait apporter à sa durée ».

¹¹⁵ Cass. civ., 25 juill. 1887.

vocabulaire des hommes de loi et dans le langage usuel »¹¹⁶. Enfin, la loi de 1957 marquait avec force le retour à la notion de propriété littéraire et artistique qui s'impose aujourd'hui¹¹⁷. La propriété n'a donc pas toujours été présente dans la sphère intellectuelle, d'où l'existence de deux écoles : l'une favorable à la dénomination de propriété littéraire et artistique, l'autre opposée à celle-ci.

303. École défavorable à l'utilisation du terme « propriété ». La notion de propriété littéraire et artistique possède ses détracteurs comme Desbois et Renouard. Ces derniers considèrent que le droit positif ne saurait être revêtu d'une telle dénomination. Les arguments employés à cette fin sont récurrents¹¹⁸. Il est souvent indiqué que l'extinction inéluctable des droits de l'auteur serait l'obstacle majeur à l'emploi du terme de propriété¹¹⁹. Desbois affirme notamment que « propriété et droits d'auteur sont parfaitement distincts. La comparaison de leurs caractères respectifs suffit déjà à les dissocier : la pérennité de l'une s'oppose à la caducité des autres »¹²⁰. Pour les tenants de cette thèse, la perpétuité de la propriété est une condition essentielle de celle-ci et à laquelle aucune atteinte ne peut être portée. Cette critique est parfois étendue à la durée de protection des droits moraux qui, étant nécessairement rattachés à l'auteur, vont progressivement se perdre à travers le temps¹²¹. Au sens du projet de loi de Jean Zay, la propriété littéraire et artistique ne trouverait pas sa source dans la période révolutionnaire, puisque Le Chapelier n'aurait entendu créer qu'un droit

¹¹⁶ Projet de loi sur le droit d'auteur et le contrat d'édition, présenté au nom de M. Albert Lebrun, par M. Jean Zay et par M. Marc Rucart lors de la séance du 13 août 1936.

¹¹⁷ Et une telle vision est globale, à tel point que l'OMPI, organisation mondiale dédiée à la matière, en porte la marque.

¹¹⁸ Étant admis que la propriété peut légitimement porter sur des éléments incorporels, nous ne reviendrons pas sur ce débat déjà tranché depuis longtemps : F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.*, 1993, p. 305 : « Seule une mentalité archaïque impose d'écarter l'idée que l'appropriation puisse être assurée d'une autre manière [que par l'appréhension matérielle] ».

¹¹⁹ W. DROSS, « Que l'article 544 du Code civil nous dit-il de la propriété ? », *RTD civ.*, 2015, p. 27 : « La réaction de la doctrine à leur sujet [les propriétés intellectuelles] est révélatrice. Le terme que la loi assigne au droit du créateur est en effet tenu pour si peu compatible avec l'essence de la propriété - droit absolu *donc* perpétuel - que l'on préfère généralement nier qu'il puisse s'agir là d'une véritable propriété ; l'argument étant d'ailleurs d'autant mieux reçu que, concevant l'objet de la propriété dans sa dimension matérielle plutôt qu'économique, on peine encore à admettre qu'elle puisse s'étendre, sans autre forme de procès, à une chose aussi fantomatique qu'une œuvre ou qu'une invention ».

¹²⁰ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 1978, 3^{ème} éd., p.403 ; V. également A-C. RENOARD, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, *op. cit.*, p. 456 : « Nous ne nous sommes attachés qu'à démontrer le vicieux emploi du mot propriété, parce que c'est le mot important, et parce que la langue du droit ne saurait ici l'admettre, sans fausser, et sans lui faire divorce avec les caractères essentiels de transmissibilité, de perpétuité, d'inviolabilité qui doivent toujours en demeurer inséparables ».

¹²¹ D. COHEN, « La liberté de créer » in R. CABRILLAC, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2022, 28^{ème} éd., p. 587 : « Le droit reconnu aux créateurs n'est en effet pas un vrai droit de propriété : alors que le droit de propriété ne s'éteint pas, le droit moral de l'auteur va s'éroder lentement après la mort du créateur ».

à rémunération¹²². Cet argument n'emporte toutefois pas la conviction au regard de la clarté des déclarations de l'avocat révolutionnaire. D'autres considèrent que le terme de propriété est inadapté en ce qu'« il serait [...] contraire à la vocation des droits d'auteur d'admettre qu'en aliénant l'œuvre le créateur s'en est dessaisi : ce serait à la fois négliger l'aspect moral et l'aspect patrimonial de la création artistique »¹²³. Monsieur Paul Olaghier soutient, quant à lui, l'hypothèse inverse, retenant que l'œuvre relève d'un donné à la société, et non d'un acquis pour l'auteur¹²⁴. En définitive, la conception du droit d'auteur adoptée par ces auteurs les conduit à exclure tout recours à la propriété, celle-ci étant jugée incompatible avec les attributs du droit de la propriété littéraire et artistique¹²⁵.

304. **École favorable à l'emploi du terme « propriété ».** Face à ces critiques de la notion de propriété littéraire et artistique, certains auteurs, comme Pouillet et le doyen Josserand, interviennent en défense. À leur sens, il est parfaitement cohérent de recourir à la propriété afin de distribuer les utilités de l'œuvre. Certes, propriété civiliste et propriété intellectuelle ne présentent pas toujours les mêmes traits. Les exceptions relatives à l'une sont distinctes de celles que connaît l'autre. Toutefois, ces différences ne seraient que des ajustements au modèle propriétaire, des retouches n'entamant pas la nature profonde de ce droit¹²⁶. L'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne protège-t-elle pas la propriété intellectuelle dans les mêmes conditions que la propriété civiliste ? C'est, au fond, la maîtrise exclusive de la chose qui semble constituer l'essence de la

¹²² Projet de loi sur le droit d'auteur et le contrat d'édition, présenté au nom de M. Albert Lebrun, par M. Jean Zay et par M. Marc Rucart lors de la séance du 13 août 1936 : « En réalité ce que Chapelier demandait, pour l'auteur ayant livré son ouvrage au public, c'était la rémunération du travail. Le vocable de "propriété" ne vient sous sa plume, au lendemain de l'abolition du régime féodal, que pour désigner ce droit nouveau, autrement que par le mot de "privilège" » ; P. MOURON, *Le droit d'exposition des œuvres graphiques et plastiques*, Thèse, Aix-Marseille, dir. H. ISAR, PUAM, 2013, p. 445 : « On ne voit guère ce qui différencie le droit intellectuel du droit de propriété, hormis la durée et l'objet du droit ».

¹²³ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, op. cit., p. 403.

¹²⁴ P. OLAGNIER, *Le droit d'auteur*, LGDJ, 1934, t. 1, p. 26 : « l'œuvre est un don sans conditions : le droit d'auteur, qui en naît, est donc exactement le contraire du droit de propriété ».

¹²⁵ M. OUTTERS BALIGAND, *Les propriétés intellectuelles à l'aune du triptyque*, op. cit., p. 709 : « il faut distinguer la propriété de l'article 544, au sens strict, et les droits qui prétendent constituer de simples alternatives issues d'un même concept. Ces autres propriétés n'ont en commun avec elle que le nom, et leur terminologie est une approximation, pour ne pas dire une affabulation ».

¹²⁶ LUCAS (A.), LUCAS (H.-J.) et LUCAS-SCHLOETTER (A.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 2017, 5^{ème} éd., p. 30 : « Il est certain que la qualification de propriété, à la supposer fondée, n'aurait que de faibles incidences sur le régime juridique des droits de propriété intellectuelle, qui ne peut de toute façon être entièrement calqué sur celui de la propriété ordinaire et qui fait l'objet d'une réglementation aujourd'hui minutieuse » ; V. ég. J.-B. SEUBE, « Le droit des biens hors le Code civil », *Les petites affiches*, 2005, n° 118, p. 4 : « même si elles sont au-delà du Code civil, les propriétés intellectuelles ne peuvent s'en couper car il constitue leur droit commun » ; V. ég. T. REVET, « L'incorporel en droit des biens », *Lamy droit civil*, nov. 2009, n° 65.

propriété¹²⁷ et, celle-ci étant présente au sein de la propriété intellectuelle, l'emploi de la propriété ne serait pas le fruit d'une erreur, bien au contraire. La propriété correspondrait ainsi parfaitement au lien unissant l'auteur à son œuvre¹²⁸.

305. Intérêt de la qualification. La question de savoir si les droits patrimoniaux de l'auteur peuvent être regroupés sous l'égide de la propriété peut paraître, à première vue, vaine. En effet, dès lors que le débat ne porte que sur la dénomination et non sur les modalités de ce droit, les effets en sont limités¹²⁹. Toutefois, il ne faut pas négliger l'impact psychologique dont le droit de propriété est vecteur... Parler de propriété n'a rien d'anodin¹³⁰. La propriété, plus qu'aucun autre droit et du fait de son étendue, est porteuse d'une forme de certitude¹³¹, de sécurité, voire de garantie¹³². La propriété confère au titulaire du droit le sentiment qu'il dispose, de manière pérenne, de vastes prérogatives sur le bien. Or, attribuer à un droit cette dénomination revient à faire une promesse au sujet de droit : celle qu'il sera le véritable maître de la chose¹³³. C'est pour cette raison que l'exacte qualification des droits de l'auteur s'avère ici nécessaire.

306. Distinction entre propriété et exclusivité. Afin de déterminer si les droits patrimoniaux de l'auteur peuvent former une véritable propriété, il est nécessaire de définir sur

¹²⁷ W. DROSS, « Une approche structurale de la propriété », *op. cit.*, p. 419 : « L'artiste est propriétaire de la chose incorporelle que constitue son œuvre. Cette œuvre n'est pas un droit, ni même un faisceau de droits quoi que le discours doctrinal dominant laisse à penser. Existant indépendamment de toute législation protectrice, elle est une chose, non pas construite par le système juridique mais à lui donnée afin qu'il s'en saisisse. Distincte du ou des supports corporels dans lesquels elle est susceptible de s'incarner, elle est qui plus est une chose incorporelle. Et c'est donc sans erreur que le code qualifie de propriété le droit que l'artiste exerce sur elle dès lors qu'il lui en réserve la maîtrise exclusive ».

¹²⁸ E. POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 1908, 3^{ème} éd., p. 29.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 26 : « il importe assez peu, en définitive, dans la pratique, que le droit de l'auteur soit ou ne soit pas une propriété, dans le sens juridique du mot, dès l'instant qu'il est clairement défini, déterminé par la loi dans ses effets, dans son étendue, dans sa durée ».

¹³⁰ M. XIFARAS, « Le copyleft et la théorie de la propriété », *Multitudes*, 2010/2, n° 41, p. 50 : « Pour nominal qu'il soit, le triomphe de l'expression "propriété intellectuelle" est d'une grande importance pratique. On s'accorde désormais à penser qu'il favorise grandement l'extension de ces droits à de nouveaux objets, le renforcement des prérogatives de leurs titulaires, la convergence des régimes juridiques des divers types de créations et le renforcement idéologique de leur légitimité ».

¹³¹ A-C. RENOARD, *Du droit industriel dans ses rapports avec les principes du droit civil sur les personnes et sur les choses*, éd. Guillaumin, 1860, p. 228 : « Le but de toute propriété des choses n'est pas seulement leur usage immédiat et la consommation du moment ; c'est aussi leur application future à nos besoins, nos jouissances, nos vanités, nos affections, notre culture intérieure ».

¹³² Certains identifient également dans le droit de propriété une « fonction émancipatrice », idée compatible avec le propos ici développé : V. L. MAUREL, « Que reste-t-il de la propriété dans l'environnement numérique ? », *Délibérée*, 2020/2, n° 10, p. 19.

¹³³ F. MACREZ, « De la piraterie, brèves remarques sur une métaphore endormie » in J. SCHMIDT-SZALEWSKI (en l'honneur de), *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé, mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, dir. C. GEIGER et C. RODÀ, LexisNexis, 2014, p. 223 : « Le terme de propriété lui-même fut déterminant dans la construction et l'acceptation sociale de ces nouveaux droits exclusifs ».

quelle base repose celle-ci. Plus que ses caractères personnel, perpétuel et absolu c'est avant tout l'exclusivité qui semble définir la propriété. Il convient donc de s'intéresser aux attributs qui façonnent l'exclusivité¹³⁴. L'exclusivité renvoie généralement à « ce qui écarte de la jouissance d'un droit toute autre personne que le titulaire »¹³⁵. Elle constitue ainsi, *a priori*, le pouvoir d'écarter autrui de la totalité ou de certaines utilités d'un bien. Il s'agit d'une prérogative permettant d'interdire ou autoriser l'accès ou l'utilisation du bien au monde entier ou à une catégorie définie d'individus. La propriété, même indivise, ne peut être privée de l'exclusivité. Toutefois, l'exclusivité peut être envisagée indépendamment de la propriété en ce qu'elle s'attache à d'autres droits réels¹³⁶ ou, dans une conception légèrement différente, à une relation contractuelle¹³⁷. Le pouvoir d'exclure s'étend alors au-delà du droit de propriété, ce dernier présentant cependant l'assiette la plus étendue en la matière. Propriété et exclusivité, bien que consubstantiellement liées, sont donc parfaitement distinctes.

307. L'exclusivité, essence de toute propriété. Le cœur de toute propriété réside assurément dans l'exclusivité. L'absence de parfaite absoluité du droit de propriété n'est pas un obstacle en droit civil et ne saurait l'être en propriété intellectuelle¹³⁸. L'existence d'exceptions, aussi nombreuses soient-elles en droit positif, ne suffit pas à fragiliser la propriété littéraire et artistique. S'agissant du caractère personnel du droit de propriété, celui-ci existe bien en droit d'auteur, de sorte qu'aucun grief ne peut être porté sur ce terrain. Demeure le caractère perpétuel de la propriété civiliste, principal point de clivage entre les tenants des deux thèses. Toutefois, la disparition des prérogatives patrimoniales de l'auteur sur l'œuvre passé un certain délai ne porte pas atteinte à l'étendue de ces droits durant leur exercice : la perpétuité n'est pas indissociable de la propriété¹³⁹. La perpétuité peut alors être conçue comme un accessoire de la

¹³⁴ Nous n'entrerons pas dans les détails ici car exclusivité et propriété seront largement étudiées au cœur des développements à venir.

¹³⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2022, 14^{ème} éd., V. exclusif.

¹³⁶ Par exemple, Cass. civ. 3^{ème}, 6 juin 2007, n° 06-13.477, Bull., (D., 2007, p. 2356, note C. ATIAS ; D., 2007, p. 2184, obs. P. CAPOULADE et C. ATIAS ; D., 2007, p. 2757, chron. A-C. MONGE et F. NÉSI ; JCP N, 2007, p. 1322, obs. H. PÉRINET-MARQUET) : « un droit de jouissance exclusif sur des parties communes n'est pas un droit de propriété » ; D. TOMASIN, « Droit de jouissance exclusif et droit de propriété », *AJDI*, 2009, p. 35 ; V. ég. W. DROSS, *Droit civil, les choses, op. cit.*, p. 84 : « Cette idée selon laquelle l'exclusivisme serait la marque originale du droit de propriété est discutable. Ce sont en effet tous les droits réels, et pas seulement la propriété, qui portent l'exclusion » ; V. ég. G. HAAS, « Un statut juridique pour le nom de domaine », *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 64 : « La jouissance, fût-elle exclusive, d'un bien ne postule pas l'existence d'un droit de propriété ».

¹³⁷ On pense ici tout particulièrement à la relation entre franchiseur et franchisé.

¹³⁸ C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, Thèse, Strasbourg, dir. C. CARON et Y. REBOUL, 2010, p. 109.

¹³⁹ A. LUCAS, « Droit des biens et biens spéciaux, l'exemple de la propriété intellectuelle » in H-J. LUCAS (en hommage à), *Les modèles propriétaires*, LGDJ, Presses universitaires juridiques de Poitiers, févr. 2012, p. 19 : « le caractère temporaire du droit qui, on l'a vu, a beaucoup alimenté la controverse au XIX^{ème} siècle n'est pas incompatible avec l'analyse car la perpétuité n'est pas de l'essence de la propriété ».

propriété¹⁴⁰, un effet qu'elle revêt dans le cadre du Code civil et qu'elle abandonne lors de son passage dans la sphère intellectuelle. Dans un tel contexte, la perpétuité n'intègre pas la définition la plus pure de la propriété. Ne demeure ainsi que l'exclusivité, seule à rendre véritablement compte de l'essence de la propriété. Cette dernière se traduit comme un principe, celui de la réservation de la majorité des utilités d'un bien au profit d'un sujet de droit, ce principe connaissant des limites nécessaires, notamment liées à l'intérêt général¹⁴¹. L'exclusivité est donc, bien plus que tout autre attribut, au fondement même de la propriété¹⁴².

308. **La propriété intellectuelle, une forme de propriété.** Au regard de l'ensemble de ces éléments, il est possible d'affirmer que les droits patrimoniaux de l'auteur constituent une véritable propriété¹⁴³. Celle-ci est bien entendu distincte de la propriété civiliste¹⁴⁴, mais elle n'en demeure pas moins caractérisée par l'exclusivité¹⁴⁵ qui constitue sa sève. Au fond, un tel fait est rendu possible par la flexibilité relative de la propriété comme technique de réservation des biens¹⁴⁶. Il découle également de ce fait qu'il existe une multitude de modèles propriétaires et non un unique archétype. La propriété est un outil de réservation qui se trouve aménagé en fonction des biens qu'il est amené à appréhender : « il n'y a plus un seul droit de propriété, mais autant de droits de propriété qu'il existe de catégories particulières de biens »¹⁴⁷. Il ne suffit donc pas de constater que la propriété littéraire et artistique ne remplit pas l'intégralité des canons de la propriété civiliste pour s'opposer à sa désignation sous le terme de propriété. Peu importe également que la propriété littéraire et artistique ne se manifeste que

¹⁴⁰ P-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 27.

¹⁴¹ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété : contribution à la théorie du droit subjectif*, Thèse, Lyon III, dir. J. RUBELLIN-DEVICHI, 1981, t. 2, p. 582 : « la propriété, contrairement à tout droit, subit ça et là des restrictions parce qu'elle est *a priori* dans son principe même, sans borne : l'exclusivité détermine un pouvoir de fait indéfini sous tous les rapports ».

¹⁴² P. SIMLER, « La propriété de l'immatériel » in S. FOURNIER, *L'immatériel et le droit, perspectives et limites*, Institut Universitaire Varenne, 2017, p. 28.

¹⁴³ A. LUCAS, « Droit des biens et biens spéciaux, l'exemple de la propriété intellectuelle », op. cit., p. 19.

¹⁴⁴ P-J. PROUDHON, *Les majorats littéraires, examen d'un projet de loi ayant pour but de créer au profit des auteurs, inventeurs et artistes, un monopole perpétuel*, Impression par A-N. LEBEGUE, Bruxelles, 1862, p. 17 : « Il y a propriété et propriété. Ce mot est sujet à des acceptions fort différentes, et ce serait raisonner d'une manière bouffonne que de passer, sans autre transition, d'une acception à l'autre, comme s'il s'agissait toujours de la même chose » ; V. ég. D. PIATEK, « Le droit d'auteur constitue-t-il un système clos et autosuffisant ? », *Légipresse*, 2019, p. 99.

¹⁴⁵ P. MOURON, *Le droit d'exposition des œuvres graphiques et plastiques*, op. cit., p. 512 : « Ainsi l'auteur est-il libre de décider du mode de communication de l'œuvre, libre d'en tirer des revenus ou non, libre d'en fixer les conditions à sa guise. C'est en cela que son droit est absolu et exclusif ».

¹⁴⁶ J-B. SEUBE, « Le droit des biens hors le Code civil », *Les petites affiches*, 2005, n° 118, p. 4 : « la propriété est apte à saisir tous les biens sans égard à leur incorporelité ou à leur origine » ; V. ég. N. BRONZO, *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux*, l'Harmattan, févr. 2007, p. 91 : « La notion de propriété est suffisamment flexible et inclusive pour accueillir en son sein les droits de propriété intellectuelle ».

¹⁴⁷ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété : contribution à la théorie du droit subjectif*, op. cit., t. 1, p. 16.

par l'intermédiaire de multiples prérogatives et non en un unique bloc¹⁴⁸. Toutefois, et cela est important, il ne s'agit là que d'un constat portant sur l'état du droit positif. Il n'est pas procédé à l'éloge d'une propriété intellectuelle, mais seulement à sa constatation au regard des prérogatives qui sont actuellement attribuées à l'auteur. Loin d'adhérer au recours à un tel modèle en droit positif, il sera, en aval, procédé à sa critique.

2 : La propriété intellectuelle, outil de progrès des sciences et de propagation des idées

309. Intérêt général et fonction sociale de la propriété industrielle. À l'instar de la propriété civiliste, la propriété intellectuelle, dans tous ses aspects, est guidée par une certaine fonction sociale. C'est particulièrement le cas de la propriété industrielle, et notamment du droit des brevets. Ce dernier permet par exemple l'octroi d'une licence obligatoire en cas de non-exploitation ou de sous-exploitation du brevet par son titulaire¹⁴⁹. L'objectif est ici clairement de permettre aux utilisateurs potentiels de bénéficier de l'invention. Comme en matière d'usucapion, l'on préfère un tiers exploitant à un titulaire oisif. De même, toujours dans le cadre du brevet d'invention, la révélation des procédés de fabrication dix-huit mois suivant la délivrance du titre participe de l'intérêt général¹⁵⁰. Ce fait permet aux concurrents, universités et centres d'études d'entamer des recherches dans le secteur concerné, accélérant nettement le progrès technique. La fonction sociale de la propriété industrielle est clairement déclarée au sein de l'accord ADPIC : « la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle devraient contribuer à la promotion de l'innovation technologique et au transfert et à la diffusion de la technologie, à l'avantage mutuel de ceux qui génèrent et de ceux qui utilisent des connaissances techniques et d'une manière propice au bien-être social et économique, et à assurer un équilibre de droits et d'obligations »¹⁵¹. S'il existe une recherche de compromis entre innovateur et utilisateur, le bien-être social ainsi que l'évolution de la technique gouvernent le droit de la propriété industrielle. Dans un tel contexte, l'on ne peut soutenir que cette matière

¹⁴⁸ P. MOURON, *Le droit d'exposition des œuvres graphiques et plastiques*, op. cit., p. 511.

¹⁴⁹ CPI art. L. 613-11 : « Toute personne de droit public ou privé peut, à l'expiration d'un délai de trois ans après la délivrance d'un brevet, ou de quatre ans à compter de la date du dépôt de la demande, obtenir une licence obligatoire de ce brevet » si le propriétaire « n'a pas commencé à exploiter ou fait des préparatifs effectifs et sérieux pour exploiter l'invention » ou s'il « n'a pas commercialisé le produit objet du brevet en quantité suffisante pour satisfaire aux besoins du marché français ».

¹⁵⁰ CPI art. L. 612-21.

¹⁵¹ ADPIC, 15 avr. 1994, art. 7.

n'aurait vocation qu'à accorder des droits de nature égoïste. L'intérêt général, s'il n'est pas seul à orienter la matière, s'inscrit donc au fondement du droit de la propriété industrielle¹⁵².

310. Intérêt général et fonction sociale des droits de l'auteur. Comme nos premiers développements le laissent pressentir, à travers la détermination de la fonction sociale du droit d'auteur¹⁵³, l'intérêt général n'est pas non plus étranger au droit de la création immatérielle. Il se manifeste notamment par un intérêt culturel attaché à l'utilisateur¹⁵⁴. Cet intérêt peut être perçu soit comme un simple but à poursuivre, soit comme un véritable besoin¹⁵⁵. Il commande, entre autres, que l'œuvre soit diffusée au plus grand nombre afin que chacun puisse s'en enrichir, s'en imprégner¹⁵⁶. La Cour européenne des droits de l'Homme a d'ailleurs déjà utilisé l'expression « intérêt général de la culture universelle »¹⁵⁷ relativement à l'accès à certaines œuvres. Monsieur le Professeur Jacques Raynard évoque, quant à lui, la « vocation culturelle et sociale des œuvres de l'esprit »¹⁵⁸. Dès lors, comme indiqué initialement, la diffusion des œuvres au plus grand nombre constitue nécessairement l'un des buts du droit de la création immatérielle. De plus, l'intérêt général est également aux fondements de l'incitation à la création, autre objectif poursuivi par la matière. En effet, l'incitation à la création ne trouve pas sa justification dans l'intérêt exclusif de l'auteur, mais bien plus dans l'espérance d'une augmentation de la production littéraire et artistique au

¹⁵² A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2010, 3^{ème} éd., p. 64.

¹⁵³ V. *supra* n° 31.

¹⁵⁴ M. CORNU, *Le droit culturel des biens, l'intérêt culturel juridiquement protégé*, Thèse, Paris II, dir. D. TALLON, Bruylant, 1996, p. 267 : « Quoique le législateur ne l'ait pas formellement exprimé, l'existence d'un intérêt culturel général nous semble imprimer l'ensemble du droit positif ».

¹⁵⁵ C. ROMAINVILLE, *Le droit à la culture, une réalité juridique : le régime du droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et en droit international*, Thèse, Louvain, dir. M. VERDUSSEN, Bruylant, 2014, p. 406 : « la culture est au cœur des droits de base qui permettent de vivre une vie conforme à la dignité humaine car elle ouvre des perspectives, enrichit les conceptions du bien, stimule la critique et la créativité ».

¹⁵⁶ P. OLAGNIER, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 9 : « chez tous [...] la perception de l'œuvre a provoqué des associations d'idées, des jugements, voire même des hallucinations : ces éléments vont se fixer dans leur mémoire, fournir des éléments nouveaux à leur pensée, s'intégrer dans leur "moi" » ; V. ég. M. CORNU, *Le droit culturel des biens : l'intérêt culturel juridiquement protégé*, *op. cit.*, p. 502 : « Le libre accès aux idées sert la création et celle-ci enrichit le patrimoine » ; V. ég. A-C. RENOARD, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, *op. cit.*, vol. 1, p. 448 : « la pensée [...] est comme le feu, qui se communique et s'étend sans s'affaiblir à son foyer » et « La propagation de la pensée, loin de nuire à la pensée, la fortifie, l'augmente, l'agrandit » ; V. ég. C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, 2003, p. 125 : « La diffusion du savoir étant la raison d'être du droit, elle est également sa limite, le système du droit d'auteur, mis en place pour enrichir la collectivité, devant alors garantir l'accès aux œuvres produites ».

¹⁵⁷ Cour EDH, 5 janv. 2000, n° 33202/96, *Beyeler c/ Italie*, (D., 2000, p. 187, obs. N. FRICERO ; *RFDA*, 2001, p. 1250, chron. H. LABAYLE et F. SUDRE), §113.

¹⁵⁸ J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois : essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, Litec, 1990, p. 174.

bénéfice du genre humain tout entier. Il s'agit, là encore, d'une preuve que le droit de la création immatérielle doit être envisagé sous un angle instrumentaliste.

311. Intérêt de l'auteur et fonction sociale du droit de la création immatérielle.

Bien entendu, la fonction sociale de la matière se trouve complétée par un troisième fondement, à savoir la protection de la personne de l'auteur. Il s'agit là de l'unique justification ne relevant pas d'une approche purement fonctionnaliste, mais davantage égoïste. Toutefois, la protection du créateur peut parfaitement intégrer une conception du droit de la création immatérielle reposant sur la fonction sociale des droits de l'auteur. Il en résulte que l'intérêt général devrait occuper une place particulièrement importante au sein du droit de la propriété littéraire et artistique. Néanmoins, le droit positif accorde une importance excessive à l'exclusivité portant sur l'œuvre. La limitation de la durée de protection des droits et les exceptions aux droits patrimoniaux – au demeurant restreintes dans leur portée – ne parviennent pas à renverser la prédominance du titulaire des droits d'auteur. L'intérêt général ne dispose ainsi pas de la reconnaissance qui lui revient en droit positif. Dès lors, la propriété littéraire et artistique, si elle satisfait l'intérêt de l'auteur sans totalement négliger la société¹⁵⁹, ne représente peut-être pas le modèle le plus adapté à la satisfaction de la fonction sociale du droit de la création immatérielle.

II : Une réservation propriétaire servant imparfaitement l'intérêt général

312. **Limites de la propriété littéraire et artistique.** Le système propriétaire, bien que se fondant en partie sur l'intérêt général, ne semble pas toujours permettre une diffusion optimale des œuvres de l'esprit¹⁶⁰. Ce phénomène apparaît de plus en plus visiblement à mesure que les utilisateurs sont mis au contact des outils numériques. Internet est ainsi l'un des révélateurs de l'ineffectivité de la propriété comme technique de réservation des droits

¹⁵⁹ C. GEIGER, « Droit d'auteur et droit du public à l'information », *D.*, 2005, p. 2685 ; V. *contra* F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur, Economica*, 2014, 2^{ème} éd., p. 75 : le droit d'auteur « sert aussi l'intérêt public au développement et à la diffusion de l'art et de la science, bien que ce ne soit certes pas sa fonction première ».

¹⁶⁰ C. ROMAINVILLE, *Le droit à la culture, une réalité juridique : le régime du droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et en droit international*, *op. cit.*, p. 667 : « les grands enjeux économiques semblent, de plus en plus souvent, éclipser les justifications traditionnelles, si bien que celui-ci [le droit d'auteur] apparaît détaché de son rôle culturel d'incitant à la diffusion et à la création ».

intellectuels (A), tandis que l'intérêt général révèle le déséquilibre entre auteur et utilisateur au sein des droits intellectuels (B).

A : Internet, révélateur de l'ineffectivité de la propriété comme technique de réservation des droits intellectuels

313. Mutation du rapport de la société aux œuvres de l'esprit. Comme évoqué plus tôt, les œuvres de l'esprit font l'objet d'un attrait et de revendications tout à fait particulières, qui sont en décalage avec la lettre du CPI. L'œuvre faisant l'objet d'une contrefaçon massive, la place reconnue à la création dans la société semble évoluer¹⁶¹. Des utilisations attentatoires aux droits de l'auteur se développent largement, tout en étant parfaitement tolérées socialement. À travers ces évolutions, Internet modifie donc profondément, le rapport des utilisateurs aux œuvres de l'esprit. L'accélération constante de la chronologie des médias procède également de cette tendance en participant à la mise à disposition toujours plus rapide de l'œuvre pour contenter le public. En l'absence d'évolution majeure du droit positif ou d'affermissement clair de la politique pénale, l'écart entre le droit de la propriété littéraire et artistique et la société ne cesse, par conséquent, de se creuser chaque jour.

314. La propriété incorporelle, source artificielle de rareté. L'un des caractères principaux de l'œuvre de l'esprit est que, peu importe son support, elle peut faire l'objet de reproductions numériques très peu onéreuses. En cela l'œuvre s'oppose aux biens matériels, qui sont limités en nombre et, souvent, coûteux à reproduire. D'un point de vue économique, ces biens limités en nombre sont qualifiés de rivaux, tandis que les biens pouvant être dupliqués sans limite sont présentés comme non-rivaux¹⁶². Internet et le numérique sont alors particulièrement révélateurs de l'appartenance des œuvres de l'esprit à la catégorie des biens non-rivaux¹⁶³ puisque « l'hyperreproductibilité numérique tend à faire disparaître toute

¹⁶¹ P. CHANTEPIE, « Économie du web 2.0 : économie de la contrefaçon ou de nouvelles gratuités ? » in IRPI, *Contrefaçon sur Internet, les enjeux du droit d'auteur sur le web 2.0*, Colloque de l'IRPI, LexisNexis 2009, p. 40 : « le numérique a pour effet, notamment rendu visible par les réseaux de *peer to peer*, le basculement de l'ensemble des biens numériques du statut de bien privé au statut de bien collectif ».

¹⁶² BENHAMOU (F.) et FARCHY (J.), *Droit d'auteur et copyright*, La Découverte, 2007, p.8 : « La non-rivalité exprime le fait que la consommation d'une unité d'un bien par un agent ne diminue pas la quantité disponible pour un autre agent. La non-exclusion fait référence à l'impossibilité d'écarter de l'usage un agent ne concourant pas au financement du bien ».

¹⁶³ Ce constat se limite à la seule valeur d'usage de l'œuvre et non à sa valeur d'échange comme nous aurons l'occasion de le démontrer.

rivalité »¹⁶⁴. La fonction sociale de la propriété civiliste est ainsi en pleine adéquation avec la nature des biens pour lesquels elle a été initialement conçue : les biens corporels. Les terres, les édifices et les meubles ne pouvant être reproduits sans coût, il est utile de les réserver au profit de certains afin qu'ils soient à la fois utilisés efficacement et préservés. Toutefois, le recours à la propriété est moins évident en matière intellectuelle¹⁶⁵. En effet, dans ce cadre, il n'y a aucune rareté et aucun risque de perte du bien du fait de son utilisation par le plus grand nombre¹⁶⁶, au contraire. Toutefois, sans système de protection au profit de l'auteur, ce dernier se retrouve très rapidement privé du fruit de son travail, sauf concernant les représentations directes. Dans ce contexte, la propriété intellectuelle, vient alors simuler la rareté des biens¹⁶⁷ pour leur donner une valeur¹⁶⁸ dont l'auteur pourra tirer profit. Derrière la réservation des utilités de l'œuvre, la satisfaction des intérêts de l'auteur n'est évidemment pas le seul objectif. L'une des principales préoccupations est de s'assurer que le droit de la création immatérielle incite à la création de nouvelles œuvres.

315. Intérêt relatif d'une rareté artificielle en matière numérique. La mise en place d'une rareté artificielle par le jeu de la propriété littéraire et artistique peut être critiquée sur au moins deux aspects qui viennent d'être évoqués. D'une part, la propriété, qui tend à préserver la substance du bien, n'a plus aucun objet à sauvegarder dans la sphère immatérielle. L'œuvre ne peut jamais véritablement disparaître du fait de son partage, bien au contraire. Ainsi, même si les plateformes de mise à disposition de l'œuvre sont attaquées, l'objet du droit de propriété intellectuelle survit grâce aux copies numériques réalisées par les internautes,

¹⁶⁴ BENHAMOU (F.) et FARCHY (J.), *Droit d'auteur et copyright*, op. cit., p.65.

¹⁶⁵ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1952, n° 574 : « Le monde matériel est destiné à l'appropriation parce qu'il ne peut donner son plus grand rendement utile que par la répartition des choses et le cantonnement des possessions individuelles. Le monde des idées est d'une nature toute différente, il est fait pour la communauté ».

¹⁶⁶ E. MACKAAY, « La perspective économique » in W. WALTER, *La durée de protection du droit d'auteur et des droits voisins*, Medien und Recht Publishing, 2012, p. 376 : « Il y a cependant un problème avec la transposition de la logique de la propriété aux structures d'information, comme dans les droits intellectuels. C'est que, contrairement aux objets matériels, l'information n'est pas naturellement rare ; elle peut normalement être utilisée par une pluralité d'utilisateurs sans que cela fasse perdre sa valeur à la forme d'origine ».

¹⁶⁷ Y. MÉNIÈRE, « Les fonctions des droits de propriété intellectuelle : le point de vue de l'économie », *Propriété industrielle*, n° 10, oct. 2010, doss. 3 : « Les droit de propriété intellectuelle rendent ainsi "excluables" les ressources "non-rivales" que sont les créations de l'esprit. Ils imposent, par le biais d'un artifice juridique, un principe de rareté sur des ressources qui n'y seraient pas soumises autrement » ; V. ég. P. AXEL, *La révolution musicale : liberté, égalité, gratuité*, éd. Pearson, 2007, p. 86 : « les mécanismes des droits d'auteur, du copyright ou des brevets sont là pour créer une rareté artificielle permettant à ceux qui produisent des biens naturellement abondants d'être rémunérés par ceux qui profitent de ce travail ».

¹⁶⁸ P. GAUDRAT, « La structure juridique des propriétés intellectuelles » in H-J. LUCAS (en hommage à), *Les modèles propriétaires*, LGDJ, Presses universitaires juridiques de Poitiers, févr. 2012, p. 184 : « Ce qui relève d'un donné objectif dans le modèle corporel est à construire pour les biens intellectuels. En cela, la propriété des biens intellectuels est nécessairement spéciale et complexe : la valeur économique y est suscitée par une rareté juridiquement créée dans le partage ».

en plus des supports physiques. En réalité, le principal risque portant sur l'œuvre initiale réside dans le foisonnement d'œuvres dérivées. Dans un tel contexte, il existe une possibilité que la trace de l'œuvre d'origine soit perdue au fil du temps et qu'elle se confonde progressivement avec ses œuvres dérivées. S'il s'agit aujourd'hui d'un risque théorique, celui-ci pourrait se préciser dans les décennies à venir. Il convient toutefois de noter que cette éventualité n'est pas éludée sous l'égide du régime propriétaire, soit du fait de l'accord donné par l'ayant droit, soit à la suite de l'élévation de l'œuvre au domaine public. Quoi qu'il en soit, la mise en place d'une rareté artificielle n'est pas optimale lorsqu'il s'agit de préserver les œuvres de l'esprit, incorporelles par essence.

316. Abondance de l'œuvre numérique. Le système propriétaire tend à mettre en œuvre les conditions propices à l'utilisation optimale des objets sur lesquels il exerce son emprise. Dans la sphère incorporelle, l'œuvre est naturellement abondante du fait de son partage sans coût. La non-rivalité de l'œuvre, du fait de la disparition du support¹⁶⁹, questionne la propriété littéraire et artistique¹⁷⁰. Comme l'indique Monsieur le Professeur Frédéric Zenati-Castaing : « l'appropriation des choses devient nécessaire lorsqu'elles se raréfient ; l'abondance rend inutile la propriété »¹⁷¹. S'agissant des œuvres de l'esprit, cette abondance est flagrante et les internautes n'ont pas tardé à s'en rendre compte, expliquant le glissement de comportement du corps social que nous avons expliqué plus tôt.

317. Rejet d'une rareté artificielle en matière de création numérique. La problématique de l'abondance est fondamentale, en ce qu'elle permet de juger de l'opportunité d'une réservation des utilités de l'œuvre au profit d'un seul, de plusieurs ou de tous. Dans le cadre de la propriété littéraire et artistique, bien que le bien culturel numérique soit abondant par essence, la grande majorité des utilités de l'œuvre sont réservées au profit du seul auteur. Bien que l'auteur apparaisse comme le titulaire le plus légitime des utilités sur sa

¹⁶⁹ Il est bien entendu inexact de parler de « disparition » du support puisque l'œuvre est désormais contenue sur disque dur. Toutefois, le passage des supports classiques aux disques durs marque un réel effacement du support, idée ici véhiculée.

¹⁷⁰ A. ROBIN, « Rapport de synthèse » in S. CHATRY, *La régulation d'Internet, regards croisés de droit de la concurrence et de droit de la propriété intellectuelle*, Mare et Martin, 2015, p. 182 : « Ainsi, le droit d'auteur fondé et axé sur l'idée de l'exploitation des supports de l'œuvre se trouve-t-il bien démuné lorsque le support vient à disparaître ».

¹⁷¹ F. ZENATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental du Droit », *RTD civ.*, 2006, p. 445 : « l'appropriation des choses devient nécessaire lorsqu'elles se raréfient ; l'abondance rend inutile la propriété, laquelle est avant tout le pouvoir d'exclure autrui pour pouvoir jouir de ce dont tout le monde ne peut jouir. Il faut donc voir ce qui, dans la personne, est rare au point de justifier son appropriation et, par suite, sa constitution en objet d'un droit subjectif » ; P. GAUDRAT, « La structure juridique des propriétés intellectuelles » *op. cit.*, p. 183 : « Quand la chose incorporelle peut être multipliée à volonté par tous ceux qui la convoitent, le modèle propriétaire n'a plus aucune valeur à saisir, ni à répartir ».

création, la réservation de celles-ci à son seul profit n'apparaît pas pleinement adaptée au statut des œuvres de l'esprit et à la fonction sociale que devraient poursuivre les droits intellectuels¹⁷². L'une des manières de justifier la propriété littéraire et artistique peut alors être d'estimer que la rareté réside dans l'empreinte de la personnalité de l'auteur. Cet argument semble toutefois artificiel en ce qu'il ne permet pas de nier l'abondance de l'œuvre ou de justifier, à lui seul, la mise en place d'une rareté artificielle. Ainsi, du fait de l'abondance naturelle de l'œuvre à l'ère d'Internet et de l'absence de risque portant sur la substance de celle-ci, le modèle propriétaire se retrouve remis en cause dans la sphère intellectuelle¹⁷³. La dématérialisation de l'œuvre et sa transmission grâce à Internet mettent donc en évidence le manque d'adaptation de la propriété littéraire et artistique face au numérique.

B : L'intérêt général, révélateur du déséquilibre entre auteur et utilisateur au sein des droits intellectuels

318. Le droit égoïste : prise en compte indirecte de l'intérêt général. Lorsqu'est envisagé l'équilibre entre auteur et utilisateur, deux conceptions s'affrontent généralement. La première tend à mettre en avant les droits de l'auteur comme fondements des rares privilèges accordés au public. Dans cette vision, chaque ayant droit, cherchant à tirer le meilleur bénéfice de son œuvre, va mettre en œuvre tous les moyens nécessaires à l'exploitation optimale de celle-ci. L'utilisateur est alors en mesure d'accéder, théoriquement, à toute œuvre et ceci dans des conditions financières optimales du fait du jeu de la concurrence. Il s'agit d'une vision des droits de l'auteur comme droits égoïstes. Dans celle-ci, la fonction sociale des droits intellectuels est théoriquement remplie : l'œuvre est accessible au plus grand nombre et la création est stimulée¹⁷⁴. En droit positif français, il faut l'admettre, c'est bien cette conception

¹⁷² V-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *À qui profite le clic ? Le partage de la valeur à l'ère numérique*, Odile Jacob, 2015, p. 69 : « si plusieurs personnes peuvent simultanément utiliser un même contenu sans se gêner, il n'est peut-être pas nécessaire de recourir, de manière systématique, à l'exclusivité » ; ibidem p. 49 : « l'usage qu'un individu fait d'un contenu numérique (œuvre, informations, etc.) ne diminue en rien l'usage que peuvent en avoir d'autres ».

¹⁷³ M. VIVANT, « La propriété intellectuelle : un objet à redécouvrir » in IRPI, *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?*, Colloque de l'IRPI, LexisNexis, 2013, p. 14 : « faut-il véritablement, avec le modèle de dissémination qui est celui de l'internet et, avec le web 2.0, la place centrale dévolue à l'interactivité, raisonner sur le modèle traditionnel de la clôture et de l'intangibilité ? Faut-il se crispier sur le droit exclusif quand il est manifeste qu'il est défaillant ? ».

¹⁷⁴ M. CORNU, *Le droit culturel des biens : l'intérêt culturel juridiquement protégé*, op. cit., p. 268 : « on peut [...] supposer que la protection des intérêts particuliers des auteurs sert tout naturellement l'intérêt plus général de voir diffuser plus largement et enrichir le "patrimoine culturel" » ; V. *contra* J. COMMONS, *The distribution of wealth*, Macmillan and co., 1893, p. 61 : « Private self-interest is too powerful, or too ignorant, or too immoral, to promote the common good without compulsion ».

qui triomphe¹⁷⁵. La vision ayant présidé à l'élaboration du droit d'auteur fut, en effet, profondément personnaliste¹⁷⁶. Ainsi, l'intérêt de l'utilisateur apparaît comme intrinsèquement pris en charge à travers les droits de l'auteur. Cette prise en compte n'est toutefois que subsidiaire et caractérisée par la supériorité des prérogatives de l'auteur sur toute faculté hypothétiquement accordée à l'utilisateur¹⁷⁷. Dans cette conception, il n'y a rien d'étonnant à ce que l'on ne puisse dégager un quelconque droit culturel effectif au profit de l'utilisateur.

319. Le droit-fonction : prise en compte indirecte des intérêts individuels.

Une seconde conception des rapports entre auteur et utilisateur relève d'une démarche totalement inverse : celle du droit d'auteur comme droit-fonction. Dans celle-ci, des droits ne sont accordés à l'auteur que pour mieux servir l'intérêt du plus grand nombre. Le principe serait alors celui d'une liberté d'accès à l'œuvre. Pour sortir de l'état de nature, des droits seraient accordés à l'auteur afin de favoriser la création tout en garantissant un accès à l'œuvre au plus grand nombre. La réservation d'utilités sur l'œuvre au profit de l'auteur constituerait alors un mode d'exploitation optimal. Ici, la protection de l'auteur n'est qu'incidente, contingente face à la satisfaction de l'intérêt général. Comme nous l'avons évoqué, cette vision n'est pas celle adoptée par le droit positif français. Les droits de l'auteur sont ainsi conçus comme des droits égoïstes, et ce caractère semble de plus en plus marqué face au raffermissement de la propriété littéraire et artistique¹⁷⁸.

320. Les droits intellectuels envisagés comme des droits-fonctions.

Nous soutenons que les droits intellectuels, et particulièrement le droit de la propriété littéraire et artistique, devraient être construits comme des droits-fonctions et non comme des droits égoïstes. La vision dominante conduit aujourd'hui à la sacralisation de la propriété, à la voir

¹⁷⁵ A. ABELLO, « La propriété intellectuelle, une “propriété de marché” » in M-A. FRISON-ROCHE et A. ABELLO, *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, p. 363 : « mais il ne faut pas se méprendre ; elle [la propriété littéraire et artistique] n'est pas faite pour les tiers, elle est faite, comme la propriété ordinaire, pour celui qui en est titulaire ».

¹⁷⁶ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 1978, 3^{ème} éd., p. 538 : « La conception individualiste anime la loi tout entière et singulièrement les dispositions fondamentales ».

¹⁷⁷ C. ROMAINVILLE, *Le droit à la culture, une réalité juridique : le régime du droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et en droit international*, op. cit., p. 666 : « la justification du refus de considérer l'existence d'un droit subjectif d'accéder aux patrimoines et aux cultures doit plus certainement être située dans l'idée selon laquelle le droit d'auteur lui-même internaliserait suffisamment l'intérêt du public et des diffuseurs ».

¹⁷⁸ B. CORIAT, *Le retour des communs, la crise de l'idéologie propriétaire*, op. cit., p. 9 : « le plus préoccupant est que ce durcissement de la propriété intellectuelle n'est que l'une des expressions d'une offensive bien plus large et générale qui fait du renforcement et de la diffusion des droits de propriété, ainsi que du caractère exclusif de ces droits, le fondement même de nos sociétés et le point sur lequel asseoir leur futur ».

comme une fin et non comme un moyen¹⁷⁹. Or, on ne peut systématiquement préférer l'individu à la collectivité, notamment lorsque de nombreux outils permettent à la collectivité de jouir des œuvres de l'esprit. Bien plus que dans le cas de la propriété civiliste, la propriété intellectuelle ne peut se concevoir comme une simple relation entre le titulaire et sa chose, sauf à être privé de raison d'être¹⁸⁰. Il y a donc une forme de vacuité de la propriété littéraire et artistique si la matière ne sert que l'auteur. Partant de ce postulat, il est utile de questionner l'opportunité d'une réservation propriétaire de l'œuvre. Si la propriété sert efficacement l'intérêt général, rien n'impose de la remettre en cause. Si elle sert imparfaitement l'intérêt général, elle doit être adaptée, voire remplacée.

321. Caractère néfaste de l'exclusivité pour la diffusion des œuvres. L'exclusivité adossée aux droits de l'auteur participe pleinement de la conception égoïste des droits intellectuels. Cette exclusivité assure aux ayants droit la maîtrise totale de l'œuvre, et notamment de son accès qui peut être refusé. Or, ne faut-il pas tendre à une diffusion maximale de l'œuvre, conformément à la fonction sociale de la propriété littéraire et artistique¹⁸¹ ? Certains objecteront que le modèle actuel remplit parfaitement cet objectif. Comme nous l'avons observé, ne serait-ce que par l'étude des œuvres indisponibles et orphelines, une telle affirmation est erronée. La propriété littéraire et artistique peut malheureusement autoriser une rétention de l'œuvre par l'ayant droit, voire accélérer son oubli. En effet, il faut l'admettre, l'effet d'incitation à l'exploitation du droit d'auteur connaît nécessairement des limites, de sorte que toute œuvre ne sera pas toujours accessible au public. Partant, l'exclusivité, parfois néfaste à la diffusion des œuvres, pourra légitimement être remise en cause¹⁸².

322. Contestation et instrumentalisation des propriétés intellectuelles. Le droit positif, conduisant à une rupture de l'équilibre entre auteur et utilisateur, conduit à une

¹⁷⁹ Y. GAUBIAC, « Droit d'auteur et intérêt général », *Propriétés intellectuelles*, n° 36, juill. 2010, p. 814 : « en France, le droit de l'auteur sur son œuvre est devenu une valeur en soi, une valeur naturelle, une valeur innée et immanente, indépendamment de l'intérêt social, voire même pouvant aller à son encontre ».

¹⁸⁰ A. ABELLO, « La propriété intellectuelle, une "propriété de marché" » *op. cit.*, p. 363 : « il y a en matière de propriété intellectuelle, une nécessité de la relation à autrui, faute de laquelle mon droit de propriété intellectuelle n'a pas de raison d'être mis en application ».

¹⁸¹ D. COHEN, « La liberté de créer » in R. CABRILLAC, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2022, 28^{ème} éd., p. 587.

¹⁸² A-C. RENOARD, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, *op. cit.*, vol. 1, p. 447 : « Attribuer à des propriétaires exclusifs les objets inappropriables, c'est appauvrir l'humanité tout entière ; il n'y a pas de nécessité, puisque l'intérêt privé n'a nul besoin de veiller à leur garde et à leur conservation ; il n'y a pas utilité, puisque leur valeur ne dépérit en rien par cela que tous en profitent et les exploitent ».

multiplication d'actes contestataires. En matière de propriété littéraire et artistique, nous l'avons longuement abordé, la piraterie et l'abandon logiciel reflètent une opposition du corps social vis-à-vis de la rigidité des droits de l'auteur. Au-delà, certains réclament le droit d'accéder aux contenus de manière inconditionnelle, notamment lorsqu'ils concernent le secteur de la connaissance. Ainsi, le site *Sci-Hub* propose l'accès gratuit à plusieurs dizaines de millions d'articles scientifiques présents sur des sites nécessitant un abonnement payant¹⁸³. Ce site, opérant aujourd'hui sur le *darknet* Tor, invoque, pour sa défense, le droit que chacun a de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent. En matière de propriété industrielle, d'autres pratiques sont également nées. C'est notamment le cas du mouvement que l'on nomme aujourd'hui « biopiraterie ». Celui-ci tend à la réservation d'utilités sur des végétaux grâce à des outils de propriété intellectuelle, alors même que les peuples ayant contribué à la sélection des espèces végétales en cause ne disposent d'aucune contrepartie. Encore au-delà, certains instrumentalisent les propriétés intellectuelles dans un simple but lucratif. C'est notamment le cas des firmes qualifiées de *patent trolls*. Celles-ci ont pour principale activité le rachat de brevets d'invention afin d'exiger le paiement de ceux qui recourent sans autorisation aux technologies concernées. Il s'agit d'un chantage difficilement contrecarré par le droit positif¹⁸⁴ et ayant incidence particulièrement néfaste sur l'innovation. En effet, alors même que la société titulaire du brevet agit sans elle-même exploiter l'invention, elle peut interdire son utilisation à de nombreux acteurs. Ici, la mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle s'avère contraire à la fonction sociale que devrait poursuivre la matière¹⁸⁵. Dans toutes les hypothèses que nous venons d'évoquer, l'exclusivité accordée à l'ayant droit conduit à la domination de celui-ci sur l'utilisateur. La propriété représente, par conséquent, un véritable frein à la communication de l'œuvre, de sorte que sa communication avec les droits culturels de l'utilisateur est sujette à caution. Il est donc à présent nécessaire de rechercher, sur le terrain des droits fondamentaux, un équilibre entre droits de l'auteur et de l'utilisateur.

¹⁸³ A une moindre échelle, le moteur de recherche *Library Genesis* tend à la même fin.

¹⁸⁴ J. RAYNARD, « Droit des brevets et du savoir-faire industriel », *D.*, 2010, p. 472 : « la législation sur le droit des brevets ne prévoit pas de réponse adéquate, sauf à pointer le régime des licences obligatoires pour défaut d'exploitation, d'application rare à notre connaissance ».

¹⁸⁵ Les *patent trolls* ne sont ici qu'un exemple parmi les nombreux détournements en matière de dépôt et de renouvellement de brevet : V. M. MALAURIE-VIGNAL, « Brevets dormants, brevet assassins, pratiques de *hold up* : que peut faire le droit ? Retour sur une rencontre entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence », *D.*, 2012, p. 2325.

Section II : La recherche impérative d'équilibre entre droits fondamentaux de l'auteur et de l'utilisateur

323. **Contenu et délimitation des droits.** Au regard de nos précédents développements, se dégage le constat d'un déséquilibre manifeste entre l'auteur et l'utilisateur. Ce dernier ne dispose pas de réelles prérogatives ; l'auteur, désigné comme propriétaire, est seul détenteur de droits subjectifs sur l'œuvre. Dans ce contexte, la reconnaissance de droits culturels étendus au profit du public se trouve généralement rejetée par crainte d'une atteinte, voire d'une abolition du droit d'auteur. Néanmoins, l'on ne peut parfaitement opposer intérêt de l'auteur et de l'utilisateur. En effet, « l'intérêt du public ne consiste pas dans la négation des droits de propriété littéraire et artistique mais dans leur raisonnable délimitation »¹⁸⁶. Les droits culturels et autres droits fondamentaux pourraient, s'ils sont justement délimités, permettre d'atteindre un équilibre permettant d'apaiser le corps social et renforcer la cohérence de la matière. Ainsi, l'identification des droits fondamentaux de l'auteur et de l'utilisateur apparaît primordiale (§1), tandis que la hiérarchisation desdits droits fondamentaux semble inévitable (§2).

§1 : L'identification primordiale des droits fondamentaux de l'auteur et de l'utilisateur

324. **Vers la pleine effectivité des droits fondamentaux culturels de l'utilisateur.** La recherche d'équilibre entre droits fondamentaux de l'auteur et de l'utilisateur suppose, au préalable, de définir et maîtriser ces droits. Parmi eux, l'on rencontre des droits distincts des droits culturels, comme la liberté d'expression ou le droit à l'information. Toutefois, comme indiqué plus tôt, l'état du droit positif ne permet pas d'atteindre l'équilibre entre les droits de chacun. Cela s'explique notamment par le manque d'effectivité de certains droits culturels. Étudions donc les prérogatives fondamentales de l'auteur et de l'utilisateur en droit positif (I), avant d'imaginer la substance idéale de ces prérogatives en droit prospectif (II).

¹⁸⁶ S. CARRE, *L'intérêt du public en droit d'auteur*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, 2004, t. 1, p. 152.

325. Distinction imparfaite entre droits de l'auteur et de l'utilisateur. Dans le but d'exposer les droits existants, il sera procédé à une catégorisation entre droits de l'auteur et droits de l'utilisateur. Toutefois, il convient d'admettre qu'une telle différenciation des droits évoqués ne permet pas de rendre parfaitement compte de la réalité. En effet, les notions d'auteur et d'utilisateur sont ici abordées de manière abstraite, alors même que l'auteur est le plus souvent utilisateur des œuvres d'autres créateurs. De même, certains droits, qui appartiennent tant à l'auteur qu'à l'utilisateur, seront davantage rattachés à l'un ou à l'autre en fonction des circonstances. Nous avons dès lors parfaitement conscience qu'existe parfois une réelle porosité entre les qualités d'auteur et d'utilisateur. Toutefois, nous retiendrons ici, à nouveau, que les droits culturels de l'auteur correspondent à ceux de l'émetteur de l'œuvre, tandis que les droits culturels de l'utilisateur renvoient à ceux du destinataire de la création. Examinons donc les droits fondamentaux reconnus à l'utilisateur de l'œuvre (A), avant de nous intéresser à ceux de l'auteur (B).

A : Les droits fondamentaux reconnus à l'utilisateur de l'œuvre

326. Hétérogénéité des droits fondamentaux de l'utilisateur. Les droits fondamentaux de l'utilisateur vont ici être employés en vue d'un retour à un droit d'auteur plus raisonnable et inclusif. Toutefois, nous ne saurions évoquer ici la totalité des droits fondamentaux potentiels de l'utilisateur, ces derniers pouvant rapidement foisonner. Nous faisons donc ici le choix de nous concentrer sur plusieurs droits fondamentaux particulièrement susceptibles d'impacter le droit de la propriété littéraire et artistique. Seront, à ce titre, principalement étudiés des droits de nature culturelle, excepté la liberté de choix en matière culturelle, le droit de participer à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques culturelles et l'égalité en matière culturelle. Ces droits ne semblent, manifestement, pas à même de rééquilibrer le rapport entre auteur et utilisateur. En réalité, ce sont avant tout le droit d'accéder à la connaissance du patrimoine culturel, la liberté d'expression artistique et, surtout, le droit de participer à la vie culturelle de communauté qui nous intéresseront ici.

327. Le droit de participer à la vie culturelle de la communauté. Parmi les droits fondamentaux culturels de l'utilisateur, le droit de participer à la vie culturelle de la

communauté est très fréquemment invoqué. Il consiste, notamment, en une égalité devant la culture ainsi qu'en un droit en faveur des minorités culturelles. Il serait cependant envisageable d'étendre le champ de ce droit fondamental pour consacrer un véritable droit d'accéder à la culture¹⁸⁷, position qui sera soutenue par la suite¹⁸⁸. Nous l'avons indiqué, le droit de participer à la vie culturelle présente une faible effectivité en droit positif puisque, ne pouvant faire l'objet d'un effet direct, il ne peut que guider l'interprétation des textes nationaux. De plus, son atteinte ne pouvant faire l'objet de sanctions, il ne s'avère pas pleinement effectif. Nonobstant, ce droit demeure fondamental et bénéficie effectivement, en plus de l'auteur, à l'utilisateur.

328. Le droit d'accéder à la connaissance du patrimoine culturel. Au sens de Madame Bérengère Gleize, au-delà du droit de participer à la vie culturelle de la communauté, existerait un droit d'accéder à la connaissance du patrimoine culturel¹⁸⁹. Une telle prérogative, accompagnée d'une liberté d'illustration de l'œuvre¹⁹⁰, ne constitue pas un droit d'accéder à la culture, mais plutôt une prérogative bien plus restreinte. Le droit d'accéder à la connaissance du patrimoine culturel n'implique effectivement pas le droit d'accéder à la forme ou au contenu du bien culturel concerné, mais seulement de prendre connaissance de son existence à travers une description, voire une illustration. Il s'agit donc, en quelque sorte, d'un droit d'accéder au catalogue culturel, laissant le soin au titulaire de cette prérogative d'obtenir, par ses propres moyens, un éventuel accès au bien culturel concerné.

329. La liberté d'expression de l'utilisateur. La liberté d'expression artistique peut être tant reconnue à l'auteur qu'à l'utilisateur. Nous l'évoquerons plus en détail au titre des droits fondamentaux de l'utilisateur. Toutefois, au-delà de ce droit culturel, nous pouvons évoquer la liberté d'expression dont il découle. Il est communément admis que la liberté d'expression et de communication se compose, au-delà du droit d'émettre des idées, d'un droit de les recevoir¹⁹¹. La liberté d'expression ne constitue actuellement pas, à l'instar du droit de participer à la vie culturelle de la communauté, un droit d'accéder aux œuvres de l'esprit. L'article 10 de la CEDH n'autorise en effet pas une telle atteinte aux dispositions du droit de la propriété littéraire et artistique. Néanmoins, la liberté d'expression de l'utilisateur ne peut-elle

¹⁸⁷ D. COHEN, « La liberté de créer » *op. cit.*, p. 612 : « seul le texte juridiquement le moins effectif sur notre sol, à savoir la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, comporte, en son article 27, un énoncé susceptible de valoir reconnaissance d'une liberté de créer ainsi que d'un droit à la culture encore hypothétique en France ».

¹⁸⁸ V. *infra* n° 349.

¹⁸⁹ B. GLEIZE, *La protection de l'image des biens*, Thèse, Montpellier, dir. J-M. BRUGUIÈRE, Defrénois, 2008, p. 271.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 274.

¹⁹¹ Cour EDH, 9 févr. 2021, n° 68550/17, *Ramazan Demir c/ Turquie*, (*Gaz. Pal.*, n° 8, p. 42, note C. BERLAUD).

pas, au-delà de quelques exceptions et de la mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité, justifier la communication de l'œuvre dans certaines circonstances ? La réponse à cette question doit être trouvée à travers l'analyse du droit à l'information, composante de la liberté d'expression.

330. Le droit à l'information, composante de la liberté d'expression. La liberté d'expression et de communication est au fondement du droit à l'information. Notons que ce dernier ne porte pas sur toute information, mais exclusivement sur celles ayant déjà été communiquées¹⁹². Le droit à l'information présente un intérêt majeur en ce qu'il semble, *a priori*, possible d'effectuer un parallèle entre lui et un hypothétique droit d'accès à l'œuvre. La définition de l'information s'avère alors essentielle. Catala donne une acception large à l'information en ce qu'il considère que « tout message communicable à autrui par un moyen quelconque constitue une information »¹⁹³. L'objet du droit à l'information, le message communicable, est si commun qu'il est nécessaire de limiter son étendue, sans quoi le droit à l'information constituerait une obligation de communication et de transparence en tout domaine. Monsieur le Professeur Alain Strowel relève ainsi justement qu'il n'existe pas de droit général d'accès à l'information, mais seulement des droits particuliers d'accéder à celle-ci¹⁹⁴. Existe-t-il, dès lors, une forme de droit à l'information en matière culturelle ?

331. Le droit à l'information en matière culturelle. Notons tout d'abord qu'œuvre culturelle et droit à l'information entrent tous deux naturellement en conflit. La question peut se poser de savoir si l'œuvre peut être représentée et reproduite dans le but d'informer le public. Concernant l'œuvre d'art graphique, plastique ou architecturale, le CPI indique clairement que l'œuvre peut être représentée, même intégralement, lorsque la communication au public est effectuée dans un but exclusif d'information¹⁹⁵. S'ajoutent notamment des exceptions en faveur des revues de presse ou des discours institutionnels. Ces seules exceptions ne permettent cependant pas de rendre clair tout type de situation.

¹⁹² S. CARRE, *L'intérêt du public en droit d'auteur*, *op. cit.*, t. 2, p. 802 : « Lorsque l'on parle de droit du public à l'information, on vise, dans la majorité des cas, le "droit" du public à une information diffusée ou communiquée » ; P. CATALA, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *D.*, 1984, p. 103 : Les tiers ne disposent d'aucun droit sur l'information protégée et surtout pas d'un « droit à la divulgation d'une information privée ».

¹⁹³ P. CATALA, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *op. cit.*, p. 98.

¹⁹⁴ A. STROWEL, « La loi Création et Internet : de la confirmation d'un "droit d'accès" en droit d'auteur à l'analyse de la proportionnalité de la réponse graduée » in IRPI, *Contrefaçon sur Internet, les enjeux du droit d'auteur sur le web 2.0*, Colloque de l'IRPI, LexisNexis, 2009.

¹⁹⁵ CPI, art. L. 122-5, 9°.

332. **Étendue du droit à l'information en matière culturelle.** Dans l'affaire Utrillo, le jugement de première instance avait retenu que la représentation, au cours d'un journal télévisé, de multiples œuvres peintes constituait « une actualité immédiate en relation avec l'œuvre de son auteur »¹⁹⁶. Cette décision avait alors été vivement critiquée par une partie de la doctrine. Il était notamment reproché aux juges du fond de détourner le droit à l'information de sa vocation. Edelman estime notamment qu'« il est inadmissible de manipuler un droit à l'information pour l'instituer en “méga-droit de l'homme” tout en le novant en “droit imprescriptible de connaître par l'image” »¹⁹⁷. Selon lui, l'image n'est pas indispensable à la communication de l'information en ce qu'elle ne serait qu'un vecteur émotionnel et non informationnel¹⁹⁸. Cette position fut également celle adoptée par Cour de cassation dans l'arrêt Utrillo de 2003¹⁹⁹. Dans celui-ci, la Cour indique que le monopole légal de l'auteur peut faire obstacle à la représentation de l'œuvre si l'information du spectateur peut s'effectuer par d'autres moyens. En réalité, l'information correspond ici à tout moyen de communiquer sur l'œuvre, sans pour autant communiquer l'œuvre elle-même. Dès lors que l'information sur l'œuvre peut se passer de l'œuvre, le droit du public à l'information ne porte que sur le compte rendu d'un événement culturel et en aucun cas sur l'œuvre elle-même. Au fond, l'on peut considérer que procéder à la représentation de l'œuvre dans le but d'informer le public revient, en partie, à intégrer l'œuvre dans l'information.

333. **L'œuvre comme véhicule d'une information.** La question peut se poser de savoir si l'œuvre est assimilable, d'une certaine manière, à une information. La question est

¹⁹⁶ TGI Paris, 3^{ème} ch., 23 févr. 1999, n° RG 98/7053, *Fabris c/ France 2*, (D. affaires, 29 oct. 1999, p. 580, note P. KAMINA ; *RTD com.*, 2000, p. 96, Obs. A. FRANÇON ; *RIDA*, avr. 2000, p. 374 Note A. KÉRÉVER ; *GRUR Int.*, 2001, p. 252, Note C. GEIGER) : « Attendu qu'ainsi, un reportage représentant une œuvre d'un artiste uniquement diffusé dans le journal télévisé, de courte durée ne porte pas atteinte aux droits de propriété intellectuelle d'autrui puisqu'il sera justifié par le droit du téléspectateur à être informé rapidement et de manière appropriée d'un événement culturel constituant une actualité immédiate en relation avec l'œuvre de son auteur ; qu'il ne concurrencera pas l'exploitation normale de l'œuvre ».

¹⁹⁷ B. EDELMAN, « Du mauvais usage des droits de l'homme », *D.*, 2000, p. 459.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 458 : « informer, c'est porter à la connaissance l'existence d'un fait, d'un événement, d'une nouvelle. L'image peut bien fournir une dimension émotionnelle à ce fait, elle ne lui ajoute rien au regard de sa connaissance ».

¹⁹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 13 nov. 2003, n° 01-14.385, *Fabris c/ France 2*, (CCE, 2004, n° 1, p. 25, note C. CARON ; *D.*, 2004, p. 200, note. N. BOUCHE ; *JCP G*, 2004, II, 10080, note C. GEIGER ; *Propri. Intell.*, 2004, n° 10, p. 549, note A. LUCAS ; *Légipresse*, 2004, n° 209, III, p. 23, note V. VARET ; *Propriété industrielle*, 2004, n° 1, p. 26, note. P. KAMINA ; *JCP E*, 2004, n° 52, p. 2073, note A. ZOLLINGER) : « pour rejeter le grief d'atteinte au droit du public à l'information et à la culture, l'arrêt énonce, à bon droit, que le monopole légal de l'auteur sur son œuvre est une propriété incorporelle, garantie au titre du droit de toute personne physique ou morale au respect de ses biens, et à laquelle le législateur apporte des limites proportionnées, tant par les exceptions inscrites à l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle que par l'abus notoire prévu à l'article L. 122-9 du même Code ; qu'il a, en outre, constaté que la société France 2 avait la possibilité d'informer les téléspectateurs de l'existence de l'exposition sans qu'il lui fût indispensable de représenter des œuvres du peintre dans les conditions critiquées ».

plus que jamais d'actualité en raison de la numérisation massive des œuvres de l'esprit qui tend à faciliter la confusion entre créations et simples données²⁰⁰. Au regard des éléments évoqués en amont, nous ne pouvons nous résoudre à assimiler l'œuvre à une pure information. Rapprocher œuvre et l'information s'apparente à un exercice contre-nature pour tout intellectualiste²⁰¹. En effet, l'œuvre, empreinte de la personnalité de l'auteur, semble être l'antithèse de l'information, simple donnée ne présentant aucune originalité en elle-même²⁰². Ainsi, l'œuvre appartient, semble-t-il, à un monde parfaitement distinct de l'information²⁰³. À ce stade, l'œuvre ne semble donc aucunement pouvoir être assimilée à une information.

334. L'œuvre comme information privée. Catala propose toutefois une distinction originale entre deux types d'informations : les informations privées et les informations vacantes. Ces dernières constituent les informations au sens commun du terme : un message communicable à autrui et sur lequel ne s'exerce aucun droit subjectif. Le seul pouvoir du détenteur de l'information vacante est celui de ne pas divulguer celle-ci. Dans le même temps, le public peut librement s'emparer de l'information vacante dès lors qu'elle est portée à sa connaissance. Les informations privées, quant à elle, sont alors également des éléments communicables, mais sur lesquels s'exercent des droits subjectifs. Parmi les informations privées, l'on retrouve principalement les données à caractère personnel²⁰⁴ et les propriétés intellectuelles²⁰⁵. Les droits de chacun sont ici très différents. La personne à l'origine de l'information privée est en droit de s'opposer à la diffusion de celle-ci : elle exerce un contrôle étendu sur l'information. Dans cette hypothèse, les droits de l'utilisateur sont bien plus réduits : « concernant les informations sur lesquelles existent des droits privatifs légitimes, le droit du public à l'information est celui de s'opposer à toute restriction à l'accès à cette information qui

²⁰⁰ N. MIKAELIAN, *La mutation des droits d'auteur dans l'environnement numérique : l'émergence d'un droit d'accès*, Thèse, Nice, dir. G. GOURDET, 2004, p. 133 : « S'il est vrai que toute œuvre, dès lors qu'elle se trouve numérisée, se ramène à un fichier d'informations binaires, il ne faut pas en déduire pour autant que l'œuvre, par le truchement de la numérisation, est devenue une information ».

²⁰¹ C. CARON, note ss. TGI Paris, 14 août 1996 : *RIDA*, 1997, n° 171, p. 377 : si elle devait être comparable à l'information, « l'œuvre, désacralisée, serait perçue par les utilisateurs comme un renseignement, une indication, un élément de communication ».

²⁰² C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, 2003, p. 21 : « le droit d'auteur ne protège l'information que dans sa mise en forme, à condition que celle-ci soit originale ».

²⁰³ P. GAUDRAT, « Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la "société de l'information" », *RTD com.*, 2003, p. 99 : « l'œuvre n'est pas une information ; mais elle peut contenir des informations ou être l'objet d'un discours informatif » ; V. ég. A. BENSAMOUN, *Essai sur le dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur*, Thèse, Paris XI, dir. P. SIRINELLI, PUAM, 2008, p. 548.

²⁰⁴ Il s'agit de celles notamment traitées au titre des articles 34 et 35 de la loi du 6 janv. 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

²⁰⁵ P. CATALA, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *op. cit.*, p. 102.

n'émane pas de ce "propriétaire", ou qui soit constitutif d'un abus de sa part »²⁰⁶. L'information privative, à l'inverse de l'information vacante, est directement rattachée à un individu en vertu d'une appropriation ou d'un droit extrapatrimonial. La distinction proposée par Catala met en lumière le fait que les œuvres de l'esprit ne peuvent véritablement être comparées aux informations vacantes. Ainsi, même dans l'hypothèse où l'œuvre est qualifiée d'information, elle ne peut définitivement être assimilée à une information vacante.

335. Les limites du droit à l'information en matière culturelle. Si l'œuvre ne peut véritablement être comparée à une information, et qu'il n'existe, par là même, aucun droit à l'information sur l'œuvre, la communication de la création pourrait avoir lieu grâce au droit à l'information en matière culturelle. L'information relative à l'œuvre pourrait, selon les circonstances, impliquer sa représentation. Toutefois, comme le démontre l'arrêt Utrillo, une telle possibilité s'avère nécessairement limitée. Même en présence d'une information relative à l'œuvre, voire d'un élément d'actualité, la représentation de celle-ci peut être perçue comme une exploitation. Ce fut notamment le cas dans l'arrêt *Onze mondial*²⁰⁷ dans lequel un éditeur avait été condamné en appel pour contrefaçon de l'image du trophée de la coupe du monde de football qui avait été reproduite dans un photomontage en couverture d'un magazine sportif. La Cour de cassation indiquait que la reproduction « ne participait pas à l'information du public mais relevait de l'exploitation de l'œuvre, laquelle n'ayant pas été autorisée constituait un acte de contrefaçon ». Est ici rappelée la logique implacable du droit de la propriété littéraire et artistique : en dehors des exceptions, seule subsiste la contrefaçon. Toutefois, ne peut-on considérer que, dans une telle hypothèse, la représentation du trophée d'une compétition sportive est inhérente à l'information du public ? La logique du droit d'auteur ne présente-t-elle pas ici, ses limites ? Concernant l'arrêt *Onze mondial*, l'avocat Morgan Cauvin, indique que « la solution posée par la Cour de cassation, qui aboutit à "rétrograder" le droit du public à l'information en tant que simple exception au droit d'auteur doit donc être désapprouvée car elle nie totalement le caractère supra législatif et fondamental de ce droit »²⁰⁸. Il semble effectivement que, une nouvelle fois, le droit d'auteur prenne le pas sur les droits reconnus au

²⁰⁶ A. ZOLLINGER, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, LGDJ, Thèse, Poitiers, dir. P. GAUDRAT, 2008, p. 327.

²⁰⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 2 oct. 2007, n° 05-14.928, *Sté HFA c/ FIFA*, (RTD com., 2008, p. 78, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; CCE, 2008, comm. 2, note C. CARON).

²⁰⁸ M. CAUVIN, « FIFA : 1 – Onze mondial : 0 ou la prédominance du droit d'auteur sur le droit du public à l'information », *RLDI*, n° 38, 1^{er} mai 2008, p. 10, note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 2 oct. 2007, n° 05-14.928, *Sté HFA c/ FIFA*.

public. Nous ne pouvons alors que regretter cette limitation du droit à l'information en matière culturelle.

336. **Un droit à l'information ne justifiant pas l'accès à l'œuvre.** Du fait de ses limites, le droit à l'information ne saurait fonder, à lui seul, un droit d'accès à l'œuvre. En effet, « le droit à l'information est celui de collecter des données vacantes [...]. Il n'est pas d'exiger une information privée, mais il est d'obtenir un accès libre et égal à cette information lorsqu'elle est rendue publique »²⁰⁹. Il en résulte que le droit du maître de l'information est toujours prépondérant. Ce constat est d'autant plus vrai en présence d'une information privative et non d'une information vacante. Dans le cas de l'information vacante, le public ne dispose d'aucun droit informationnel opposable au maître de l'information²¹⁰. Il n'est donc pas raisonnable de se fonder sur la liberté d'expression pour mettre en œuvre un hypothétique droit d'accéder aux œuvres²¹¹. Ainsi, nous ne concentrerons pas nos efforts d'analyse sur le fondement du droit à l'information, bien souvent perçu comme une menace pour le droit d'auteur²¹². Il en résulte que si les droits fondamentaux de l'utilisateur doivent être amenés à se développer afin de restaurer l'équilibre entre auteur et utilisateur, nous n'emprunterons pas la voie du droit à l'information ici. C'est notamment en ce sens que notre proposition se distingue de celle issue de la thèse de Monsieur le Professeur Christophe Geiger, axant l'analyse sur le fondement du droit du public à l'information²¹³. Quoi qu'il en soit, et avant de proposer un rééquilibrage de la matière à travers les droits fondamentaux, il convient de s'intéresser aux prérogatives fondamentales reconnues à l'auteur.

²⁰⁹ P. CATALA, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *op. cit.*, p. 103.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 102 : « Alors, tant que dure cette protection [de la PLA], il n'existe chez autrui aucun droit à l'information ».

²¹¹ A. STROWEL, « L'émergence d'un droit d'accès en droit d'auteur ? Quelques réflexions sur le devenir du droit d'auteur » in C. DOUTRELEPONT et F. DUBUISSON, *Le droit d'auteur adapté à l'univers numérique*, Bruylant, 2008, p. 65 : « Même en matière d'information, il n'y a donc pas de droit à l'accès que l'on puisse dériver de la liberté d'expression et d'information » ; S. CARRE, *L'intérêt du public en droit d'auteur*, *op. cit.*, 2, p. 744 : « Le "droit du public à l'information" que l'on peut voir affirmé par la lecture audacieuse de l'article 11 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 par le Conseil constitutionnel, ne consiste pas dans le "droit" d'accès à toute information, dans un sens si large qu'une œuvre puisse être considérée comme une information, et le droit du public à l'information comme un droit d'accès aux œuvres ».

²¹² N. MALLET-POUJOL, « Le double langage du droit à l'information », *D.*, 2002, p. 2426 : « L'alibi du droit à l'information sert fréquemment la remise en cause du droit d'auteur, afin principalement d'éviter le paiement, par les exploitants, de redevances au créateur ».

²¹³ C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, *op. cit.*, p. 153.

337. **Les droits culturels de l'auteur.** L'auteur n'est bien entendu pas dépourvu de droits fondamentaux. Rappelons que, utilisant d'autres œuvres que les siennes, il dispose de l'ensemble des droits culturels attachés à l'utilisateur. Notamment, l'auteur est en droit de participer à la vie culturelle de la communauté, notamment en exposant ou non ses œuvres au regard du public. L'auteur est d'ailleurs le premier bénéficiaire de cette prérogative, l'accès à l'œuvre étant bien entendu conditionné à sa création. L'auteur est également titulaire du droit d'accéder à la connaissance du patrimoine culturel à l'instar de tout autre utilisateur, ainsi que de la liberté d'expression artistique que nous allons à présent évoquer.

338. **Liberté d'expression et liberté d'expression artistique de l'auteur.** La liberté d'expression et de communication ne joue pas uniquement au profit de l'utilisateur : l'auteur est concerné par celle-ci au premier plan. Cette liberté n'opère pas seulement au stade de la réception, mais également – et avant tout – à l'étape de la diffusion²¹⁴. À noter que la liberté d'expression artistique touchera également certains membres du public dans l'hypothèse où ceux-ci créent des œuvres secondes ou dérivées à partir de l'œuvre initiale. Bien que la liberté d'expression concerne essentiellement les informations et idées, elle intéresse également la diffusion des œuvres. Peut se poser la question de savoir si l'auteur dispose d'une liberté d'expression en matière de création littéraire et artistique. L'étude de la jurisprudence met en évidence la notion de « liberté d'expression artistique »²¹⁵ ou liberté artistique. Cette liberté a notamment été mise à l'honneur par la loi relative à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine qui dispose que « la création artistique est libre »²¹⁶. Il en est de même pour la diffusion de cette même création. Cette liberté, que l'on peut également identifier au sein de l'article 13 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, permet à l'auteur de véhiculer non seulement le message transmis par l'œuvre, mais également l'œuvre en elle-même. Bien que dépendante de la liberté d'expression et de communication, la liberté de

²¹⁴ Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 déc. 1966, art. 19 : rappelons-le, « toute personne a droit à la liberté d'expression ; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce ».

²¹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2015, n° 13-27.391, *Klasen c/ Malka*, Bull. (D., 2015, p. 1672, note A. BENSAMOUN et P. SIRINELLI ; *RTD com.*, 2015, p. 515, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *JCP G*, 2015, p. 967, note C. GEIGER ; *CCE*, 2015, comm. 55, note C. CARON ; *CCE*, 2016, chron. 4, n°15, obs. X. DAVERAT ; *Prop. Intell.*, 2015, n°56, p. 281, obs. A. LUCAS ; *Prop. Intell.*, 2015, n° 56, p. 285, note J-M. BRUGUIÈRE ; *Prop. Intell.*, 2016, n°58, p. 89, obs. M. VIVANT et C. GEIGER ; *LPA*, 18 janv. 2016, n°12, p. 4, note X. DAVERAT ; *Légipresse*, 2015, p. 474, note V. VARET).

²¹⁶ Loi n° 2016-925 du 7 juill. 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, art. 1.

création, du fait de son objet, s'apparente largement à un droit culturel. La liberté d'expression artistique ne devrait être dissociée de la liberté d'expression que si elle présente une différence d'objet avec celle-ci. Or, une telle différence d'objet entre liberté d'expression et liberté d'expression artistique semble manifeste. En effet, là où la liberté d'expression semble avant tout porter sur la diffusion et la réception d'informations et d'idées, la liberté d'expression artistique porte non seulement sur la diffusion de l'œuvre, mais également sur sa création en elle-même. De plus, comme le souligne le Professeur Daniel Cohen, : « la liberté de créer procède à la fois de la liberté de pensée et de la liberté d'expression mais n'est pas assimilable ni à l'une ni à l'autre, puisqu'elle traduit plus ou autre chose qu'une pensée »²¹⁷. Dans de telles conditions, il semble opportun de rattacher la liberté créative, ou liberté d'expression artistique, à la catégorie des droits fondamentaux culturels de l'auteur.

339. Les limites à la liberté d'expression de l'auteur. À l'instar des droits reconnus au profit de l'utilisateur, la liberté d'expression de l'auteur se trouve limitée. La première limite, et peut-être la plus évidente, correspond à l'abus de droit²¹⁸. Toutefois, si l'on se place du point de vue de Planiol, il ne s'agit aucunement d'une atteinte à la liberté d'expression, dans la mesure où, classiquement, le droit cesse là où l'abus commence. En réalité, la principale limite à la liberté d'expression résidera dans la préservation de l'ordre public. Par exemple, dans l'arrêt *Muller contre Suisse* de la Cour EDH²¹⁹, la diffusion de toiles avait été limitée en raison de leur caractère obscène, et les œuvres avaient été confisquées en vue de prévenir la réitération de l'infraction. La préservation de l'ordre public, peut également se manifester par le refus de délivrance d'un visa d'exploitation cinématographique par le ministère de la Culture. Néanmoins, l'atteinte à la diffusion, du fait de l'impératif d'ordre public, se trouve strictement encadrée.

340. Fondamentalité de la propriété de l'auteur. Au-delà de ses droits culturels et de sa liberté d'expression, l'auteur dispose d'un droit de propriété dont l'importance est considérable en droit de la propriété littéraire et artistique. Le caractère fondamental de la

²¹⁷ D. COHEN, « La liberté de créer » *op. cit.*, p. 615.

²¹⁸ Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, art. 11 : « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi ».

²¹⁹ Cour EDH 24 mai 1988, n° 10737/84, *Muller et autres c/ Suisse*, (*Journal du droit international*, 2019, n° 3, p. 811, note P. ROLLAND) : limitation de la diffusion de l'œuvre en raison de son obscénité et confiscation des toiles en cause ; V. également CE, 18 déc. 1959, n° 36385, *Société les films Lutétia* : interdiction de diffusion d'une œuvre cinématographique charnelle dans une commune en raison du risque d'atteinte à l'ordre public. Bien que l'arrêt ne soit pas rendu contre le réalisateur du film, il peut être considéré comme portant atteinte, à une certaine échelle, à la liberté d'expression artistique.

propriété constitutionnellement protégée ne fait aucunement débat, notamment du fait du statut qui lui est réservé par la DDHC²²⁰. La propriété y est décrite, rappelons-le, comme un droit de l'Homme naturel, inviolable, sacré et imprescriptible. La question peut toutefois se poser de savoir si le caractère fondamental de la propriété constitutionnelle s'étend nécessairement à tout type de propriété, et particulièrement à la propriété littéraire et artistique. La propriété constitutionnellement protégée pourrait ne demeurer qu'un idéal, seul touché par la grâce de la fondamentalisation. Il n'en est toutefois rien ! En réalité, la propriété civiliste et la propriété littéraire et artistique ne sont rien d'autre que des prolongements de la propriété au sens constitutionnel. Bien que leurs modalités diffèrent, leur essence demeure identique. Comme le souligne Monsieur le Professeur Thierry Revet : « le caractère fondamental du droit de propriété signifie [...], aussi simplement que directement, que le droit de propriété des auteurs est fondamental en tant qu'il est un droit de propriété »²²¹. Par conséquent, la propriété accordée à l'auteur est intrinsèquement fondamentale, en raison de la capillarité entre propriété constitutionnellement protégée et propriété littéraire et artistique²²². La propriété de l'auteur s'élève donc, sans appel, au rang de droit fondamental.

341. Fondamentalité des droits moraux de l'auteur. Les droits extrapatrimoniaux de l'auteur, qui trouvent étonnamment leur place dans un code nommément consacré à la propriété²²³, sont également des droits touchés par la fondamentalité. Étant intégrés au sein de la propriété par le droit positif, il est naturel qu'ils disposent d'une valeur au moins égale aux droits patrimoniaux du créateur. Ces droits perpétuels, inaliénables et imprescriptibles sont attachés à la personne de l'auteur au sens de l'article L. 121-1 du CPI. Droits de la personnalité, ils assurent la protection de l'auteur à travers son œuvre. Le droit de paternité, le droit au respect, le droit de divulgation et le droit de retrait entérinent juridiquement le lien naturel existant entre l'auteur et son œuvre ; dans la conception positive des droits intellectuels, l'œuvre appartient à l'auteur tant spirituellement qu'économiquement. Ainsi, le droit de la propriété littéraire et artistique est intégralement, tant à travers sa composante patrimoniale que

²²⁰ Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, art. 2 et 17.

²²¹ T. REVET, « Droit de propriété sur droit de propriété ne vaut », *RTD civ.*, 2009, p. 754, note ss. C. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 : « Le caractère fondamental du droit de propriété signifie donc, aussi simplement que directement, que le droit de propriété des auteurs est fondamental en tant qu'il est un droit de propriété. Toute autre présentation ne peut, selon nous, que créer une confusion nuisible au droit constitutionnel des biens comme à l'ensemble de leur réglementation ».

²²² A. LUCAS, H-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 2017, 5^{ème} éd., p. 34 : « La reconnaissance du droit d'auteur en tant que droit de propriété le fait entrer, du même coup, dans la catégorie des droits fondamentaux ».

²²³ Une critique de l'intégration des prérogatives extrapatrimoniales au sein de la propriété sera proposée postérieurement.

morale, un droit fondamental en droit positif. D'autres droits fondamentaux bénéficiant à l'auteur auraient pu être mis en avant ici. Toutefois, nous faisons le choix de nous cantonner aux droits fondamentaux présentant la plus grande importance dans la recherche d'équilibre entre les différents intérêts en présence. Le droit en vigueur ayant été étudié, il nous reste à envisager un nouveau schéma permettant de concilier les intérêts de l'auteur et de l'utilisateur.

II : Les prérogatives fondamentales de l'auteur et de l'utilisateur en droit prospectif

342. **Pour une pleine effectivité des droits culturels.** Comme nous l'avons vu précédemment, le droit de la propriété littéraire et artistique ne parvient pas à satisfaire pleinement la fonction sociale qui devrait conditionner la matière²²⁴. Bien entendu, le principe d'un contrôle quasi total des utilités de l'œuvre par l'ayant droit est largement à l'origine de ce phénomène. De plus, le faible développement des droits culturels de l'utilisateur ne permet pas d'aboutir à un équilibre satisfaisant entre auteur et utilisateur. Dès lors, il convient d'envisager l'avenir des droits fondamentaux culturels et de tenter de déterminer plus finement leur contenu en prenant pleinement en compte la fonction sociale du droit de la création immatérielle. L'incitation à la création et la diffusion des œuvres au plus grand nombre constituent les objectifs que doivent participer à remplir les droits culturels. Ces derniers, que nous allons définir, seront dès lors des dérivés ou aboutissements des droits fondamentaux culturels tels qu'ils existent aujourd'hui. Nos propositions ne sont ainsi pas créées *ex nihilo*, mais sont conçues comme des extensions de droits culturels préexistants, particulièrement de l'article 27 de la DUDH. Une telle proposition nécessite d'accorder davantage d'effectivité aux droits culturels que celle qu'il leur est actuellement reconnue. Il ne s'agit donc, dans ce modèle, pas de simples droits-manifeste, mais de prérogatives pleinement invocables. Un droit culturel ambitieux ne peut nullement être privé d'une telle exigence.

343. **Droits culturels retenus.** Les travaux de Madame Céline Romainville constituant une référence en la matière, nous reprendrons ici certaines des libertés intégrant son modèle exhaustif²²⁵. Nous ne retiendrons cependant que quelques droits majeurs, n'hésitant pas à regrouper certaines prérogatives en raison de la proximité de leur objet.

²²⁴ V. *supra* n° 310.

²²⁵ C. ROMAINVILLE, *Le droit à la culture, une réalité juridique : le régime du droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et en droit international*, Thèse, Louvain, dir. M. VERDUSSEN, Bruylant, 2014, p. 384 et s.

Indiquons dès à présent que le droit de participer à la vie culturelle de la communauté est bien entendu considéré comme l'un des principaux droits culturels, au regard de sa présence récurrente dans les textes internationaux. À l'aune de son régime, nous considérerons que l'égalité en matière culturelle fait partie intégrante du droit de participer à la vie culturelle de la communauté. Il en sera de même pour le droit de participer à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques culturelles. Partant, seront ici mises en avant trois prérogatives principales : le droit au maintien, au développement et à la diffusion des patrimoines et des cultures, la liberté artistique et le droit d'accéder à la culture et à l'information en matière culturelle.

344. Le droit au maintien, au développement et à la diffusion des patrimoines et des cultures. Afin de parvenir à l'accomplissement de la fonction sociale de la propriété littéraire et artistique, il est nécessaire de rechercher à pérenniser le processus créatif, dans le but d'éviter le tarissement de la création. La mise en œuvre d'un droit au maintien, au développement et à la diffusion des patrimoines et cultures représente alors un moyen de remplir cet objectif. Un tel droit, directement rattaché dans son esprit à l'article 27 de la DUDH, implique notamment le droit à la préservation de la culture, ainsi que le droit de participer à cette préservation. Le même schéma gouverne le développement et la diffusion de la culture. Cette dernière est ici, de manière inchangée, envisagée au sens large comme englobant tant les rites, coutumes, biens culturels et œuvres de l'esprit. Le droit à la diffusion des patrimoines et des cultures correspond à un droit de prendre connaissance des éléments culturels connus. Le droit au maintien, au développement et à la diffusion des patrimoines et des cultures n'implique cependant pas un droit d'accéder à la culture. Ce droit, qui semble davantage tourné vers l'utilisateur, peut-être, s'il n'est pas dévoyé, bénéfique à l'auteur. Une telle prérogative, ayant vocation à se développer, se conçoit principalement dans des rapports verticaux, l'individu pouvant exiger de l'État que sa politique publique permette la réalisation des objectifs fixés par ce droit.

345. La liberté artistique ou liberté d'expression artistique. Contrairement aux autres droits culturels de cette liste, la liberté artistique ou liberté d'expression artistique est pleinement effective en droit positif. En effet, les tribunaux se saisissent de la liberté d'expression artistique au profit des auteurs d'œuvres premières et dérivées, notamment dans le cadre du contrôle de proportionnalité²²⁶. À l'instar de Madame Céline Romainville,

²²⁶ CA Paris, pôle 5, ch. 1, 17 déc. 2019, n° 17/09695, *Koons/enfants*, (*Dalloz actualité*, 21 janv. 2020, obs. J. DALEAU ; *Légipresse*, 2020, p. 171, ét. P. PÉROT ; *Propri. Intell.*, 2020, n° 75, p. 96, obs. J.-M. BRUGUIÈRE ; *RLDI*, 2020, n° 8, note P. MOURON ; *JCP E*, 2021, n° 5, p. 41, note A. ZOLLINGER).

nous pourrions cependant procéder à une distinction entre liberté artistique et liberté de choix en matière culturelle. Nous considérerons toutefois que la liberté de choix en matière culturelle est incluse au sein de la liberté artistique. Dans le but de favoriser la création et la diffusion des œuvres, l'auteur doit être, dans une très large mesure, en capacité de répandre ses idées et les œuvres qui en sont le support. De plus, et cet élément n'est pas présent au sein de la liberté d'expression, le créateur doit être pleinement libre des choix qui guident sa création. Ainsi, il ne peut être imposé certains canons ou certains cadres à la création, tant qu'il n'existe pas de risque sérieux d'atteinte à l'ordre public. Il ne peut être refusé à l'auteur, sans motif valable, le traitement de certains thèmes, la diffusion de certaines idées ou l'utilisation de certains modes d'expression : tel est le sens de la liberté artistique.

346. Évolution prévisible du droit de participer à la vie culturelle. S'agissant du droit de participer à la vie culturelle de la communauté, il a été démontré que celui-ci présente une simple invocabilité d'interprétation conforme. L'absence de réelle effectivité de ce droit permet de l'inclure dans la catégorie des « droits-manifeste »²²⁷. En l'absence de garanties substantielles dans la mise en œuvre de ce droit fondamental, ce dernier serait alors condamné à demeurer une simple proclamation d'ordre général²²⁸. Néanmoins, un certain optimisme est permis concernant l'évolution du droit de participer à la vie culturelle. Rappelons que, bien que son atteinte ne puisse donner lieu à sanction aujourd'hui, ce droit est notamment présent au sein de l'article 15 du PIDESC. Il s'avère alors essentiel d'évoquer l'une des caractéristiques majeures du Pacte : le caractère progressif des droits qu'il reconnaît. L'article 2 du PIDESC indique notamment que : « chacun des États parties au présent Pacte s'engage à agir, [...], en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives »²²⁹. Il en découle que le droit de participer à la vie culturelle, à l'instar de l'ensemble des droits économiques, culturels et sociaux, a vocation à se concrétiser sur le long terme. Partant, et bien que ce processus soit intrinsèquement lent, le droit de participer à la vie culturelle de la communauté pourra voir son degré d'invocabilité évoluer lentement vers un effet direct.

347. Mobilisation de la DUDH dans le contentieux de la contrefaçon. Si la DUDH et les autres textes porteurs des droits économiques, sociaux et culturels n'avaient aucune valeur

²²⁷ J. FEINBERG, « The nature and value of rights », *The journal of value inquiry*, 1970, p. 243

²²⁸ S. BESSON, « L'effectivité des droits de l'homme : du devoir être, du pouvoir être et de l'être en matière de droits de l'homme » in J-B. ZUFFEREY, J. DUBEY et A. PREVITALI, *Mélanges en l'honneur de Marco Borghi*, dir. J-B. ZUFFEREY, J. DUBEY et A. PREVITALI, Schulthess Verlag, 2011, p. 70.

²²⁹ Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels du 16 déc. 1966, art. 2 par. 1.

ni aucune portée, ils ne seraient pas utilisés dans la motivation des juges nationaux. Or, concernant certains de ces droits, la Déclaration a pu être directement mobilisée par le juge. C'est notamment le cas de la Cour d'appel de Paris qui a, entre autres, renvoyé à l'article 27 de la DUDH dans ses arrêts *Koons/enfants*²³⁰ et *Koons/fait d'hiver*²³¹. Il s'agissait de décisions opposant le créateur appropriationniste Jeff Koons aux auteurs d'œuvres premières reprises sans autorisation. Si nous aurons l'occasion de revenir sur le contenu de ces deux arrêts en aval²³², relevons d'ores et déjà qu'ils mettaient tous deux en œuvre un contrôle de proportionnalité en opposant l'article 10 de la CEDH et l'article 1^{er} du premier protocole additionnel de cette même Convention. Au sein de ces décisions, il est particulièrement intéressant d'observer que seul le second alinéa de l'article 27 de la DUDH se trouve invoqué par les juges. Rappelons que celui-ci pose le principe selon lequel tout auteur ou inventeur a droit à la protection de son œuvre ou de sa création. Ce choix est particulièrement étonnant dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité où le premier alinéa aurait lui aussi pu être invoqué en défense de l'auteur d'une œuvre appropriationniste. Quoi qu'il en soit, la DUDH se trouve mobilisée par le juge français en droit de la propriété littéraire et artistique. De plus, maintenant que le deuxième alinéa de l'article 27 se trouve employé, rien n'interdit d'invoquer l'alinéa premier de ce même texte qui ne consacre rien d'autre que le pendant des droits de l'auteur. Partant, il serait parfaitement fondé que le juge s'empare de la totalité de l'article 27 de la DUDH, accélérant par là même la concrétisation du droit de participer à la vie culturelle de la communauté.

348. Une prise en compte croissante de l'accès à l'œuvre. Le développement des droits fondamentaux culturels est d'autant plus probable que l'accès à l'œuvre se révèle être une préoccupation de plus en plus récurrente dans l'esprit du législateur tant français qu'européen. Bien entendu, l'accès à l'œuvre se trouve favorisé par les régimes accompagnant les créations orphelines et indisponibles. Toutefois, outre ces régimes, diverses propositions s'inscrivent pleinement dans une dynamique tendant à assurer au public la connaissance de certaines œuvres. C'est notamment le cas de la loi relative à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique. Celle-ci prévoit notamment un mécanisme permettant l'exploitation suivie d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles lorsque les

²³⁰ CA Paris, pôle 5, ch. 1, 17 déc. 2019, n° 17/09695, *Koons/enfants*.

²³¹ CA Paris, pôle 5, ch. 1, 23 févr. 2021, n° 19/09059, *Koons/fait d'hiver*, (JCP E, 2022, n° 5, p. 40, note F. MARCHADIER ; *RTD com.*, 2021, n° 4, p. 818, note F. POLLAUD-DULIAN ; *Prop. Intell.*, 2021, n° 79, p. 87, note A. LUCAS ; *Prop. Intell.*, n° 79, p. 180, note P. DE CANDÉ ; *Dalloz actualité*, 12 mars 2021, obs. O. WANG).

²³² V. *infra* n° 750 et s.

droits patrimoniaux sur celles-ci font l'objet d'une cession²³³. La crainte est ici que certaines œuvres ne soient plus diffusées en France par suite de la cession des droits, notamment à des producteurs étrangers²³⁴. L'on pourrait intuitivement penser qu'un tel dispositif vise en premier lieu à préserver l'auteur et sa rémunération en s'assurant de la continuité de l'exploitation. Il n'en est cependant rien au regard de la seule dénomination du projet de loi et, plus encore, de son titre VI intitulé : « Protection de l'accès du public aux œuvres cinématographiques et audiovisuelles ». Ainsi, c'est l'intérêt du public qui est ici aux centres des considérations et pas simplement la personne de l'auteur, marquant symboliquement le début d'un effritement de l'approche personnaliste. Au regard de cette tendance et de la lente concrétisation des droits culturels de l'utilisateur, la proposition d'un droit d'accéder à la culture semble à présent soutenable.

349. **Le droit d'accéder à la culture et à l'information en matière culturelle.**

Enfin, il peut être proposé un droit dont les conséquences sont aussi importantes que le clivage qu'il suscite : le droit d'accéder à la culture et à l'information en matière culturelle²³⁵. Ce droit, puisant notamment ses sources dans la liberté d'expression et le droit de participer à la vie culturelle de la communauté, est en parfait accord avec la fonction sociale des droits intellectuels, d'où il tire également sa légitimité. Il permet en effet la diffusion de l'œuvre au plus grand nombre, sans pour autant que les intérêts de l'auteur n'en soient sévèrement affectés. Un tel droit est parfois sous-entendu ou directement évoqué dans l'hypothèse d'une mise en balance entre intérêts de l'auteur et de l'utilisateur²³⁶. Le droit d'accès à l'œuvre ou à la culture est, pour certains, envisagé comme une liberté publique²³⁷. L'État doit alors mettre en œuvre les moyens permettant l'accès à la culture au profit de l'utilisateur. Il est possible d'imaginer, dans cette hypothèse, que les pouvoirs publics aient l'obligation d'organiser directement la mise

²³³ Loi n° 2021-1382 du 25 oct. 2021 relative à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique, art. 30 et s.

²³⁴ Projet de loi relatif à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique, Étude d'impact, 7 avr. 2021, p. 52 : « Il n'est pas envisageable qu'à la suite de rachats prédateurs, les Français soient privés d'un grand nombre des films et d'œuvres audiovisuelles qui font la diversité de notre culture et de la culture européenne et qui, de surcroît, incorporent dans leur investissement initial une fraction de fonds publics ».

²³⁵ Un tel droit a déjà été invoqué par l'un des avocats généraux de la CJCE en 1998 à l'occasion d'une affaire relative à la location de phonogrammes en Allemagne. L'avocat général renvoyait alors directement les États devant leurs responsabilités, rappelant le contenu du PIDESC et de la DUDH : CJCE, conclusions de l'avocat général Giuseppe Tesaro, 22 janv. 1998, *Metronome Musik GmbH c/ Musik Point Hokamp GmbH*, n° C-200/96, point 12.

²³⁶ M. CORNU, *Le droit culturel des biens : l'intérêt culturel juridiquement protégé*, Thèse, Paris II, dir. D. TALLON, Bruylant, 1996, p. 501 : « l'intérêt lié à la protection de l'auteur doit céder devant un autre intérêt d'ordre culturel, celui de la libre circulation de la pensée et, d'une certaine façon, du droit d'accès à la culture ».

²³⁷ S. CARRE, *L'intérêt du public en droit d'auteur*, op. cit., p. 522 : « ces "droits" du public semblent en réalité constituer des libertés publiques. [...] Ce droit d'accès à la culture constitue un droit-créance dont la proclamation met en quelque sorte à la charge de l'État une "obligation de faire" ».

à disposition des œuvres ou de certaines d'entre elles. Ce n'est toutefois pas le regard que nous portons sur le droit d'accéder à la culture. N'étant pas envisagé comme une obligation à la charge de l'État, ce droit devrait essentiellement régir les relations entre auteur et utilisateur, dans un rapport horizontal.

350. **Étendue du droit d'accéder à la culture.** Les principaux enjeux relatifs au droit d'accéder à la culture sont liés à sa portée. Dans l'hypothèse où la mise à disposition de l'œuvre nécessite l'accord de l'auteur, le droit d'accès ne possède qu'une portée symbolique car il ne s'oppose pas à l'exclusivité issue du droit de la propriété littéraire et artistique. La fonction sociale des droits intellectuels commandant une diffusion étendue de l'œuvre, l'accès à celle-ci doit s'exercer sans que l'auteur ait la capacité d'exclure autrui de sa jouissance²³⁸. Comme nous l'avons constaté plus tôt avec l'exemple des abandogiciels, le droit positif ne permet effectivement pas d'aboutir à une diffusion maximale de l'œuvre. Au contraire, dans certaines hypothèses comme l'oubli, le désintérêt ou le refus catégorique de toute diffusion de l'œuvre par l'auteur, le droit exclusif joue contre la fonction sociale du droit de la création immatérielle. Toute œuvre ne faisant pas ou plus l'objet d'une diffusion représente une perte pour l'esprit humain. L'œuvre pouvant faire l'objet d'une mise à disposition à moindres frais grâce aux réseaux numériques, la technique en permet aujourd'hui une diffusion étendue par le truchement de la numérisation. Le droit d'accéder à la culture correspond donc, notamment, au droit, détenu par tout utilisateur, de prendre connaissance du contenu de l'œuvre, sans que l'auteur puisse s'y opposer, créant à son profit un droit de jouissance²³⁹. Un tel droit, prenant racine au sein du droit de participer à la vie culturelle de la communauté et de la liberté d'expression et de communication, irait nécessairement au-delà de ces derniers. Ainsi, ce nouveau droit culturel constituerait un fondement juridique à part entière.

351. **Droit d'accéder à la culture et droit de divulgation.** Face à un tel droit, la question se pose nécessairement de savoir si l'utilisateur peut aller jusqu'à exiger la divulgation d'une œuvre dont il a appris l'existence. La réponse ne peut ici qu'être formellement négative. Un droit d'accès, portant déjà fortement atteinte aux droits patrimoniaux de l'auteur, ne peut s'attaquer à un droit moral aussi fondamental que le droit de

²³⁸ Dans cette hypothèse, seul l'auteur titulaire du support physique dispose d'un droit d'exclure, non fondé sur l'œuvre, mais sur la propriété du support. Toutefois, l'exclusion de l'accès au support ne doit pas empêcher l'utilisateur de prendre connaissance de l'œuvre par d'autres moyens.

²³⁹ M. CORNU, *Le droit culturel des biens, l'intérêt culturel juridiquement protégé*, op. cit., p. 524 : En présence d'un droit d'accéder à la culture « le propriétaire d'un bien culturel verrait ainsi sa chose assujettie à un droit de jouissance ».

divulgarion, et ce pour deux principales raisons. D'une part, le droit de divulgation prend appui sur une situation naturelle. L'auteur, initialement seul détenteur de l'œuvre, s'incarne dans celle-ci qui est empreinte de sa personnalité. Imposer sa divulgation revient à contraindre l'auteur au dévoilement d'une part de lui-même. Forcer l'auteur à se livrer lui-même, en livrant son œuvre, c'est porter une atteinte directe à sa personnalité. Le créateur doit donc être laissé parfaitement libre du choix et du moment de la divulgation de l'œuvre. D'autre part, imposer la divulgation de l'œuvre serait, en pratique, souvent impossible. En effet, si l'auteur est initialement bien souvent seul détenteur du support de son œuvre, il n'est pas certain que l'existence de celle-ci soit connue du public. Partant, il demeure techniquement inenvisageable d'imposer la divulgation d'une œuvre que l'auteur se serait réservée pour lui-même. Au-delà du droit de divulgation, l'exercice du droit de retrait présente des importantes difficultés lorsqu'est mis en œuvre un droit d'accéder à la culture. Cette question épineuse sera cependant réservée à des développements ultérieurs.

352. Droit d'accéder à la culture et propriété littéraire et artistique. Puisque la fonction sociale des droits intellectuels commande notamment l'accès de l'œuvre au plus grand nombre, la question de la place de la propriété dans un tel modèle se pose. Si le principe doit être celui de l'accès, il ne peut souffrir de l'exclusivité prescrite par le modèle propriétaire. Il est parfois considéré que l'existence de limites au droit d'auteur ainsi que la restriction de la durée des droits patrimoniaux participent d'une prise en compte du droit d'accéder à la culture²⁴⁰. Cependant, cette prise en compte n'est assurée qu'*a minima* et ne permet pas à ce droit culturel de s'exprimer pleinement. La propriété n'apparaît alors plus comme le modèle idéal de réservation des utilités de l'œuvre. Face à cette prérogative, le pouvoir d'exclure de l'auteur ne doit plus s'exercer de manière aussi étendue. Il nous reviendra donc de démontrer en quoi la propriété n'est pas l'instrument le plus propice à la réalisation des finalités du droit de la création immatérielle.

353. Compatibilité entre droit d'accéder à la culture et finalité de la propriété intellectuelle. Avant d'en finir sur ce point, notons qu'un reproche pourrait cependant être adressé au droit d'accéder à la culture : celui de ne pas véritablement respecter l'un des fondements de la fonction sociale des droits intellectuels. L'accès à l'œuvre au plus grand nombre pourrait être, en effet, perçu comme une atteinte à la pérennité de la création. Si l'accès

²⁴⁰ M. BIDAULT, *La protection internationale des droits culturels*, Thèse, Paris X, dir. E. DECAUX et G. MALINVERNI, Bruylant, 2009, p. 463.

aux œuvres n'est pas conditionné, ne serait-ce que par le versement d'une juste rémunération, l'effet d'incitation à la création procuré par les droits intellectuels s'éteint. Toutefois, il ne faut pas voir dans le droit d'accéder à la culture un blanc-seing adressé à l'utilisateur, lui permettant de jouir de l'œuvre sans restriction aucune. L'accès à l'œuvre ne pouvant être inconditionnel, une juste rémunération²⁴¹ sera nécessairement versée au profit de l'auteur dans cette hypothèse. De ce fait, si le créateur ne peut pas systématiquement exclure autrui de l'usage de son œuvre, il n'est pas pour autant privé des revenus générés par sa création. Ainsi, la fonction sociale des droits intellectuels n'est pas purement incompatible avec l'idée même d'un droit d'accéder à la culture. L'étude de ces différents droits culturels prospectifs suggère donc un bouleversement majeur du droit de la propriété littéraire et artistique. La remise en cause du pouvoir d'exclure de l'auteur risque, de fait, de provoquer une remise en cause de la hiérarchie entre droits fondamentaux de l'auteur et de l'utilisateur.

§2 : La hiérarchisation inévitable des droits fondamentaux de l'auteur et de l'utilisateur

354. **Tracé d'une nouvelle frontière.** La rencontre des droits fondamentaux culturels de l'auteur et de l'utilisateur avec le droit de propriété accordé aux ayants droit entraîne une nécessaire remise de l'équilibre du droit de la propriété littéraire et artistique. Le tracé d'une nouvelle frontière s'impose eu égard au développement souhaité des droits fondamentaux culturels de l'utilisateur. Une telle opération implique d'effectuer une hiérarchisation des droits fondamentaux de l'auteur et de l'utilisateur. Dans cette perspective, nous constaterons un recul des droits patrimoniaux de l'auteur (I), qui nous conduira à nous demander si ces derniers ne s'en trouvent pas soumis aux droits de l'utilisateur (II).

I : Le recul des droits patrimoniaux de l'auteur

355. **L'intérêt d'une nouvelle délimitation des frontières du monopole.** La remise en cause des droits patrimoniaux de l'auteur peut être perçue comme relevant d'un débat vain

²⁴¹ Renouard est, sans surprise, l'un des principaux auteurs à appeler à la substitution de la propriété par une « juste rémunération de l'auteur » : A-C. RENOARD, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, éd. Jules Renouard, 1838, vol. 1, p. 457.

et stérile. La critique d'une propriété intellectuelle si ancrée dans le paysage juridique, si évidente, relèverait du caprice d'internautes souhaitant accéder aux œuvres gratuitement. Pour autant, les velléités du public ne peuvent simplement s'analyser en une volonté de bénéficier sans frais de l'effort créatif des auteurs²⁴². Bien entendu, l'absence de coût liée à la contrefaçon sur Internet anime une partie des internautes. Toutefois, comme nous l'avons constaté, le comportement du public est dicté par d'autres motifs²⁴³, comme le sentiment que la norme n'est pas pleinement adaptée au statut des œuvres de l'esprit. La réservation de nombreuses utilités du bien au profit de l'auteur ne fait pas l'objet d'une réelle contestation, contrairement à la faible étendue des espaces de liberté laissés à l'utilisateur²⁴⁴. Dans ce contexte, la délimitation d'un nouvel équilibre entre droits de l'utilisateur et des ayants droit apparaît opportune. La Cour de cassation admet dans ce sens la nécessité de rechercher un juste équilibre entre les droits fondamentaux de l'auteur et de certains utilisateurs, notamment concernant la liberté d'expression artistique des auteurs d'œuvres dérivées²⁴⁵. Par la mise en action du contrôle de proportionnalité, un premier pas est effectué vers un équilibre entre les droits de chacun.

356. L'affaiblissement des droits patrimoniaux de l'auteur. Les droits de l'auteur sont depuis longtemps perçus comme la principale valeur que doit préserver la propriété littéraire et artistique. C'est particulièrement le cas des droits patrimoniaux de l'auteur, qui sont placés au centre des considérations. Dans ce contexte, l'intérêt du public n'apparaît que très accessoirement. La structure même de la propriété, droit absolu, peut être considérée comme limitant la prise en compte du public. En ce sens, la propriété intellectuelle constitue indirectement un outil restreignant les droits de l'utilisateur. Dès lors que sont proposés des droits culturels effectifs, et notamment un droit d'accéder à la culture, le poids des droits patrimoniaux se trouve relativisé. Sous l'égide des droits culturels, la communication de

²⁴² P.-Y. GAUTIER, « Vers le déclin du droit de la propriété intellectuelle », *Propriétés intellectuelles*, n° 54, janv. 2015, p. 14.

²⁴³ F. BENHAMOU et J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright*, La Découverte, 2007, p. 110 : « le numérique conduit aujourd'hui à redéfinir un compromis social instable par nature. La crispation des débats autour d'une opposition simplificatrice et démagogique entre consommateurs dont le niveau de la disposition à payer pour les biens culturels ne cesserait de décliner et exigences de rentabilité des industriels masque les véritables enjeux de ce qui constitue les fondements de ce droit : la protection des auteurs et l'accès libre aux œuvres dans une perspective d'intérêt collectif ».

²⁴⁴ F. MACREZ, *Créations informatiques : bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, Litec, 2011, p. 110 : « le principe de l'extension de droits privatifs aux nouveaux objets n'est généralement pas contesté. L'objet du rejet porte essentiellement sur une modification, potentielle ou réelle, de l'équilibre traditionnel entre monopole et liberté. L'émergence de cette contestation nous semble devoir impliquer que l'étendue de la protection ne soit pas poussée trop loin ».

²⁴⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2015, n° 13-27.391, *Klasen c/ Malka*, Bull.

l'œuvre semble passer au premier plan, devant l'exclusivité accordée à l'auteur. La prédominance des droits du public n'est pas une idée nouvelle. Victor Hugo indiquait, il y a plus d'un siècle, devant le Congrès littéraire international que « si l'un des deux droits, le droit de l'écrivain et le droit de l'esprit humain, devait être sacrifié, ce serait, certes, le droit de l'écrivain, car l'intérêt public est notre préoccupation unique, et tous, je le déclare, doivent passer avant nous »²⁴⁶. Un droit culturel d'accès à la culture viendrait renforcer cette mise en avant des droits du public, relativisant un peu plus les droits de l'auteur. Toutefois, ce phénomène implique-t-il une soumission des droits patrimoniaux de l'auteur aux droits de l'utilisateur ?

II : L'absence de soumission des droits patrimoniaux de l'auteur aux droits de l'utilisateur

357. Faire des droits de l'auteur une exception ? En droit positif, la propriété accordée à l'auteur constitue le principe, tandis que les facultés laissées à l'utilisateur sont directement qualifiées d'exceptions. À vouloir remettre en question les droits patrimoniaux de l'auteur, ne risque-t-on pas de les soumettre aux droits de l'utilisateur ? Ne risque-t-on pas de renverser totalement la logique du droit d'auteur en faisant des droits patrimoniaux l'exception ? Une telle approche n'est pas parfaitement utopique et pourrait parfaitement être mise en œuvre. Cette solution, en opposition au monopole de l'auteur, est parfois – même si rarement – prônée²⁴⁷. Dans ce schéma, la restriction des prérogatives du public au rang de simples exceptions apparaît comme un dévoiement de la propriété littéraire et artistique. Cette vision est intéressante en ce qu'elle permet une bien meilleure prise en compte de l'intérêt de l'utilisateur. D'une certaine manière, le droit positif peut déjà être analysé en considérant la propriété de l'auteur comme une exception aux droits fondamentaux de l'utilisateur²⁴⁸.

²⁴⁶ V. HUGO, *Discours d'ouverture du Congrès littéraire international de 1878* : « le livre, comme livre, appartient à l'auteur, mais comme pensée, il appartient – le mot n'est pas trop vaste – au genre humain... ».

²⁴⁷ H. G. RUSE-KHAN, « Global content protection through automation – A transnational law perspective », *International review of intellectual property and competition Law*, Springer, vol. 43, n° 7, 2012, p. 1021 : « the outcome needs to reinforce a normative foundation which is increasingly under attack: that exclusivity is the exception, and freedom to access and use is the general rule. That freedom is a common good which belongs to all of us. Restricting it requires justifications, and where they are lacking there should be accountability – as much as those infringing justified exclusivity are liable ».

²⁴⁸ C. CARON, « Le droit à l'image des biens : le propriétaire peut s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal », *JCP G*, n° 23, juin 2004, p. 1008.

Toutefois, nous allons l'évoquer, cette manière de concevoir la matière n'emporte pas notre conviction.

358. La négation des droits patrimoniaux de l'auteur dans la sphère numérique ? Au-delà de la conception des droits de l'auteur en tant que simples exceptions, l'avocate Jessica Woods propose simplement d'autoriser tout type d'usage en matière numérique²⁴⁹. Cette hypothèse revient à cantonner les droits patrimoniaux de l'auteur à la seule sphère physique. Dans ce système, dès lors qu'une utilisation digitale est permise, les usages numériques échappent totalement à l'emprise de l'auteur, celui-ci ne tirant un revenu que des ventes de supports physiques et de représentations directes. Nous sommes formellement opposés à une telle approche. Une exception générale portant sur les usages numériques porterait considérablement atteinte à l'auteur et à ses prérogatives. En effet, exploitation physique et numérique ne sont pas parfaitement hermétiques. Limiter les droits patrimoniaux de l'auteur au secteur tangible impliquerait une crise, au moins pécuniaire, si ce n'est de légitimité, pour le créateur. Un tel constat ne pourrait que s'aggraver à mesure que les pratiques numériques prennent le pas sur les usages physiques. Ainsi, à force de ne prendre en compte que l'accès de l'œuvre au profit du public, la fonction sociale de la propriété intellectuelle se trouve piétinée, dévoyée. Il apparaît donc particulièrement peu opportun de ne réserver les droits patrimoniaux de l'auteur qu'au secteur physique.

359. Hiérarchie entre droits de l'auteur et de l'utilisateur. Si, dans notre modèle, les droits accordés à l'auteur ne peuvent constituer l'exception, une hiérarchie entre prérogatives du créateur et de l'utilisateur est-elle envisageable ? Pour répondre à cette question, il faut distinguer selon deux échelles de nature différentes. D'une part, lorsque sont opposés les droits fondamentaux de l'auteur à ceux de l'utilisateur, aucune prévalence générale ne peut être constatée. Cette absence de hiérarchisation s'explique simplement par la valeur égale dont disposent les différents droits fondamentaux. Dès lors, seuls des conflits directs entre ces différents droits pourront donner lieu à une prédominance ponctuelle de l'un sur l'autre. D'autre part, lorsque sont opposés les droits subjectifs de l'auteur à ceux de l'utilisateur, le rapport de force est légèrement différent. Bien que les droits subjectifs de l'utilisateur n'aient pas encore été déterminés, il ne fait pas de doute qu'ils regrouperont moins d'utilités sur l'œuvre

²⁴⁹ J. WOOD, « The Darknet: a digital copyright revolution », *Richmond Journal of Law and technology*, vol. 16, n° 4, art. 4, p. 32 : « Once a creator authorizes the release of a work in a digital format, all digital uses should be permitted, including reproduction, adaptation and modification, distribution, public performance, and public display of any digital content ».

que ceux attribués à l’auteur. Ce dernier se démarque donc comme le principal bénéficiaire de droits subjectifs sur l’œuvre. Néanmoins, cela ne revient pas à hiérarchiser les droits de chacun, les prérogatives de l’auteur ne primant pas celles de l’utilisateur. Il faut davantage considérer les droits subjectifs de l’utilisateur comme l’une des limites aux droits de l’auteur et inversement²⁵⁰. Partant, les droits de l’utilisateur ne peuvent être qualifiés d’exceptions et ne sont donc pas sujets à une interprétation restrictive. Chaque partie verra ainsi ses droits définis le plus précisément possible afin de limiter les hypothèses de conflit. Au terme de cette démonstration, il apparaît que l’auteur, dans le modèle proposé, ne peut plus être le destinataire quasi exclusif du droit de la propriété littéraire et artistique²⁵¹. Toutefois, les éventuelles implications de droits fondamentaux culturels de l’utilisateur n’ont ici été qu’effleurées, de sorte qu’il nous reviendra de les mettre en lumière ultérieurement.

²⁵⁰ V. *contra* F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d’auteur*, Economica, 2014, 2^{ème} éd., p. 60.

²⁵¹ P-Y. GAUTIER, « Vers le déclin du droit de la propriété intellectuelle », *op. cit.*, p. 14 : « Il ne faudrait pas qu’en propriété intellectuelle, il n’y ait plus qu’un seul destinataire, bénéficiaire des normes : le sacro-saint consommateur, doté de tous les droits et pratiquement d’aucune obligation ».

Conclusion du chapitre I

360. **Des droits à développer.** Les droits culturels, tels que nous venons de les concevoir, s'ils prennent principalement racine dans différents textes internationaux, manquent cruellement d'effectivité. Ces droits méritent alors d'être développés et de voir leur contenu s'étoffer afin de s'émanciper du statut de simples proclamations. Bien que pour la plupart fragiles en droit positif, ces droits culturels présentent un intérêt en ce qu'ils permettent d'apporter des solutions à certaines problématiques contemporaines, notamment face aux velléités des internautes et aux potentialités offertes par la technique dans le secteur numérique. Favoriser l'accès, au détriment de l'exclusivité, constitue une réponse – parmi d'autres – à ces défis. Cette voie n'est cependant pas sans heurter la sensibilité des tenants de l'approche personnaliste. La possibilité d'un droit d'accéder à la culture est en effet difficilement conciliable avec un droit de la création immatérielle tourné tout entier vers la personne de l'auteur. Ainsi, si l'approche proposée n'est pas vouée à susciter un consensus, elle tente d'apporter une solution tangible à la crise que traverse la propriété littéraire et artistique.

361. **Des droits culturels lourds de conséquences.** La liberté artistique ainsi que le droit au maintien, au développement et à la diffusion des patrimoines et des cultures n'appellent pas de grands bouleversements, car ces prérogatives sont assez bien intégrées en droit positif, bien qu'elles puissent souffrir de certaines faiblesses. Toutefois, le droit de participer à la vie culturelle de la communauté, permettant l'émergence d'un droit d'accéder à la culture, suppose de très importants bouleversements au sein du droit de la propriété littéraire et artistique. L'émergence d'un tel droit culturel ne peut effectivement laisser intacte l'assiette du droit exclusif de l'auteur. La transition d'une logique d'exception vers une logique d'accès bouscule inévitablement la réservation de l'œuvre par l'outil propriétaire. Une telle mutation suppose dès lors de questionner la propriété et d'imaginer des outils permettant d'accomplir au mieux la fonction sociale des droits intellectuels. Il nous revient donc d'étudier les multiples implications des droits fondamentaux culturels qui viennent d'être dégagés.

Chapitre II : L'implication de droits fondamentaux culturels de l'auteur et de l'utilisateur

362. **Conciliation malaisée entre droits fondamentaux culturels et propriété littéraire et artistique.** L'existence d'un « droit d'accéder à la culture » n'est pas sans susciter de craintes concernant le statut de l'auteur. Un tel droit étant reconnu, il est possible d'envisager que l'auteur soit contraint de livrer son œuvre au public. Dans ce contexte, *quid* du droit de divulgation ? L'auteur peut-il encore se voir attribuer une rémunération et selon quelles modalités ? Difficile d'imaginer, *a priori*, comment peuvent cohabiter droits fondamentaux culturels et propriété littéraire et artistique. Une chose est certaine, la matière ne peut rester intangible face à ces droits fondamentaux latents. Il conviendra donc d'étudier la compatibilité du droit positif avec les droits culturels précédemment soulevés. D'une certaine manière, il est possible d'espérer, à long terme, que ces droits viennent apaiser, voire mettre un terme au conflit opposant l'auteur à l'utilisateur en assurant une certaine équité dans la répartition des prérogatives de chacun.

363. **Mutation profonde du droit de la propriété littéraire et artistique.** Quoi qu'il en soit, une mutation importante du droit positif apparaît inévitable. Ce modèle sera-t-il construit sur les bases d'une propriété renouvelée ou sur des fondements tout autres ? Impliquera-t-il un accès sans condition aux œuvres de l'esprit sans distinction ? L'ouverture absolue à l'œuvre¹ constitue-t-elle l'aboutissement des droits culturels ? Il nous reviendra de mettre en évidence les points de convergence et incompatibilités entre droit positif et droits culturels de l'auteur et de l'utilisateur. Au fur et à mesure de la révélation des principaux clivages, nous pourrons dresser pas à pas les fondements d'un modèle prospectif. Nous analyserons donc dans un premier temps en quoi les droits fondamentaux culturels aboutissent à l'ébranlement du pouvoir d'exclure de l'auteur (section I), avant d'étudier en quoi ils provoquent, par voie de conséquence, un bouleversement du droit de la propriété littéraire et artistique dans son ensemble (section II).

¹ R. DONNEDIEU DE VABRES, Propos recueillis à l'occasion de la transposition de la directive DADVSI en droit français : « Si on poursuit tout le combat que l'on a mené à l'UNESCO pour dire que les biens culturels ne sont pas des marchandises comme les autres, si on va jusqu'au bout de ça, on va d'une certaine manière jusqu'à une logique d'ouverture et de gratuité ».

Section I : L'ébranlement du pouvoir d'exclure de l'auteur

364. **Une union impossible entre accès et exclusivité totale.** Comme nous venons de l'évoquer, le principal point de clivage entre propriété littéraire et artistique et droits fondamentaux culturels concerne l'exclusivité. En présence de cette dernière, la mise en œuvre des droits de l'utilisateur semble très difficilement envisageable, voire totalement illusoire. Les droits culturels véhiculent en effet une idée de partage, créant des droits concurrents entre auteur et utilisateur sur le même bien. Une telle distribution est parfaitement inconciliable avec le modèle proposé par la propriété littéraire et artistique. C'est l'existence du droit exclusif de l'auteur sur ses droits patrimoniaux qui conduit à ce constat. Dès lors, un modèle accordant des droits culturels au profit de l'utilisateur ne peut conduire qu'à l'ébranlement du pouvoir d'exclure de l'auteur.

365. **Les frontières du droit exclusif de l'auteur.** Il existe un risque à peine larvé accompagnant la mise en place de droits culturels au profit de l'utilisateur : le dépeçage des droits de l'auteur. Pour certains, la tentation pourrait effectivement être grande de déshabiller l'auteur, jusqu'à l'indécence, afin de mieux vêtir l'utilisateur. Ainsi, dans quelle mesure les prérogatives de l'auteur peuvent-elles être limitées ? Il faudra ici faire preuve de vigilance et de mesure en portant un soin tout particulier à deux considérations. D'une part, l'auteur doit voir la plus grande partie possible de ses droits préservée. Ne doit être soustrait que ce qui est justement commandé par les droits culturels de l'utilisateur, sans jamais oublier que l'auteur est lui aussi bénéficiaire de droits fondamentaux culturels dans le modèle proposé. D'autre part, afin de vérifier si l'équilibre entre les droits de chacun s'avère raisonnable, il conviendra de se référer à la fonction sociale des droits littéraires et artistiques. Ainsi, les droits fondamentaux culturels se trouveront justement pondérés, permettant, notamment, une pacification des relations entre auteur et utilisateur. Seront ici abordés tour à tour le déclin conceptuel de la propriété exclusive de l'auteur (§1) et le renouvellement de l'approche des prérogatives du créateur (§2).

§1 : Le déclin conceptuel de la propriété exclusive de l'auteur

366. **De la propriété au monopole d'exploitation.** L'étude de la compatibilité entre droits fondamentaux culturels et propriété littéraire et artistique va nous conduire à une remise

en cause importante de l'exclusivité qui la caractérise. Ce pouvoir d'exclure, incompatible avec les intérêts reconnus de l'utilisateur, ne peut prospérer en toutes situations. Avec lui, c'est le modèle propriétaire attaché au droit d'auteur, qui se trouve menacé. Se dessine alors le glissement d'une propriété intellectuelle à un monopole d'exploitation de l'auteur sur son œuvre. Voyons donc précisément en quoi le droit exclusif de l'auteur est remis en cause face aux droits fondamentaux culturels (I), avant de remettre en question le système propriétaire dans l'encadrement des droits littéraires et artistiques (II).

I : La remise en cause du droit exclusif de l'auteur face aux droits fondamentaux culturels

367. **Une propriété littéraire et artistique érodée.** En droit positif, la propriété reconnue à l'auteur est, d'un point de vue théorique, plus absolue que celle bénéficiant au propriétaire du droit civil. Cette dernière souffre, de fait, de très nombreuses exceptions commandées par l'intérêt général. De très nombreuses dispositions portent atteinte à la propriété civiliste, de sorte qu'il serait particulièrement fastidieux de dresser une liste exhaustive des limites de celle-ci. En revanche, la propriété littéraire et artistique ne connaît qu'un nombre restreint de limites internes et externes, l'incorporalité renforçant paradoxalement le rapport d'exclusivité². Toutefois, si l'on ne se contente pas de la seule lettre du CPI, se pose rapidement le constat que l'absoluité de la propriété de l'auteur est loin d'être aussi éminente que déclarée : elle « a rejoint la liste des propriétés contingentes »³. En effet, comme nous l'avions constaté, celle-ci n'est que relativement respectée, notamment sur les réseaux dématérialisés. Il s'agit d'une propriété qui fait l'objet de toutes les occupations, sur laquelle on empiète et que l'on trouble par tous les moyens envisageables⁴. La faute, sans doute, à sa délimitation trop importante et à son cruel manque de souplesse. L'exclusivité apparaît donc comme un attribut dont la consistance se trouve, dans les faits,

² C. NEIRAC-DELEBECQUE, *Le lien entre l'auteur et son œuvre*, Thèse, Montpellier, dir. J. RAYNARD, 1999, p. 221 : « l'incorporalité de l'œuvre, qui aurait pu gêner le rapport d'appropriation, affranchit au contraire son propriétaire des limites qui s'imposent lorsque la propriété porte sur une chose corporelle. Les utilités sont multipliées, tandis que le rapport d'exclusivité est exacerbé ».

³ A. LATREILLE, « L'avènement d'un droit d'auteur sans auteur », *Dr. et patr.*, n° 162, 1^{er} sept. 2007.

⁴ Certains dressent d'ailleurs un constat similaire s'agissant de la propriété civiliste : F. GIRARD, « La propriété inclusive au service des biens environnementaux, repenser la propriété à partir du *bundle of rights* », *Cahiers Droit, sciences et technologies*, 2016, p. 185, n° 5 : « le fait même que le droit de propriété soit encore présenté comme total et souverain en dit long sur le degré de pénétration des esprits de cette philosophie libérale, qui en permet l'élévation au rang de droit naturel ».

relativisée. Ce constat ne peut toutefois que se trouver renforcé en présence de droits fondamentaux culturels au profit de l'utilisateur.

368. **Un potentiel nouveau des droits littéraires et artistiques.** Pour ce qui concerne la propriété civiliste, le Professeur Jean Pascal Chazal appelle à une « révolution copernicienne » du droit de propriété⁵. Celle-ci aurait besoin d'être contrebalancée pour en limiter les excès. Une telle révolution peut également être souhaitée concernant les droits littéraires et artistiques. L'accès devant être garanti, sous diverses conditions, à l'utilisateur, l'exclusivité doit s'effacer dans certaines circonstances. Un tel constat nous amènera nécessairement à éprouver le régime propriétaire et ses fondements, sans pour autant remettre en cause la propriété civiliste qui ne répond pas aux mêmes critères et ne poursuit pas les mêmes objectifs. Nous envisageons donc ici un renouvellement des droits littéraires et artistiques, dans une approche sceptique vis-à-vis de la propriété.

369. **Limites ou exceptions aux droits patrimoniaux ?** Pour mettre un peu plus en évidence l'opposition qui existe entre exclusivité et droits fondamentaux de l'utilisateur, il convient de se pencher sur la question des exceptions au droit d'auteur, ou plutôt de ses limites. La notion d'exception semble effectivement difficilement correspondre à la plupart des mécanismes rencontrés au sein de l'article L. 122-5 du CPI. Là où la limite marque la fin du principe et participe de sa définition, l'exception vient retrancher au principe⁶, ce qui n'est pas le cas de la limite pour copie privée ou de l'utilisation dans le cadre familial par exemple. Il en ressort que « la plupart des faits que, par tradition, on a pris l'habitude d'appeler les "exceptions au droit d'auteur" ne sont, en réalité, que des limites inhérentes, concourant, *a contrario*, à définir le monopole sans l'amputer »⁷. Ainsi, par souci de clarté, nous entendrons par

⁵ J-P. CHAZAL, « La propriété : dogme ou instrument politique ? », *RTD civ.*, 2014, p. 763 : « La théorie du droit de propriété a donc besoin d'une "révolution copernicienne" consistant à : a) reconnaître qu'à la diversité des biens, de leurs utilités, mais aussi de leur rôle politique, économique et social, correspond une pluralité de droits de propriété ; b) concevoir les droits de propriété comme des rapports de droit entre le propriétaire et les non-propriétaires susceptibles de créer, selon les besoins, des devoirs à la charge du premier et des droits ou prérogatives aux bénéfices des seconds ; c) reconnaître que la propriété privée n'est pas seulement un instrument procurant du bien-être et de la richesse, mais aussi un instrument de pouvoir et de domination qu'il est nécessaire de contrôler et de contrebalancer ».

⁶ P. GAUDRAT, « Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la "société de l'information" », *RTD com.*, 2003, p. 98 : « Large ou étroite, juste ou inique, générale ou *ad personam*, elle [l'exception] est imputée autoritairement sur la règle pour en retrancher un effet qui, sans elle, aurait été inévitable. La limite ne retranche rien : elle exprime la fin du principe ».

⁷ *Ibidem*, p. 109 ; V. é.g. C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, 2003, p. 219 : « il semble qu'il s'agisse, même en France, plutôt de limitations que d'exceptions au droit d'auteur ».

« exceptions » l'ensemble des limites internes au droit d'auteur, tandis que le terme « limites » renverra à l'ensemble des limites internes et externes.

370. Le déplacement des limites du droit d'auteur en présence de l'utilisateur.

Dès l'instant où des droits fondamentaux⁸ sont accordés à l'utilisateur, est-il encore permis de raisonner en termes de limites aux droits de l'auteur ? À première vue, le recours aux droits de l'Homme exclut l'idée d'une liste exhaustive de limites aux droits de l'auteur⁹. Mais comment opérer si les limites ne peuvent être énumérées ? L'idée d'exception aux droits de l'auteur accompagne classiquement celle d'une hiérarchie où le droit d'auteur prévaut. Les droits de l'utilisateur ne disposent alors, pour s'exprimer, que d'un espace réduit à celui qui n'est pas occupé par l'auteur. Toutefois, la reconnaissance de droits fondamentaux au profit tant de l'auteur que de l'utilisateur via des fondements équivalents exclut une possible hiérarchisation¹⁰. Il est donc nécessaire de dépasser la simple logique d'exception au droit d'auteur dans le modèle envisagé. Les droits de chacun doivent être reconnus côte à côte, dans des proportions préalablement et justement établies, mais – nous le réaffirmons – sans aucun rapport de domination de l'un sur l'autre. Il faut alors considérer que le droit de l'utilisateur est la limite du droit de l'auteur et inversement. En ce sens, les deux ensembles de droits participent à leurs définitions mutuelles, ce qui justifie une redéfinition des limites des droits de l'auteur. Il en résulte que l'utilisateur disposera de droits, au même titre de l'auteur, tout en continuant à bénéficier des exceptions reconnues à tous.

371. Le maintien d'exceptions aux droits patrimoniaux.

Le maintien de limites aux droits patrimoniaux s'impose donc ici. Celles-ci sont tout simplement présentes dans la délimitation des droits de l'auteur et de l'utilisateur. Toutefois, quel sort réserver aux entités qui ne disposent pas du statut d'utilisateur ? Pour celles-ci, une énumération classique des limites aux droits de l'auteur semble s'imposer, comme c'est encore le cas en droit positif. En effet, en l'absence de droits reconnus à la grande majorité des personnes morales et

⁸ Le raisonnement est également valable si l'on considère les droits du public comme des libertés civiles à l'instar de B. FABRE, *La crise du droit d'auteur : une approche systémique*, Thèse, Aix-Marseille, dir. J. FRAYSSINET, 2012, p. 404.

⁹ A. ZOLLINGER, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, LGDJ, Thèse, Poitiers, dir. P. GAUDRAT, 2008, p. 347 : « Admettre alors qu'une nouvelle conciliation doive s'opérer sur le terrain des droits de l'Homme entre droit d'auteur et droit du public à l'information reviendrait à dénier purement et simplement le principe du caractère exhaustif des exceptions au droit d'auteur ».

¹⁰ C. GEIGER, « Adapter le droit des exceptions, Effectivité et flexibilité : deux impératifs de l'adaptation du droit des "exceptions" », *RLDI*, n° 94, 2013 : « L'idée d'une nécessité de maintenir un juste équilibre, rappelé par tous les textes européens et internationaux du droit d'auteur, semble en effet difficilement compatible avec l'idée d'une quelconque hiérarchie ».

personnes agissant à titre commercial, le modèle décrit en amont ne peut leur être appliqué. Il convient alors de poursuivre la définition de leur espace de liberté à travers les seules limites au droit d'auteur.

372. Une logique inconciliable avec une pleine exclusivité. Si la propriété littéraire et artistique est aujourd'hui caractérisée par une hiérarchisation entre les droits de l'auteur et les limites bénéficiant au public, c'est en grande partie en raison de l'exclusivité. Le pouvoir d'exclure marque pleinement la domination des droits de l'auteur sur toute autre prérogative. C'est en ce sens que l'exclusivité s'avère inconciliable avec les droits fondamentaux culturels et qu'elle pourrait être définitivement écartée dans une telle perspective. En supprimant la pleine exclusivité, on permet la parfaite manifestation des prérogatives des utilisateurs, le pouvoir d'exclure ne permettant notamment pas l'émergence d'un véritable droit d'accéder à la culture. C'est pour cette raison que la logique d'exception mérite d'être dépassée concernant l'utilisateur, comme cela semble parfois être le cas au Canada¹¹. Ainsi, le droit ne s'exerce plus uniquement de l'auteur vers l'utilisateur, mais également de l'utilisateur vers l'auteur. Chacun se trouve alors garant des droits de l'autre et dispose de moyens d'agir aux fins de préserver ses intérêts¹². L'utilisateur peut alors enfin invoquer les droits littéraires et artistiques, n'étant plus contraint de simplement les subir...

373. Le recours au contrôle de proportionnalité entre droits fondamentaux de l'auteur et de l'utilisateur. Proclamer une certaine égalité entre auteur et utilisateur est toutefois vain si aucun mécanisme ne vient réguler leurs rapports. Face à des droits d'égale valeur et en l'absence de logique d'exception, la solution la plus intuitive consiste en la mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité. En effet « lorsqu'une liberté fondamentale l'emporte sur le droit d'auteur, le monopole de ce dernier ne fait pas l'objet d'une dérogation ou d'une exception »¹³. Le contrôle de proportionnalité apparaît alors pleinement cohérent avec

¹¹ Cour suprême du Canada, 4 mars 2004, *CCH Canadienne Ltée c/ Barreau du Haut-Canada*, n° 48 : « Sur le plan procédural, le défendeur doit prouver que son utilisation de l'œuvre était équitable ; cependant, il est peut-être plus juste de considérer cette exception comme une partie intégrante de la Loi sur le droit d'auteur plutôt que comme un simple moyen de défense ».

¹² V. NABHAN, « Canada : prise en compte par la loi des nouveaux usages et consécration par la jurisprudence d'un droit à l'exception en faveur de l'utilisateur », *RLDI*, n° 94, 1^{er} juin 2013 : « ces deux droits (droit des auteurs, droit des utilisateurs) sont ainsi inséparables l'un de l'autre, unis dans une relation d'égalité, de complémentarité l'un par rapport à l'autre. Ils sont tous les deux en quelque sorte consubstantiels à la notion même de droit d'auteur ».

¹³ C. CARON, « Les arrêts du 29 juillet 2019 (2/3) : les mystères de la balance des intérêts », *CCE*, n° 1, janv. 2020, comm. 1, comm. ss. CJUE, gr. ch., 29 juill. 2019, n° C-476/17, *Pelham c/ Hutter* : « lorsqu'une liberté fondamentale l'emporte sur le droit d'auteur, le monopole de ce dernier ne fait pas l'objet d'une dérogation ou d'une exception. C'est alors un droit non grevé par une exception qui est neutralisé du fait de sa confrontation,

la mise en application de droits fondamentaux culturels. En l'absence d'exclusivité, le contrôle de proportionnalité offre les clés nécessaires à la résolution d'inévitables conflits. Dès lors, si les droits subjectifs accordés à l'auteur et à l'utilisateur entrent en contradiction et que la lettre de la loi ne permet pas de régler cette divergence, la recherche de l'intérêt le plus légitime a le mérite de ne pas porter atteinte à l'équilibre entre ces différents acteurs. Le contrôle de proportionnalité est ainsi l'un des moyens les plus efficaces pour pallier le repli de l'exclusivité face aux droits fondamentaux culturels. Il conviendra donc d'envisager spécifiquement ce mécanisme une fois que les nouveaux droits subjectifs de l'auteur et de l'utilisateur auront été dégagés.

II : La remise en cause du système propriétaire dans l'encadrement des droits littéraires et artistiques

374. **Justification et rejet du modèle propriétaire en droit d'auteur.** À ce stade, il convient encore d'insister sur les raisons pour lesquelles l'exclusivité doit faire l'objet d'un rejet en matière de droits littéraires et artistiques. Une fois cette éviction effectuée, nous ferons le choix d'étudier les raisons qui avaient initialement conduit à l'adoption du régime propriétaire en matière de droits littéraires et artistiques pour mieux démontrer en quoi ces justifications sont aujourd'hui, pour la plupart, caduques. Nous commencerons donc par rejeter formellement le modèle propriétaire en droit d'auteur (A), avant de revenir sur la raison d'être discutable du modèle propriétaire en la matière (B).

A : Rejet formel du modèle propriétaire en droit d'auteur

375. **Légitimité et adaptabilité apparentes de la propriété en matière littéraire et artistique.** Dès sa proclamation, la propriété littéraire et artistique a été perçue par beaucoup comme évidente, voire innée. Encore aujourd'hui, celle-ci apparaît indétrônable tant sa légitimité semble indiscutable¹⁴. En effet, la propriété – face à une faible concurrence –

à son détriment, avec une autre liberté fondamentale. Ainsi, le juste équilibre n'entraîne aucune "dérogation" au monopole qui demeure entier et intact, même s'il est paralysé dans certains cas ».

¹⁴ P. GAUDRAT, « Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la "société de l'information" », *op. cit.*, p. 88 : « Qui d'autre que le créateur pourrait avoir légitimement vocation à être investi de la propriété de l'objet qu'il a créé ? S'il y a une propriété juste, une propriété saine, une propriété socialement

a rapidement emporté la conviction de la plupart des auteurs et spécialistes. Se fondant sur le droit naturel, ce droit, après quelques péripéties, a définitivement et clairement été adopté avec la loi de 1957. L'arrivée du numérique n'a, dans un premier temps, pas posé de réelles difficultés puisque la propriété littéraire et artistique fut initialement conçue pour capter l'immatériel, ce qu'elle faisait sans difficulté¹⁵. Toutefois, cette adaptabilité et cette légitimité ne sont pas sans failles. D'une part, le caractère naturel des droits de l'auteur est très loin d'être inattaquable, ce que nous démontrerons en aval¹⁶. D'autre part, le droit d'auteur peine aujourd'hui à s'adapter au regard des éléments que nous avons précédemment développés. Se contractant sur lui-même, il ne cesse de renforcer le pouvoir exclusif de l'auteur¹⁷ en réponse aux affronts de l'utilisateur. En réalité, loin d'être aussi efficace et adaptable que souhaité, « le modèle propriétaire est en perte de vitesse et peine à se réinventer »¹⁸. La trop grande place réservée à l'exclusivité explique ce manque d'adaptabilité qui met en péril le modèle propriétaire dans la sphère du droit d'auteur.

376. Caractère facultatif du recours au mécanisme propriétaire. Cette mise en doute de la légitimité et de l'adaptabilité du système propriétaire conduit certains auteurs¹⁹ à envisager une potentielle alternative au dispositif actuel. La propriété pourrait faire place à un tout autre modèle, ne prenant plus appui sur l'hégémonie du droit exclusif, mais sur la prise en compte des divers intérêts qui interviennent en la matière. Le public dans son ensemble, l'utilisateur, le producteur ou l'artiste-interprète pourraient alors se voir attribuer une importance différente à travers la loi. La notion même de propriété littéraire et artistique ne semble pas indispensable ni insubstituable, au point d'affirmer pour certains qu'« il faut remplacer ces mots de propriété littéraire, par ceux de droit des auteurs sur leurs œuvres »²⁰. Notons également que le droit canadien n'évoque pas la propriété de l'auteur, mais simplement

bénéfique, libératoire pour le créateur sans induire l'asservissement d'autrui, c'est bien celle-là. Sa légitimité est sans ombre ».

¹⁵ F. MACREZ, « De la piraterie, brèves remarques sur une métaphore endormie » in J. SCHMIDT-SZALEWSKI (en l'honneur de), *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé, mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, dir. C. GEIGER et C. RODÀ, LexisNexis, 2014, p. 223 : « l'appréhension de l'immatériel comme objet de droit n'est pas *a priori* une idée saisissable intuitivement : le recours à un concept préexistant, la propriété, permet de saisir plus aisément l'idée de droit exclusif sur un bien intangible ».

¹⁶ V. *infra* n° 390.

¹⁷ L. MAUREL, « Que reste-t-il de la propriété dans l'environnement numérique ? », *Délibérée*, 2020/2, n° 10, p. 19 : « Non seulement la propriété intellectuelle était bien applicable dans l'environnement numérique, mais les législateurs, partout dans le monde, n'ont cessé d'en renforcer l'étendue, la portée et la durée ».

¹⁸ V-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *À qui profite le clic ? Le partage de la valeur à l'ère numérique*, Odile Jacob, 2015, p. 51.

¹⁹ *Ibidem*, p. 45 : « quand bien même le modèle serait-il forcé, il n'est pas certain qu'il garantisse toujours la justice de l'échange. Il est donc temps d'envisager des modèles alternatifs ».

²⁰ G. CHARPENTIER, *De la prétendue propriété littéraire et artistique*, éd. Charpentier, 1862, p. 5.

le « droit de l'auteur sur l'œuvre »²¹. La propriété se trouve donc contestée par une minorité dans son appellation, mais également dans son régime. Une alternative est alors au moins envisageable, mettant en évidence une réalité : la propriété n'est qu'un mode de protection des droits intellectuels parmi d'autres. La propriété littéraire et artistique n'est en définitive pas évidente au point qu'elle serait la seule option envisageable.

377. Rejet de l'exclusivité totale dans la construction des droits patrimoniaux de l'auteur. L'exclusivité accordée à l'auteur sur l'exploitation de son œuvre, nous l'avons évoqué, est problématique lorsqu'elle se trouve confrontée aux droits culturels de l'utilisateur, et particulièrement au droit d'accéder à la culture entendu au sens large. L'opposition réside dans l'essence même de l'exclusivité. Comme le souligne le Professeur André Lucas, en droit international « le droit exclusif est défini comme le “droit d'autoriser ou d'interdire” ». La formulation n'est pas très heureuse. Ce qui compte, en effet, c'est le droit d'interdire »²². L'exclusivité se caractérisant comme le droit d'interdire, elle ne peut souffrir d'une quelconque mise en concurrence avec les droits culturels tels que définis. Dans ce contexte, il faut sacrifier, au moins en partie, l'exclusivité – ce qui n'implique pas le sacrifice pur et simple des droits patrimoniaux de l'auteur – afin d'assurer l'équilibre souhaité entre auteur et utilisateur. L'exclusivité doit donc nécessairement demeurer, mais elle doit cependant s'exprimer avec moins de vigueur. L'exclusivité étant réduite, amoindrie, relativisée, l'idée d'une « propriété » littéraire et artistique se trouve très largement remise en cause. Ainsi, face aux droits fondamentaux culturels, la propriété ne représente plus un modèle parfaitement adéquat...

378. Rejet de la propriété en matière littéraire et artistique. L'exclusivité, qui constitue l'essence de la propriété, se trouve ici si réduite qu'elle ne peut donner un appui suffisant à un droit de propriété. Ce constat est valable même dans l'hypothèse où l'on considère qu'une propriété n'est pas nécessairement absolue ; sans pouvoir exclusif suffisamment large, la propriété devient excessivement contingente, au point qu'elle s'en retrouve purement et simplement compromise²³. En présence d'une exclusivité au service de la fonction sociale de la matière, le partage des utilités du bien dans de grandes proportions devient possible, ce qui

²¹ Loi canadienne sur le droit d'auteur, Partie 1, art. 3, (1).

²² A. LUCAS, « La nature du droit d'auteur », *RIDA*, n° 256, avr. 2018, p. 36.

²³ G. CHARPENTIER, *De la prétendue propriété littéraire et artistique*, éd. Charpentier, 1862, p. 5 : « Mais alors, qu'est-ce donc qu'une propriété qui échappe à son auteur, qu'il ne peut plus ramener à lui, et dont la société, sous la réserve d'un prix quelconque, dispose même contre la volonté de celui qui l'a créée ? Disons donc franchement le mot : cette propriété n'est pas une propriété ».

n'est pas admissible dans le modèle propriétaire²⁴. Affirmons-le donc clairement, la propriété n'est pas compatible avec un système conçu autour de droits fondamentaux culturels aussi forts que ceux ici envisagés. Vouloir continuer à emprunter le vocable de propriété dans pareilles circonstances reviendrait à admettre une définition infiniment extensive du concept de propriété, bien au-delà de ses frontières naturelles et légitimes. C'est pour cela que nous faisons ici le choix de ne pas recourir au mécanisme propriétaire dans l'élaboration de nouveaux droits littéraires et artistiques. Il convient cependant de préciser que ce constat n'est valable que s'agissant de la propriété s'exerçant sur l'œuvre de l'esprit, une telle solution ne pouvant être retenue concernant la propriété civiliste dont la valeur d'usage est intrinsèquement limitée²⁵.

B : Raison d'être discutable du modèle propriétaire en droit d'auteur

379. Analyse critique de l'édification du droit d'auteur. Afin d'insister sur l'opportunité d'un rejet de la logique propriétaire en matière de droits littéraires et artistiques, il est particulièrement intéressant de revenir aux justifications premières qui ont permis de légitimer un tel système. Voyons, dans un premier temps, les justifications ayant conduit à l'intégration des droits moraux au sein de la propriété de l'auteur (1), pour nous intéresser, dans un second temps, aux raisons ayant conduit à l'adoption du régime propriétaire pour désigner les prérogatives de l'auteur (2).

1 : Justification de l'intégration des droits moraux au sein de la propriété de l'auteur

380. Captation des droits extrapatrimoniaux au sein de la propriété de l'auteur. Dans la conception française du droit d'auteur, nous l'avons déjà mis en évidence²⁶, la propriété englobe à la fois les prérogatives patrimoniales et extrapatrimoniales de l'auteur. La lecture de l'article L. 111-1 du Code de la propriété littéraire et artistique permet de s'en convaincre : « ce droit [la propriété de l'auteur] comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial ». Le législateur a donc manifesté de manière limpide sa

²⁴ J. ROCHFELD, « Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux “communs” ? », *Revue internationale de droit économique*, 2014/3, t. 28, p. 368 : « Dès lors que celle-ci [la propriété] se trouve conçue comme individuelle, exclusive et absolue, elle n'admet pas, en effet, de concurrence ou de contrainte dans le bénéfice des utilités d'un bien ».

²⁵ V. *infra* n° 516.

²⁶ V. *supra* n° 341.

volonté d'intégrer les droits moraux au sein de la propriété de l'auteur. Mais comment expliquer un tel choix alors même que, intuitivement, les droits moraux s'apparentent davantage à des droits de la personnalité qu'à une composante propriétaire ? La première justification possible tient à la nature particulière de la propriété de l'auteur. Cette dernière constituant un modèle *sui generis* de propriété, il n'y avait *a priori* aucune difficulté à l'aménager en intégrant des droits moraux qui tendent bien plus à intégrer le CPI que le Code civil. C'est cette proximité, cette parenté entre droits moraux et droits patrimoniaux qui tend à expliquer pour partie le choix du législateur. La seconde justification est, quant à elle, relative au renforcement idéologique de la propriété littéraire et artistique. Alors que cette dernière est encore relativement neuve et que les droits moraux se sont construits pas à pas au cours du XIX^{ème} siècle, l'intégration de ceux-ci dans la propriété relève d'un choix habile. En plaçant le droit moral dans la sphère de la propriété, le législateur n'a fait que renforcer la légitimité apparente du système propriétaire²⁷. Étant doublée de ces prérogatives, dont le bien-fondé semble encore plus grand que celui des seuls droits patrimoniaux, la propriété dispose d'une meilleure assise et d'une acceptabilité supérieure auprès des auteurs et du public. Toutefois, ce choix n'apparaît pas exempt de reproches si l'on s'y attarde...

381. La nécessaire exclusion des droits moraux de la propriété de l'auteur.

Le rattachement du droit moral au sein du droit de propriété présente plusieurs inconvénients qui doivent être évoqués. La principale difficulté réside dans le sens et le pouvoir d'évocation du terme « propriété ». Certes, la propriété littéraire et artistique est d'une nature différente de la propriété civiliste. Bien sûr, elle peut faire l'objet d'aménagements et de compromis en vue de l'adapter à la matière. Pour autant, rien ne saurait pleinement justifier que la notion de propriété soit à ce point contorsionnée qu'elle permette d'intégrer des prérogatives extrapatrimoniales, alors même qu'elle consiste en l'outil le plus parfait de réservation des utilités patrimoniales des biens. Comment admettre que le vocable de propriété puisse permettre de saisir le rapport intime et personnel existant entre un auteur et sa création ? Il n'y a là, ni de près ni de loin, aucun élément qui puisse être valablement appréhendé par la propriété, quelle que soit sa forme ! Une telle intégration ne peut avoir qu'un effet néfaste auprès des destinataires de la norme qui ne percevront absolument aucune dimension personnelle dans une

²⁷ Au-delà de ces arguments, il est soutenu par Monsieur le Professeur Thierry Revet que les droits de la personnalité seraient artificiellement dissociés du droit de propriété : V. T. REVET, « La propriété de la personnalité », *Gaz. Pal.*, 2007, n° 139, p. 49 : « Les éléments originaux de la personnalité sont le corps, la voix, l'image, l'espace personnel et l'histoire propre. Ces éléments sont privativement réservés par le sujet qui a pour support la personne humaine qui les recèle ou les produit. Cette réservation résulte d'un pouvoir d'exclusion, d'un *jus excluendi alios* : elle est donc constitutive d'un droit de propriété ».

matière nommément vouée à la propriété. Cette dernière ne peut donc valablement, et sous aucun prétexte, intégrer les droits moraux de l'auteur²⁸.

382. La préservation des droits moraux de l'auteur au sein du CPI. Il est nécessaire de dissocier droit moral et propriété dans un souci de cohérence et de lisibilité de la matière. Faut-il dès lors intégrer les droits moraux de l'auteur au sein du Code civil ? Cela n'apparaît ni nécessaire ni cohérent dans la mesure où la Cour de cassation a déjà admis que les droits moraux sont des droits de la personnalité distincts et autonomes des droits personnels contenus dans le Code civil²⁹. Les droits extrapatrimoniaux de l'auteur, nés à l'occasion de l'acte de création, ont alors bien davantage leur place au sein du Code consacré spécifiquement aux droits de l'auteur. Cela implique que la propriété ne peut être considérée que comme une composante des droits de l'auteur aux côtés des droits moraux. Également, cela suppose une refonte de l'article L. 111-1 du CPI pour effectuer ladite distinction. Une telle optique nécessiterait de renommer la matière, le terme propriété ne pouvant plus la désigner en son entier. Il peut alors être envisagé l'expression de « droits intellectuels » et, pour le cas spécifique des œuvres littéraires et artistiques, de « droits de l'auteur ». Toutefois, concernant la matière dans son ensemble, au regard des droits fondamentaux culturels et de leur partage, nous constaterons postérieurement que la notion de « droits littéraires et artistiques » s'impose de façon plus légitime dans le modèle ici en construction³⁰. Toutefois, bien que l'extraction du droit moral du droit de propriété semble élégante, la doctrine apparaît majoritairement attachée à une vision monolithique de la propriété littéraire et artistique. Dans ce contexte, le doyen Vivant, ouvert à une potentielle séparation entre propriété et droit moral, considère qu'une grande partie de la doctrine n'est pas encore prête pour un tel bouleversement conceptuel³¹. Si une pareille évolution devait avoir lieu, elle ne s'inscrirait donc probablement pas dans un avenir proche.

²⁸ M. OUTTERS BALIGAND, *Les propriétés intellectuelles à l'aune du triptyque*, Thèse, Paris I, dir. G. LOISEAU, 2015, p. 693 : « le droit moral n'est pas le droit d'un propriétaire ».

²⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1993, n° 91-15.915, *Association la Fraternité blanche universelle c/ Boizeau*, (JCP G, 1993, II, 22161, comm. J. RAYNARD ; D., 1994, p. 78, note A. FRANÇON ; RTD. com., 1994, p. 48, obs. A. FRANÇON) : « Mais attendu que le droit moral de l'auteur d'œuvres littéraires est seulement celui de faire respecter soit l'intégrité de ses œuvres, soit son nom et sa qualité en tant qu'auteur de celles-ci, mais qu'il est entièrement étranger à la défense des autres droits de la personnalité protégés par la loi ».

³⁰ V. *infra* n° 461.

³¹ M. VIVANT et J-M BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2019, 4^{ème} éd., p. 64 : « les esprits ne sont sans doute pas mûrs pour cela ».

383. **Sources de la propriété civiliste.** Nous avons déjà évoqué plus tôt la nature ainsi que la fonction sociale de la propriété civiliste³². Il semble cependant opportun d'étudier les raisons qui ont mené à la consécration de cette propriété en France. Au sortir de l'Ancien Régime, le titulaire du domaine utile ne connaissait pas encore la propriété³³. Il n'existait pour lui que le rapport existant entre lui et son seigneur, titulaire du domaine éminent auprès duquel il devait remplir certaines obligations en vertu de l'occupation de son terrain. À la suite de la période révolutionnaire, ce rapport entre seigneur et occupant effectif disparaît au profit d'une notion libératrice : la propriété. Celle-ci permet à son titulaire de jouir du bien sans que quiconque puisse faire valoir un droit concurrent sur le bien ou soumettre le propriétaire à raison de son seul titre. Le propriétaire se retrouve dès lors seul, libre et autonome³⁴. C'est en ce sens que la propriété est elle-même une liberté. La propriété représente donc une rupture avec l'Ancien Régime et un véritable progrès social du point de vue des libertés individuelles. Dans ce contexte, les raisons ayant poussé à la contamination du droit de propriété au sein du droit d'auteur semblent se préciser.

384. **Une analogie historiquement justifiée entre propriété civiliste et droits littéraires et artistiques.** Durant la période révolutionnaire, les privilèges étant abolis, la protection de l'auteur est devenue une considération importante auprès de nombreux représentants. En vue de préserver les intérêts du créateur sans recourir aux privilèges, il a alors été décidé d'emprunter ses traits à la propriété civiliste. L'idée était d'assurer un plein contrôle de l'auteur sur sa création : « on a voulu donner à l'auteur la maîtrise totale et exclusive sur son œuvre, le droit le plus absolu qu'un individu puisse posséder sur une chose et on ne pouvait, à cette époque, trouver de terme exprimant mieux cette maîtrise que celui de "propriété" »³⁵. L'auteur, propriétaire, se voyait octroyer un espace de liberté extrêmement appréciable compte tenu du statut précaire que celui-ci avait connu sous la monarchie absolue³⁶. L'analogie entre

³² V. *supra* n° 295.

³³ J-L. THIREAU, « La propriété du Code civil : modèles et anti-modèles » in T. REVET, *Code civil et modèles : des modèles du Code au Code comme modèle*, LGDJ, 2005, p. 161.

³⁴ J. ROCHFELD, « Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux "communs" ? », *op. cit.*, p. 366 : « L'exaltation d'une "propriété privée-exclusion" aurait répondu aux nécessités du XVIII^e siècle d'offrir une sphère d'autonomie aux individus, afin de garantir les conditions de la liberté individuelle ».

³⁵ P. RECHT, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, LGDJ, 1969, p. 48.

³⁶ S. ALMA-DELETTRE, « La nature juridique des droits de propriété intellectuelle » in J-M. BRUGUIÈRE, N. MALLET-POUJOL et A. ROBIN, *Propriété intellectuelle et droit commun*, PUAM, 2007, p. 25 : « Par cette première qualification de « droit de propriété » lors de la Révolution française, il s'agissait d'affirmer que le

propriété civiliste et système de protection de l'auteur était donc légitime face à cet outil plein de promesses qu'était la propriété. Ce choix n'a d'ailleurs pas déçu, dans la mesure où la propriété a effectivement permis de régenter les droits patrimoniaux de l'auteur sans péril majeur jusque récemment. Nous refusons dès lors de considérer que le terme « propriété », concernant droits incorporels de l'auteur, aurait triomphé par « un faux air de vérité »³⁷ ou par « un abus de langage issu d'une paresse du raisonnement »³⁸. Certes, le rapprochement entre propriété et protection de l'auteur résulte d'une inférence, mais celle-ci se trouvait, à l'époque, justifiée, de sorte que l'adoption d'une propriété littéraire et artistique apparaissait légitime. Cela n'est cependant plus tout à fait le cas aujourd'hui...

385. Une contiguïté remise en cause entre propriété et droits intellectuels à l'ère numérique. Les justifications historiques ayant conduit à la mise en place d'une propriété littéraire et artistique ont aujourd'hui perdu de leur impact. Les droits de l'auteur doivent aujourd'hui davantage prendre en compte, d'une manière ou d'une autre, l'utilisateur, ses revendications, voire ses droits. À l'heure où l'œuvre de l'esprit peut être partagée instantanément et sans frais, la reconnaissance d'une propriété comme espace de liberté de l'auteur est remise en question. La réponse jusqu'ici donnée à cette évolution a consisté, nous l'avons évoqué, majoritairement en un durcissement contre-productif du droit exclusif de l'auteur³⁹ et en un assouplissement insuffisant dans certains domaines. L'extension de la durée de protection des droits patrimoniaux ou l'interprétation restrictive des exceptions ne constituent qu'une fuite en avant du législateur face à une mutation inéluctable. La situation de l'auteur de 1789 n'est absolument pas comparable à celle du créateur contemporain qui a vu ses droits consolidés. L'auteur doit aujourd'hui composer avec des intérêts émergents et légitimes qui ne pouvaient pas aussi facilement s'exprimer en l'absence de médias de masse et surtout d'Internet. Il faut bien admettre que des solutions existent aujourd'hui en dehors du champ de la propriété et qu'elles peuvent mieux garantir le respect de la fonction sociale de la matière que ne le fait la propriété littéraire et artistique. S'il était donc initialement légitime de se tourner vers le système propriétaire pour préserver les œuvres de l'esprit, ce choix n'est absolument plus une évidence aujourd'hui. Pourtant, la propriété littéraire et artistique conserve

créateur est titulaire d'un droit véritable, un droit ferme et efficace par le fait suffisant de son acte créatif, et non plus simple tributaire d'un privilège discrétionnaire dépendant du bon vouloir de l'autorité publique ».

³⁷ G. CHARPENTIER, *De la prétendue propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 3.

³⁸ P. CATALA, « L'immatériel et la propriété » in F. TERRÉ, *Le droit et l'immatériel*, *Archives de philosophie du droit*, t. 43, Sirey, 1999, p. 62.

³⁹ M-A. CHARDEAUX, « Le droit d'auteur et Internet : entre rupture et continuité », *CCE*, n° 5, mai 2011, ét. 10 : « avec la menace qu'Internet est supposé faire peser sur le droit d'auteur, le droit tend à faire du droit d'auteur une propriété classique, corporelle alors qu'elle est par essence commune ».

une aura particulièrement importante auprès de nombreux professionnels et analystes. Elle semble vénérée à l'image d'une idole, comme si elle était seule en mesure de préserver la personne sacrée de l'auteur. Gardons-nous cependant de faire de la propriété le veau d'or du droit de la création immatérielle.

§2 : Une approche renouvelée des prérogatives de l'auteur

386. Retrancher et préserver. Dans une approche renouvelée des prérogatives de l'auteur, détachée de toute référence au système propriétaire, il est nécessaire de procéder à une redéfinition des prérogatives du créateur. C'est alors davantage un droit d'auteur qu'un droit de propriété qui semble se dégager lorsqu'entrent en considération les droits fondamentaux culturels. De même, en l'absence de droit exclusif, la piste d'un monopole d'exploitation apparaît satisfaisante pour procéder à l'encadrement des droits patrimoniaux du créateur. Nous observerons donc le passage du droit de propriété aux droits de l'auteur (I), avant d'envisager la transition d'un droit exclusif vers un monopole d'exploitation de l'auteur (II).

I : Du droit de propriété aux droits de l'auteur

387. Quelles prérogatives pour le créateur en l'absence de propriété ? Consécutivement à la remise en cause de la propriété, la question peut légitimement se poser de savoir si les droits de l'auteur présentent encore un contenu et, si oui, lequel ? Nous n'entrerons pas ici dans le détail des prérogatives qui seront réservées à l'auteur : cette répartition aura lieu en aval. Il s'agit ici d'établir les lignes directrices permettant d'identifier les ensembles de droits qui seront par la suite concrètement reconnus au créateur. Nous jugerons donc, dans cette optique, la réservation de droits patrimoniaux au profit de l'auteur comme justifiée (A), avant de nous prononcer dans un sens identique s'agissant des droits moraux (B).

388. Des droits patrimoniaux indispensables à la poursuite de la fonction sociale des droits littéraires et artistiques. L'existence de droits patrimoniaux au profit de l'auteur s'avère nécessaire à la poursuite des objectifs défendus par le droit d'auteur. Cela n'exclut cependant pas un renouvellement de leur contenu. Nous verrons que si les droits patrimoniaux ne présentent pas nécessairement un caractère naturel (1), il n'en demeure pas moins qu'ils doivent être maintenus, dans leur principe, au profit de l'auteur (2).

1 : Caractère non naturel des droits patrimoniaux de l'auteur

389. Une conception des droits patrimoniaux de l'auteur comme naturels. Dans la conception française du droit d'auteur, ce dernier est considéré, dans son entier, comme un droit naturel. Il est généralement admis que les droits patrimoniaux sont innés⁴⁰. Le caractère naturel des droits patrimoniaux de l'auteur semble relever d'un acquis rarement remis en cause. En réalité, la propriété est si ancrée dans le paysage des droits intellectuels qu'elle apparaît comme une idée transcendante, voire intangible⁴¹. La remise en cause de l'intégration des droits moraux au sein de la propriété constitue déjà une remise en cause du caractère naturel des droits patrimoniaux. En effet, la justification d'un droit moral naturel est bien plus aisée que celle relative aux droits purement patrimoniaux. Ainsi, scinder ces deux ensembles constitue déjà une forme de remise en cause du caractère naturel des droits patrimoniaux de l'auteur.

390. L'absence d'évidence d'une propriété au profit de l'auteur. Bien que les droits patrimoniaux de l'auteur soient souvent présentés comme naturels, leur évidence n'est pas certaine⁴². Lorsque les plus ardents défenseurs de la propriété littéraire et artistique se

⁴⁰ P. TAFFOREAU et C. MONNERIE, *Droit de la propriété intellectuelle*, Lextenso, 2015, 4^{ème} éd., p. 60 : « les droits de propriété intellectuelle ont été non pas octroyés, conférés ni accordés aux auteurs, inventeurs et interprètes ; ils leur ont été reconnus ».

⁴¹ M. ROSE, « The author as proprietor: Donaldson v. Becket and the genealogy of modern authorship », *Representations*, n° 23, University of California Press, 1988, p. 77 : « Many jurists have been aware of the awkwardness of treating literary texts as private property. Nevertheless, the institution of literary property is so deeply rooted in our society that many jurists and even some legal historians regard it as a transcendent moral idea that has been available in all times and places ».

⁴² Certains, comme Thomas Jefferson, défendent même l'idée que l'absence de propriété intellectuelle serait naturelle : T. JEFFERSON, lettre à Isaac McPherson, 13 août 1813 : « If nature has made any one thing less susceptible than all others of exclusive property, it is the action of the thinking power called an idea, which an individual may exclusively possess as long as he keeps it to himself but the moment it is divulged, it forces itself into the possession of everyone, and the receiver cannot dispossess himself of it. [...] Inventions then cannot, in nature, be a subject of property ».

donnent en plaidoyer, ils vantent particulièrement des qualités qui ne sont pas indissociables de la propriété. Tel est le cas, bien souvent, du droit à rémunération qui peut se manifester dans bien d'autres modèles que le système propriétaire. Tel est également le cas de l'existence d'une protection au profit de l'auteur qui peut évidemment exister au travers d'autres droits subjectifs que ceux conférés au propriétaire. L'absence de propriété n'implique pas l'absence de droit d'auteur ! Le pouvoir d'exclure de l'auteur faisait cependant parfois l'objet d'une argumentation critiquable de la part des auteurs révolutionnaires. L'exclusivité n'étant pas un argument en elle-même, d'autres prérogatives étaient souvent appelées pour la légitimer. Prenons pour exemple ces propos d'Isaac le Chapelier : « comme il est extrêmement juste que les hommes qui cultivent le domaine de la pensée tirent quelque fruit de leur travail, il faut que, pendant leur vie et pendant quelques années après leur mort, personne ne puisse sans leur consentement disposer du produit de leur génie »⁴³. Où est donc la justification intrinsèque du droit exclusif ici ? Il n'y en a en vérité aucune. Le raisonnement repose exclusivement sur l'impératif de rémunération de l'auteur qui est conditionné à la mise en place d'un régime propriétaire par l'auteur. Or, comme nous venons de l'indiquer, propriété et droit à rémunération sont parfaitement dissociables⁴⁴. Par conséquent, en droit positif, la propriété de l'auteur n'est en rien évidente.

391. **Des droits patrimoniaux non naturels.** Dès lors, s'il est possible d'argumenter en faveur de l'exclusivité, il ne peut être affirmé qu'elle constituerait un droit naturel dans le domaine immatériel, de même que la propriété qu'elle conditionne. Les droits patrimoniaux de l'auteur ne peuvent ainsi être qualifiés de droits naturels. Dans leur forme actuelle, ils représentent un mode de protection parmi d'autres. Dans ces conditions, continuer à considérer la propriété de l'auteur comme naturelle relève d'une conception extensive du droit naturel, conduisant à « prêter valeur de droit naturel, c'est-à-dire autorité absolue, à des solutions douées de vérité simplement relative »⁴⁵. Ce n'est donc pas parce que la propriété civiliste intègre le champ du droit naturel qu'une propriété littéraire et artistique serait nécessairement naturelle⁴⁶.

⁴³ LE CHAPELIER, Rapport sur la pétition des auteurs dramatiques, séance du 13 janv. 1791, p. 16.

⁴⁴ A-C. RENOARD, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, éd. Jules Renouard, 1838, vol. 1, p. 462 : « Un seul mode de paiement me paraît juste et possible : c'est celui qui attribue à l'auteur, sur chaque édition ou sur chaque exemplaire de son ouvrage, un droit de copie ».

⁴⁵ J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Bruylant, 1953, 2^{ème} éd. [3^{ème} éd., 1959], p. 251.

⁴⁶ Présenter les droits patrimoniaux de l'auteur sous la forme d'un simple monopole et non plus d'une propriété aurait alors l'avantage de limiter les velléités naturalistes : V. A. ZOLLINGER, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, LGDJ, Thèse, Poitiers, dir. P. GAUDRAT, 2008, p. 61.

392. **Les droits patrimoniaux de l'auteur, fruits d'un compromis social.** Les droits patrimoniaux ne pouvant prétendre au statut de droit naturel, il faut admettre qu'ils résultent d'un choix arbitraire⁴⁷. Les droits patrimoniaux, dans leur forme actuelle, ne font que répondre imparfaitement à la fonction sociale de la matière et à des contingences économiques et sociales⁴⁸. La question peut alors se poser de savoir si, en dehors de la propriété, des droits de nature patrimoniale accordés à l'auteur pourraient acquérir une dimension naturelle ? Il est très difficile de répondre à une telle question. Toutefois, si l'on se réfère à la fonction sociale de la matière, le droit à rémunération serait le candidat idéal pour prétendre à un tel statut, et il n'y a alors rien d'anodin à ce que les auteurs révolutionnaires aient grandement appuyé leurs tirades sur son bien-fondé. S'il est un droit qui entretient la création sans s'opposer, par principe, à l'accès aux œuvres par le public, c'est bien celui-ci. Il est, à nos yeux, le seul droit de nature patrimoniale pouvant prétendre à la grâce du droit naturel.

2 : Maintien de droits patrimoniaux au profit de l'auteur

393. **Des droits patrimoniaux à la portée diminuée.** Il convient de l'admettre, un modèle mettant en concurrence et sur un pied d'égalité droits culturels de l'auteur et droits culturels de l'utilisateur ne peut laisser les droits patrimoniaux, tels que nous les connaissons, indemnes. L'atteinte aux droits patrimoniaux de l'auteur peut sembler intolérable étant donné que « la justice nie que la perte de liberté de certains puisse être justifiée par un plus grand bien que les autres se partageraient »⁴⁹. Néanmoins, cette atteinte à la liberté de l'auteur se trouve ici justifiée par la présence d'autres libertés et non la seule poursuite d'un plus grand bien. L'argument peut donc jouer en faveur de l'utilisateur dont il n'est pas encore acquis que ses droits puissent être reconnus face à ceux de l'auteur. Dès lors, il est nécessaire de retrancher aux droits de l'auteur, ne serait-ce que dans leur dimension patrimoniale. L'article L. 111-1 du Code de la propriété littéraire et artistique nécessite alors plusieurs adaptations en vue d'exclure la référence au « droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous » au profit d'un simple monopole d'exploitation. Il convient également de mentionner, au sein du premier

⁴⁷ F. LATRIVE, « Du bon usage de la piraterie, culture libre, science ouverte », *Multitudes*, 2004/4, n° 18, p. 197 : « nous sommes bien en présence d'un droit fondé sur un compromis social, garanti par la puissance publique, et en aucun cas face à un quelconque "droit naturel" tombé du ciel ».

⁴⁸ J. STIGLITZ cité par F. LATRIVE, *Du bon usage de la piraterie*, éd. l'Éclat, p. 20 : « La propriété intellectuelle n'est pas une loi naturelle, c'est une loi faite par les hommes pour promouvoir des objectifs sociaux ».

⁴⁹ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, éd. Points, 2009, [1^{ère} éd. 1971, trad. C. AUDARD], p. 53.

alinéa, l'existence de droits au profit de l'utilisateur⁵⁰. La référence à la complémentarité de ces droits peut également être souhaitable, pour insister sur l'idée que chacun de ces droits constitue la limite de l'autre. Une ébauche d'un nouvel article L. 111-1 devra toutefois attendre dans la mesure où de nombreux éléments manquent encore pour déterminer l'assiette et la nature des droits de l'auteur et de l'utilisateur.

394. **La préservation de prérogatives patrimoniales au profit de l'auteur.**

Le démantèlement méthodique de l'ensemble des droits patrimoniaux de l'auteur est, dans le modèle envisagé, proscrit. Il faut en convenir, sacrifier les droits de l'auteur au profit de ceux de l'utilisateur relèverait d'un non-sens, d'un choix désastreux⁵¹. Gardons-nous de toute usurpation pure et simple du domaine privé sous couvert de droits fondamentaux culturels, le rejet de la propriété étant suffisant pour adapter efficacement les droits littéraires et artistiques aux enjeux du XXIème siècle. Il nous revient d'établir un équilibre acceptable tant pour le créateur que pour le public dans son ensemble. À cette fin, le recours à un mécanisme présent en droit civil pourrait faire office de modèle dans la recherche d'équilibre entre droits patrimoniaux du créateur et droits de l'utilisateur.

395. **Éventualité d'une protection de l'œuvre alignée sur le régime de l'image des biens.** Le maintien de droits patrimoniaux au profit de l'auteur ne pourrait-il pas trouver une inspiration dans le régime relevant de l'image des biens ? L'idée peut sembler, à première vue, élégante dans la mesure où elle permet un accès de l'utilisateur à l'image de l'œuvre, ce qui s'avère essentiel en matière littéraire et artistique. Dans le même temps, le régime relatif à l'image des biens permettrait une protection de l'auteur contre les utilisations les plus attentatoires à son œuvre. Rappelons que si, avec la jurisprudence *Café Gondrée* de 1999⁵², était créée une forme de « para-propriété intellectuelle »⁵³, voire « une sorte de droit voisin »⁵⁴,

⁵⁰ Une telle déclaration, dans un but symbolique, pourrait également être implantée dans le CPI au sein d'un préambule ou d'un chapitre introductif : C. ALLEAUME, « Les nouvelles exceptions du droit d'auteur », *Les petites affiches*, 2007, n° 244, p. 46.

⁵¹ A-C. RENOARD, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, op. cit., p. 437 : « puisque les deux droits existent, détruire l'un pour donner force à l'autre, ce serait consacrer une usurpation, soit sur le domaine privé, soit sur le domaine public ».

⁵² Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1999, n° 96-18.699, *Café Gondrée*, (D., 1999, p. 319, concl. J. SAINTE-ROSE ; D., 1999, p. 247, obs., S. DURRANDE ; D., 2000, p. 282, obs. O. TOURNAFOND ; JCP G, 1999, II, 10078, note P-Y. GAUTIER ; RDI, 1999, p. 187, obs. J-L. BERGEL et M. BRUSCHI ; RTD civ., 1999, p. 859, obs. F. ZENATI ; RTD com., 1999, p. 397, obs. A. FRANÇON).

⁵³ P-Y. GAUTIER, « Le droit subjectif sur l'image d'un bien ou comment la Cour de cassation crée de la "para-propriété intellectuelle" », JCP G, n° 18, 5 mai 1999, II, 10078, note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1999, n° 96-18.699, *Café Gondrée*.

⁵⁴ *Ibidem*.

la logique propriétaire a définitivement été écartée⁵⁵ par la décision du 7 mai 2004⁵⁶, permettant au propriétaire de ne s'opposer qu'en cas de trouble anormal subi du fait de l'utilisation de l'image par un tiers. Le recours à un statut équivalent à celui de l'image des biens serait ainsi utile dans la tentative d'établissement d'un régime exempt de toute réservation propriétaire. Il y a également une cohérence entre ce régime et les œuvres de l'esprit dans la mesure où la décision de 2004 a notamment été établie au regard de la potentielle destination collective, voire culturelle, des biens visibles depuis l'espace public⁵⁷.

396. Rejet d'une protection de l'œuvre alignée sur le traitement de l'image des biens. Une telle approche présente toutefois des limites insurmontables en droit de la propriété intellectuelle. Une protection calquée sur celle de l'image des biens ne pourrait que s'avérer trop faible pour garantir les intérêts de l'auteur. En effet, s'agissant des œuvres de l'esprit, la valeur économique ne réside pas tant dans le support que dans l'image et son exploitation. Permettre une utilisation de l'image de l'œuvre présente sur Internet implique un accès total à celle-ci puisque l'œuvre et son image coïncident. La création ne possède pas de véritable substance marchandable au-delà de son support qui ne présente, sauf dans certaines hypothèses, qu'un faible potentiel économique. Permettre un libre usage de l'image du bien dès lors qu'il est accessible sur la toile ou par tout autre vecteur, c'est priver purement et simplement l'auteur de l'essentiel de ses revenus. En réalité, en matière de droits littéraires et artistiques, le trouble anormal est nécessairement constitué lorsque l'image de l'œuvre fait l'objet d'une représentation, rendant totalement inadéquat le statut de l'image des biens pour les œuvres de l'esprit. Il apparaît donc déraisonnable de transposer le statut relatif à l'image des biens au droit de la propriété littéraire et artistique.

397. Préservation de la rémunération du créateur. La mise en œuvre d'un droit d'accéder à la culture peut sembler contradictoire avec l'idée d'une rémunération de l'auteur. Comme le souligne Monsieur le Professeur Jacques Raynard, « l'intérêt général culturel de la

⁵⁵ B. GLEIZE, *La protection de l'image des biens*, Thèse, Montpellier, dir. J-M. BRUGUIÈRE, Defrénois, 2008, p. 230 : « En écartant l'exclusivité sur l'image, c'est bien le modèle de la propriété qu'elle [la Cour de cassation] rejette ».

⁵⁶ Cass. ass. plén., 7 mai 2004, n° 02-10.450, *SCIR Normandie c/ Publicis*, Bull. ass. plén. (RTD civ., 2004, p. 528, note T. REVET ; *JCP G*, 2004, II, p. 102, note C. CARON ; *JCP G*, 2004, I, p. 163, obs. F. VINEY).

⁵⁷ M. CORNU, « La notion de bien culturel, un double héritage privatiste et publiciste », *Lamy droit civil*, n° 165, 1^{er} déc. 2018 : à propos de la jurisprudence de 2004 relative à l'image des biens en droit civil : « l'idée que les reproductions poursuivent une finalité culturelle, éducative, informative et non à proprement parler commerciale a permis de refouler de multiples revendications propriétaires. Comme si le droit de propriété, d'une certaine façon, trouvait une limite dans l'idée de destination collective ».

société appelle [...] la précarité du droit »⁵⁸. Cette précarité de l'auteur peut sembler inhérente à la préservation de l'intérêt de l'utilisateur. Toutefois, cette vision n'est valide que si l'on considère le seul intérêt immédiat de l'utilisateur : l'accès gratuit et immédiat à l'œuvre. L'intérêt général culturel, conçu au-delà du seul instant présent, commande une solution inverse. La rémunération de l'auteur s'impose car, comme nous l'avons vu, au regard de la fonction sociale des droits littéraires et artistiques, la récompense pécuniaire de l'auteur nourrit la création. Sans cela, pas d'œuvres nouvelles et l'intérêt général se retrouve oblitéré. C'est en ce sens qu'une juste rémunération⁵⁹ de l'auteur est impérative, quelle que soit la nature du système de protection choisi. Cet impératif peut néanmoins sembler, au premier abord, parfaitement incompatible avec un droit d'accéder à la culture garanti à l'utilisateur...

398. Un droit d'accéder à la culture conditionné au paiement de l'auteur ?

La conciliation entre juste rémunération de l'auteur et droit d'accéder à la culture pose question. Les intérêts en présence sont antagonistes et l'on ne peut, *a priori*, consacrer l'un sans sacrifier l'autre. Notons cependant que le droit d'accéder à la culture n'est pas un droit d'accéder gratuitement à la culture. Il est envisageable de conditionner ce droit à la contribution financière de l'utilisateur. Mais n'y a-t-il pas, ici aussi, une incohérence ? Quelle serait donc la portée d'un droit culturel conditionné à un paiement ? Avant toute analyse, l'on serait enclin à penser qu'un tel droit serait dépourvu de toute consistance, de toute force. C'est cependant oublier que plusieurs droits, dont certains sont fondamentaux, sont eux-mêmes, d'une manière ou d'une autre, conditionnés par une obligation équivalente. Prenons l'exemple du droit d'accès au juge, ou droit d'accès aux tribunaux. Celui-ci est, notamment, consacré par l'article 6-1 de la CEDH. Alors même qu'il est prévu que « les juges rendront gratuitement la justice »⁶⁰, jusqu'au premier janvier 2014, les personnes ne disposant pas de l'aide juridictionnelle devaient s'acquitter d'un timbre fiscal de trente-cinq euros. Encore aujourd'hui, pour de nombreuses procédures en appel, un timbre fiscal d'une valeur de cent cinquante à deux cent vingt-cinq euros est indispensable pour accéder à la justice. Pour autant, personne n'oserait mettre en avant une quelconque ineffectivité du droit en question. Le Conseil constitutionnel lui-même admet la validité d'un tel paiement, dans la mesure où il ne constitue pas une atteinte disproportionnée au droit d'accès

⁵⁸ J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois : essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, Litec, 1990, p. 175.

⁵⁹ A.-C. RENOARD, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, op. cit., p. 457 et s.

⁶⁰ Lois des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, art. 11.

aux tribunaux⁶¹. Cette limitation s'impose face à des intérêts légitimes dans la mesure où « le droit d'accès aux tribunaux, garanti par l'article 6 par. 1 (art. 6-1), n'est pas absolu »⁶². Le raisonnement peut être valablement étendu au droit d'accéder à la culture⁶³. Personne ne peut reprocher à l'État de ne pas permettre au public d'accéder à la culture au seul prétexte que l'accès à certains espaces, tels les musées, est payant. S'agissant de l'œuvre de l'esprit, le droit d'accéder à la culture peut ainsi être pleinement effectif, même s'il implique une contrepartie pécuniaire de l'utilisateur à destination de l'auteur. La seule limite est ici l'existence d'un prix qui ne soit pas prohibitif, car, dans une telle hypothèse, le droit d'accéder à la culture se trouverait véritablement altéré.

399. La survivance du pouvoir d'exclure de l'auteur. La mise en place d'un droit à rémunération de l'auteur dans le cadre de l'exercice du droit d'accéder à la culture par l'utilisateur est à présent acquise. Pour autant, il demeure encore une hypothèse qui nécessite d'être abordée : celle des usages qui ne relèvent pas d'un utilisateur comme défini plus haut. Face à certaines personnes morales et aux personnes physiques agissant dans un but commercial, le pouvoir d'exclure de l'auteur, bien que fragilisé, doit subsister. Ces usages n'étant soutenus par aucun droit culturel, le créateur et ses ayants droit doivent conserver le pouvoir de s'opposer à l'utilisation de l'œuvre et de la mettre à disposition dans des conditions négociées. Il en découle que, concernant ces usages, l'exercice des droits patrimoniaux de l'auteur est pratiquement identique à celui ayant cours en droit positif. Rappelons que le terme « propriété » ne peut toutefois être utilisé à ce seul titre. Les droits culturels de l'auteur et de l'utilisateur, les atteintes profondes au modèle propriétaire ainsi que les propositions qui auront lieu ultérieurement excluent totalement l'idée d'une propriété, même aménagée.

⁶¹ Cons. const., 13 avr. 2012, QPC n° 2012-231/234, *M. Stéphane C. et autres*, (Dalloz actualité, 25 avr. 2012, obs. L. DARGENT ; *Gaz. Pal.*, 2012, n° 113, p. 25, note G. DRAGO) : « Considérant que, par les dispositions contestées, le législateur a poursuivi des buts d'intérêt général ; que, eu égard à leur montant et aux conditions dans lesquelles ils sont dus, la contribution pour l'aide juridique et le droit de 150 euros dû par les parties en instance d'appel n'ont pas porté une atteinte disproportionnée au droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction ou aux droits de la défense ».

⁶² Cour EDH, 21 févr. 1975, n° 4451/70, *Golder c/ Royaume-Uni*, §33.

⁶³ Le raisonnement est également semblable concernant le droit d'accès intellectuel à l'information publique qui ne prohibe pas tout usage économique desdites informations : V. J-M. BRUGUIÈRE, *La diffusion de l'information publique : le service public face au marché de l'information*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, 1995, p. 74.

400. Des droits extrapatrimoniaux consubstantiels à la personne de l'auteur.

La légitimité des droits extrapatrimoniaux de l'auteur semble bien plus importante que celle des droits patrimoniaux, tant leur lien avec l'auteur apparaît indéfectible. La question des droits moraux est d'une importance capitale, car elle est à la fois vectrice d'une grande symbolique, mais également de prérogatives puissantes au profit du créateur. Étudions les enjeux liés à l'attribution et à l'exercice des droits moraux (1), avant de questionner le bien-fondé de ces prérogatives reconnues à l'auteur (2).

1 : Enjeux liés à l'attribution et l'exercice des droits moraux

401. **Une conception des droits moraux de l'auteur comme naturels.** À l'instar des droits patrimoniaux, les droits extrapatrimoniaux de l'auteur semblent indiscutablement appartenir au droit naturel⁶⁴. Le droit moral représentant une forme de droit de la personnalité, il est bien plus aisé pour lui de prétendre à un tel rang. Puisque l'individu doit être naturellement protégé contre les différentes atteintes qui peuvent le cibler et que l'œuvre constitue le prolongement de la personne de l'auteur, les droits moraux devraient relever de l'évidence⁶⁵. Le caractère naturel du droit moral tire donc sa légitimité de l'auteur lui-même, là où un tel lien est peu évident s'agissant des droits patrimoniaux. En droit positif, le rattachement des droits moraux au sein de la propriété n'a pas impacté trop fortement leur aura⁶⁶. Les limites aux droits moraux, tel que l'abus de droit, ne portent pas atteinte au caractère naturel de ces droits tout en évitant, en théorie, qu'ils débouchent sur des dérives⁶⁷. Grâce au droit moral, le droit d'auteur dispose d'une dimension humaine qui tend à le faire échapper – la plupart du temps – à la

⁶⁴ Le droit moral est parfois même considéré comme le seul droit naturel en droit d'auteur : V. A. LATREILLE, « L'avènement d'un droit d'auteur sans auteur », *Dr. et patr.*, n° 162, 1^{er} sept. 2007 : « les créateurs sont consolés par un recentrage sur l'essence même de la propriété intellectuelle : le lien fusionnel entre l'objet et le titulaire des droits consacré par les attributs extrapatrimoniaux. On assisterait en quelque sorte à une résurgence du domaine éminent exacerbée par l'omnipotence du domaine utile. [...] L'agonie du monopole comme lit d'une renaissance du droit naturel de l'auteur ».

⁶⁵ B. EDELMAN, *La propriété littéraire et artistique*, « Que sais-je ? », 2008, PUF, p. 26 : « l'œuvre incarnant l'identité du sujet n'est donc, en quelque sorte, que le sujet lui-même. [...] Tel est le "secret" du droit moral : l'indivisibilité de l'auteur et de l'œuvre ».

⁶⁶ L. MOSCATI, « Le Code civil et le destin de la propriété intellectuelle en Europe », *Droits*, PUF, 2008/1, n° 47, p. 152.

⁶⁷ A-E. KAHN, « Les aménagements de la propriété artistique », *Lamy droit des affaires*, n° 63, 1^{er} sept. 2011 : « La notion d'abus de droit permet de ne pas faire du droit moral un droit totalement discrétionnaire ».

logique purement économique dans laquelle la propriété l'entraîne⁶⁸. Par conséquent, le droit moral est aujourd'hui bien envisagé comme un droit naturel qui ne saurait être soustrait à l'auteur. Néanmoins, cette réflexion n'aborde le droit moral que de manière générale et il demeure possible d'émettre certaines réserves concernant au moins un droit moral en particulier : le droit de retrait. Nous ne manquerons donc pas de revenir très vite sur la légitimité de chacun des droits moraux.

402. **Le droit moral, un « droit de contrôle ».** L'étude du droit moral est également d'une importance cruciale au regard du pouvoir accompagnant l'exercice des prérogatives le caractérisant. Le rôle central des droits patrimoniaux ne devrait jamais faire oublier que le droit moral constitue, comme l'affirme Edelman, un véritable « droit de contrôle »⁶⁹. La puissance des droits moraux, déployée pour sanctionner un usage non autorisé ou irrespectueux de l'œuvre, conduit bien souvent à accompagner la sanction délivrée au titre de l'atteinte aux droits patrimoniaux. La qualification est d'ailleurs la même concernant l'atteinte à ces droits ; la contrefaçon symbolise, d'une certaine manière, la proximité entre droits moraux et droits patrimoniaux. Dans le cadre d'une propriété englobant ces deux droits, pourtant si distincts dans leur nature, le rapprochement entre ces prérogatives est inéluctable. Il en résulte que le droit moral permet d'assurer une maîtrise directe sur la communication de l'œuvre⁷⁰, alors même qu'un tel pouvoir semble relever davantage du champ des droits patrimoniaux⁷¹ car, avant toute chose, la communication est liée à la rémunération. Il est toutefois très difficile d'éviter une telle connexité entre ces deux droits et celle-ci n'est pas nécessairement néfaste, tant que les deux droits demeurent distincts. Il n'en demeure pas moins qu'une juste délimitation des droits moraux s'avère cruciale car de telles prérogatives, au regard de leur faculté de contrôle, pourraient, dans certaines circonstances, neutraliser les droits culturels de l'utilisateur. Dans le même temps, il est indispensable de veiller à ce que le droit moral ne fasse pas l'objet d'une atteinte disproportionnée au regard des objectifs ici poursuivis.

⁶⁸ *Ibidem* : Le droit moral « reste le seul élément, seul lien entre l'auteur, sa création et le public, qui permette de ne pas faire du droit d'auteur un droit qui protège seulement et exclusivement un bien de consommation comme un autre ».

⁶⁹ B. EDELMAN, *La propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 46.

⁷⁰ P. MOURON, *Le droit d'exposition des œuvres graphiques et plastiques*, Thèse, Aix-Marseille, dir. H. ISAR, PUAM, 2013, p. 462 : « il n'y aurait aucune difficulté à admettre que le droit moral et le droit patrimonial donnent à l'auteur une maîtrise sur la communication de son œuvre et non sur l'œuvre en elle-même ».

⁷¹ *Ibidem*, p. 462 : « les considérations pécuniaires liées à l'exercice du droit moral ont déjà jeté le trouble sur sa nature »

403. **Remise en cause partielle des droits moraux de l'auteur.** Les droits moraux de l'auteur, tels que conçus en droit positif, présentent le risque de déséquilibrer le rapport de force entre droits de l'auteur et droits de l'utilisateur. Il est ici préférable d'étudier chacun des droits moraux successivement pour évaluer leur légitimité et leur compatibilité avec les droits fondamentaux culturels dégagés précédemment. Nous aurons cependant besoin de revenir sur la question des droits extrapatrimoniaux à de multiples reprises par la suite. Assurons-nous dans un premier temps de la sauvegarde du droit de paternité, du droit de divulgation et du droit au respect (a), avant de dégrader le droit de repentir et le droit de retrait (b).

a : Sauvegarde du droit de paternité, du droit de divulgation et du droit au respect

404. **Le droit de paternité.** Parmi les droits moraux, le droit de paternité est probablement celui qui se rapproche le plus des droits de la personnalité classiques⁷². Sa légitimité est particulièrement importante dans la mesure où la paternité est le marqueur du lien sacré entre l'œuvre et son auteur. Le caractère naturel de cette prérogative est difficilement attaquant dans la mesure où « la proclamation de la paternité procède d'un droit inné »⁷³. Aussi sûr qu'un fabricant peut apposer son nom sur son produit, l'auteur est en droit de faire savoir que l'œuvre émane de sa personne. Il s'agit, au-delà de tout besoin pécuniaire, d'une reconnaissance qui vient récompenser l'effort créatif de l'auteur. Ne pas reconnaître le caractère intangible de ce droit serait prendre le risque de le voir s'effacer face à d'autres impératifs. Or, si la paternité de l'œuvre ne peut plus être attribuée à l'auteur ou, pire, si elle peut être revendiquée par un autre⁷⁴, l'incitation à la création se voit considérablement réduite dans la mesure où même la gloire, salaire aussi superflu qu'essentiel du créateur, lui échappe. Outre les intérêts de l'auteur, l'exercice du droit de paternité bénéficie au public tout entier : « la protection du nom et de la qualité bénéficie à la collectivité puisque le public est mis en

⁷² J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 192 : « Seul, parmi les droits moraux de l'auteur, le droit à la signature, par lequel est revendiquée la qualité personnelle d'auteur, paraît ressortir logiquement aux droits de la personnalité » ; V. ég. C. CARON, *Le consommateur en droit d'auteur*, Lamy droit des affaires, n° 77, 1^{er} déc. 2004 qui considère que le droit de paternité participe de l'information du consommateur.

⁷³ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 1978, 3^{ème} éd., p. 509.

⁷⁴ J-M. MOUSSERON, « De la propriété comme modèle » in J-M. MOUSSERON, *Inventer*, Centre du droit de l'entreprise, Montpellier, 2001, p. 111 : « en fait, ce droit procure à l'auteur la faculté d'interdire à l'éditeur, ou au cessionnaire du monopole, d'usurper sa paternité lors de l'exploitation de l'œuvre ».

mesure de relier les unes aux autres les œuvres d'un même auteur et par là même d'exercer une critique plus solide et mieux informée »⁷⁵. Le droit de paternité, participant à l'identification de la source, préserve une information capitale : l'identité de l'auteur. L'accès à cette donnée cruciale ne peut être refusé par principe à l'utilisateur, sans pour autant consacrer un droit à connaître l'identité de l'auteur. Il est bien entendu nécessaire que le créateur puisse exercer son droit de paternité comme il l'entend, qu'il publie sous son nom, sous un pseudonyme ou de manière parfaitement anonyme. Ainsi, le droit de paternité, dont le caractère naturel résiste à l'examen, s'avère compatible avec les droits fondamentaux culturels.

405. Le droit de divulgation. Si le droit de paternité apparaît comme le droit le plus légitime de l'auteur, le droit de divulgation, quant à lui, semble être le plus inaltérable. Tout d'abord, notons que l'interdiction de toute divulgation ne ferait aucun sens⁷⁶, notamment au regard des buts poursuivis par les droits littéraires et artistiques. Dans le cadre de droits fondamentaux culturels, la question serait davantage tournée vers une potentielle divulgation forcée de l'œuvre. Il convient toutefois de se rendre à l'évidence : une divulgation contrainte, en plus d'être impossible, est, elle aussi, contraire à la fonction sociale de la matière. Cela s'explique notamment du fait que c'est à l'auteur qu'il revient de choisir à quel moment l'œuvre est considérée comme achevée⁷⁷. Le Droit ne peut légitimement s'emparer de la question car seul le créateur est en mesure et en droit d'y répondre ; d'une certaine manière, le droit de divulgation participe de la liberté d'expression de l'auteur⁷⁸. Tant que l'œuvre n'est pas divulguée, elle demeure sous le contrôle absolu de l'auteur : « un ouvrage non publié n'appartient qu'à l'auteur ; c'est sa méditation parlée ou écrite, sa pensée, son être intellectuel ; c'est lui-même ; l'auteur n'en doit compte à personne, et est maître absolu de le modifier ou de le détruire »⁷⁹. Il faut bien en convenir, le Droit ne peut avoir que des prétentions limitées à régir le droit de divulgation, tant il s'agit d'un pouvoir de fait. L'existence même de l'œuvre peut avoir été cachée par l'auteur, rendant son appréhension par la norme illusoire. Le juriste doit dès lors demeurer modeste dans ses ambitions à l'égard de cette prérogative qui

⁷⁵ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, op. cit., p. 510.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 475 : « Si les œuvres de l'esprit portent le reflet, l'image de ceux qui les ont créées, les créateurs se réalisent, s'achèvent dans leurs créations : interdire à un écrivain ou à un artiste de divulguer l'une de ses œuvres, c'est mettre obstacle à l'épanouissement de sa personnalité, en contrariant sa vocation ».

⁷⁷ *Ibid.*, p. 474 : « L'écrivain ou l'artiste entend conserver la faculté de remanier son ouvrage jusqu'à la divulgation et la liberté de choisir le moment et les modalités de la publication ».

⁷⁸ S. JOLY, « Destin ordinaire du droit de propriété intellectuelle » in J-M. BRUGUIÈRE, N. MALLET-POUJOL et A. ROBIN, *Propriété intellectuelle et droit commun*, PUAM, 2007, p. 359.

⁷⁹ A-C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, op. cit., vol. 1, p. 435.

s'avère naturelle tant au regard de sa légitimité que de son caractère irréductible. Le droit de divulgation, ne se heurtant donc pas frontalement aux droits fondamentaux culturels, est tout à fait compatible, dans sa forme actuelle, avec les droits de l'utilisateur.

406. **Le droit au respect de l'œuvre.** Contrairement au droit de divulgation, la mise en œuvre du droit au respect est bien plus difficile, notamment en raison de la multiplication des usages et de l'explosion du nombre d'œuvres dérivées contrefaisantes. Néanmoins, à sa source, le droit au respect présente une puissante légitimité rattachée à la personnalité de l'auteur. Le droit au respect n'est en effet pas tant tourné vers le respect de l'œuvre en elle-même que vers le respect de l'auteur⁸⁰. Il est nécessaire de veiller au respect de la personnalité de l'auteur, même si celle-ci trouve en partie son siège dans l'œuvre elle-même. Cette prérogative se rapproche beaucoup, comme le droit de paternité, d'un droit de la personnalité classique, puisqu'il trouve sa justification directement dans la personne de l'auteur. Sur le plan théorique, la légitimité du droit au respect apparaît donc sans tâche et la reconnaissance de son caractère naturel ne présente aucune difficulté. Pourtant, en droit positif, le droit au respect, présentant une conception particulièrement extensive, conduit à sanctionner de très nombreux usages dont le caractère dommageable est plus que questionnable. Considérer que toute modification de l'œuvre, minime ou majeure, constitue une contrefaçon, semble excessif. La définition actuelle du droit au respect participe à rendre l'œuvre intangible, ce qui est l'un des buts du droit de la propriété littéraire et artistique. Cependant, interdire et sanctionner l'auteur de toute œuvre dérivée apparaît contraire à la liberté artistique. Pourquoi limiter l'expression de ceux qui sont alors à la fois créateurs et utilisateurs ? En présence du droit de paternité ainsi que d'un droit au respect raisonnablement délimité, l'œuvre première ne risque pas de voir son esprit mis à mal tandis que l'œuvre seconde peut se manifester, sous certaines conditions si nécessaire. L'étendue exacte d'un juste droit au respect sera définie au fur et à mesure de l'élaboration des nouveaux droits de l'auteur et de l'utilisateur. Toujours est-il que ce droit et son caractère naturel sont, dans leur principe, pleinement intégrés. Seule l'étendue du droit au respect, en droit positif, mérite, en définitive, d'être remise en question au profit d'une vision plus pondérée de cette prérogative, ce que nous ne manquerons pas d'étudier par la suite⁸¹.

⁸⁰ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, op. cit., p. 539 : « Son œuvre appelle le respect telle qu'elle est, telle qu'il a voulu qu'elle soit, car, à travers la création, c'est la personnalité du créateur qui reçoit aide et protection ».

⁸¹ V. *infra* n° 682 et s.

407. **Le droit de repentir.** Si droit de retrait et droit de repentir sont traités au même titre à l'article L. 121-4 du CPI, la distinction entre ces deux droits s'avère ici capitale. Lorsque l'auteur exerce son droit de retrait, il exige unilatéralement, auprès de l'éditeur ou du producteur, le retrait de l'œuvre du commerce. Dans le cas du droit de repentir, le créateur se contente de reprendre son œuvre pour la modifier avant d'en livrer une nouvelle version au public. S'agissant de cette dernière prérogative, il n'y a pas d'obstacle à reconnaître qu'il s'agit d'un droit naturel car l'œuvre est porteuse d'un message transmis par l'auteur, et ce dernier est en droit de revenir sur sa parole si ses idées ont changé s'il n'assume pas sa prise de position initiale. Comme le souligne Renouard : « une responsabilité morale, et même légale, s'attache à la publication d'un livre. La plus stricte justice commande de laisser l'auteur maître de l'émission de ses idées : rien ne doit faire obstacle à ce qu'il les reprenne, les complète, les retouche, les modifie »⁸². Il est donc naturel de laisser l'auteur remanier sa création comme il pourrait librement le faire en dehors du champ des droits littéraires et artistiques. Le droit de repentir ne s'inscrit pas en conflit avec les droits culturels de l'utilisateur et constitue d'ailleurs le prolongement de l'acte créateur⁸³. Même le droit d'accéder à la culture ne saurait justifier d'avoir accès aux versions antérieures de l'œuvre, la dernière parole de l'auteur étant celle qui importe et l'œuvre demeurant accessible, même si sa forme se trouve quelque peu modifiée. Par conséquent, le droit de repentir apparaît pleinement légitime et en parfait accord avec les droits fondamentaux culturels.

408. **Justification du droit de retrait.** Le droit de retrait, à la grande différence du droit de repentir, met fin à l'exploitation de l'œuvre et à sa diffusion. Certes, il ne s'agit pas d'un mécanisme conduisant à la disparition immédiate de l'œuvre dans la mesure où les exemplaires disponibles continuent de circuler au sein du marché secondaire, mais son exercice rend l'accès à l'œuvre beaucoup plus difficile. Le droit de retrait trouve une double justification dans le respect de la volonté de l'auteur. D'une part, on considère que le retrait ne peut être refusé à l'auteur dès lors qu'il éprouve le besoin de l'exercer, car, l'œuvre prolongeant sa personne, on ne peut le contraindre à s'exposer. S'il en a honte ou s'il en est las, l'auteur doit

⁸² A.-C. RENOARD, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, op. cit., vol. 1, p. 473.

⁸³ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, *Economica*, 2014, 2^{ème} éd., p. 648 : « Modifier l'œuvre est aussi un acte créateur ».

pouvoir, sans contrainte, faire retirer son œuvre du marché primaire pour soulager sa conscience. Nous le verrons, cet argument, bien que valable, peut être combattu. D'autre part, le droit de retrait serait également justifié par la légitimité de l'auteur à dire ce qui est digne ou non d'être communiqué au public : « les droits de divulgation, de repentir et de retrait ne vont-ils pas dans le sens de l'intérêt du public ? En effet, l'œuvre divulguée (ou retirée) ne satisfait pas (ou plus) son créateur, et l'on peut donc penser qu'elle présente un moindre intérêt culturel »⁸⁴. Ce raisonnement n'emporte toutefois pas la conviction pour les raisons que nous allons à présent décrire.

409. Questionnement du droit de retrait. L'auteur ne peut être laissé pour seul arbitre de l'intérêt de son œuvre ainsi que de son mérite. Trop humble ou timoré, le créateur ayant procédé d'abord à la divulgation de son œuvre pourrait, ensuite, soustraire celle-ci au public alors même qu'elle présente un intérêt artistique et culturel majeur. De plus, ce n'est pas parce que l'œuvre présente un intérêt relatif qu'il faut nécessairement la retirer du marché, ce dernier ayant vocation à accueillir une très grande diversité de créations. Si le droit de retrait ne trouve donc aucun appui sur la base de cette argumentation, qu'en est-il de celle faisant de cette prérogative un outil de contrition au bénéfice de l'auteur ? Ce raisonnement s'avère plus élégant car se fondant parfaitement dans la vision du droit moral comme protecteur de l'auteur à travers son œuvre. Néanmoins, il convient d'admettre que la fin de toute communication de l'œuvre présente une véritable atteinte au droit d'accéder à la culture. Là où le droit de repentir permet de conserver l'œuvre dans l'espace public, le retrait implique la mort lente de la création concernée. Le droit d'accéder à la culture, tel que décrit en amont⁸⁵, entre en opposition avec le droit de retrait. Ce dernier permet en effet à l'auteur de priver la société d'une œuvre dont le contenu n'est plus accessible à tous dans des conditions raisonnables. Le droit de retrait constitue ainsi l'un des marqueurs indiquant que la matière ne prend pas suffisamment en compte les intérêts de l'utilisateur face à l'auteur⁸⁶. Lorsque des droits sont reconnus tant à l'auteur qu'au public, le droit de retrait ne se trouve plus autant justifié qu'il l'était. Comment admettre que tous, ou presque, soient privés de l'accès à une œuvre de l'esprit au seul titre que celui qui en est à l'origine cherche la résipiscence ? Certes, la motivation de l'auteur est ici juste et compréhensible, mais elle ne saurait l'emporter sur l'intérêt de la société dans

⁸⁴ A. ZOLLINGER, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, LGDJ, Thèse, Poitiers, dir. P. GAUDRAT, 2008, p. 343.

⁸⁵ V. *supra* n° 349.

⁸⁶ A-C. RENOARD, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, op. cit., p. 435 : « Par la publication, l'auteur ne demeure plus seul avec sa pensée ; et son œuvre est entrée dans toutes les intelligences auxquelles il en a communiqué l'expression ».

son ensemble, qui voit une partie de son patrimoine lentement périliter, parfois jusqu'à l'oubli total par la disparition de l'ensemble des copies.

410. **Rejet du droit de retrait.** Le droit de retrait fait donc ici l'objet d'un rejet dans son principe même, dès lors que des droits de nature culturelle sont mis en perspective au sein des droits littéraires et artistiques. Une fois l'œuvre délivrée au public, l'auteur ne doit plus pouvoir en empêcher la diffusion au sein de la société⁸⁷. La divulgation correspond à un don de l'œuvre à la communauté : une fois livrée à son regard, elle ne saurait en être soustraite par aucun motif, pas même la honte ou le changement d'humeur de l'auteur⁸⁸. En réalité, l'absence de tout droit de retrait ne fait que magnifier l'acte de divulgation, qui représente alors le choix de l'auteur de confier son œuvre à la postérité. La suppression du droit de retrait ne rend pas pour autant l'auteur étranger à son œuvre ; elle n'est pas de nature à porter atteinte au lien indéfectible existant entre eux, ne serait-ce que par la force qui se dégage des autres droits patrimoniaux qui sont, eux, intacts. De surcroît, une telle disparition du droit de retrait, si elle emporte de nombreuses incidences sur le plan théorique, n'aurait pratiquement aucun effet dans la pratique du droit d'auteur. Rappelons que l'exercice du droit de retrait est conditionné à l'indemnisation du cessionnaire de la part de l'auteur, condition qui rend, sauf cas tout à fait exceptionnel, illusoire l'exercice de cette prérogative⁸⁹. Les montants liés à l'arrêt prématuré de l'exploitation des œuvres de l'esprit sont trop souvent sans commune mesure avec les capacités financières d'un auteur, sauf à ce que ce dernier dispose d'une grande renommée ou d'une importante fortune personnelle. Il en résulte que tous les auteurs ne sont pas égaux devant le droit de retrait⁹⁰, ce dernier ne pouvant, éventuellement, profiter qu'à une part particulièrement négligeable des créateurs. En l'absence de droit de retrait, certains pourraient arguer que l'auteur se trouve victime de sa propre œuvre, qu'il ne peut que désavouer à défaut de la soustraire au regard du public. Il est cependant possible d'objecter que l'auteur disposera toujours du droit de repentir pour modifier son œuvre afin de supprimer les éléments qui, après coup, déplaisent à sa sensibilité. L'auteur ne se trouve donc pas contraint d'assumer des idées, représentations, personnages ou propos dont il aurait honte. Cependant, l'exercice du droit de

⁸⁷ *Ibidem*, vol. 1, p. 437 : « le public a un droit formel à les [les œuvres] conserver dans son domaine ».

⁸⁸ *Ibid.*, vol. 1, p. 454 : « Si l'auteur veut faire connaître sa pensée, il faut absolument qu'il la livre ; cette pensée, une fois livrée, pénètre les intelligences auxquelles elle parvient, non parce que l'auteur y consent, mais par cela seul qu'il l'a émise. [...] Donner et retenir la pensée est une impossibilité, un non-sens ».

⁸⁹ Si l'indemnisation est également exigée dans le cadre de l'exercice du droit de repentir, l'exploitation de l'œuvre se poursuivant, les sommes éventuellement dues par l'auteur sont bien plus raisonnables que dans l'exercice du droit de retrait.

⁹⁰ Rappelons également que, sauf stipulation contraire, les auteurs de logiciels sont privés de tout droit de retrait ou de repentir en vertu de l'article L. 121-7 du CPI.

repentir ne doit pas confiner au droit de retrait, ce qui constituerait un abus de droit. En effet, l'absence de droit de retrait ne saurait être contournée par un exercice très large du droit de repentir par lequel l'auteur viderait l'œuvre de sa substance. Un tel examen appellerait un contrôle attentif du juge, tenant compte de la nature de l'œuvre, sans pour autant dériver vers une appréciation restrictive du droit de repentir.

II : Du droit exclusif au monopole d'exploitation de l'auteur

411. **Distinction entre exclusivité et monopole.** Dans le cadre de la redéfinition à venir des droits patrimoniaux de l'auteur, il s'avère primordial de parfaitement cerner le dispositif encadrant l'exploitation de l'œuvre. La propriété et l'exclusivité totale ayant été rejetées, une issue potentielle réside dans la mise en place d'un simple monopole d'exploitation au profit de l'auteur⁹¹. À première vue, une telle proposition peut sembler étonnante puisque l'exclusivité accordée à l'auteur en droit positif implique un monopole à son profit. Toutefois, il n'est pas acquis que tout monopole soit nécessairement caractérisé par le pouvoir d'exclure les utilisateurs... Là où l'exclusivité se définit comme ce « qui a force d'exclure »⁹², le monopole peut se traduire en un « trafic exclusif en vertu d'un privilège »⁹³. Toutefois, une autre définition du monopole, légèrement différente, peut être proposée : « privilège (de droit ou de fait) dont dispose un individu, une entreprise, ou un organisme public de fabriquer ou de vendre seul certains biens ou certains services à l'exclusion de tout concurrent »⁹⁴. Dans cette dernière acception, le monopole se traduit comme le pouvoir accordé à un seul⁹⁵, là où la première signification retient plutôt le monopole comme un pouvoir d'exclure accordé à l'exploitant. Il en résulte que l'exclusivité peut être entendue de deux manières : pouvoir accordé à un seul et pouvoir d'exclure autrui des utilités du bien. Cette dernière acception est celle que nous avons retenue pour définir l'exclusivité car c'est elle

⁹¹ La possibilité d'une substitution d'un « simple » monopole à la propriété de l'auteur n'est cependant pas une idée nouvelle : Comité de l'association pour la défense de la propriété littéraire et artistique, *La propriété littéraire sous le régime du domaine public payant*, Hachette, 1862, p. 12 : « Monopole, c'est le grand mot qu'on imagine pour se débarrasser de la propriété littéraire ».

⁹² *Dictionnaire Littré*, V. « exclusif ».

⁹³ *Ibidem*, V. « monopole ».

⁹⁴ P. LAROUSSE, *Dictionnaire le petit Larousse*, V. « monopole ».

⁹⁵ Il est également possible de concevoir cette exclusivité comme un pouvoir d'exclure, mais purement restreint à l'exploitation du bien de manière concurrente au titulaire des droits.

qui caractérise la propriété, bien plus que le simple fait que ce droit soit accordé à un unique titulaire. Tenant cette distinction, nous pouvons à présent concevoir deux formes de monopoles.

412. **Distinction entre monopole propriétaire et monopole d'exploitation.**

Le monopole accordé à l'auteur et ses ayants droit, en droit positif, constitue ce que l'on pourrait qualifier de monopole propriétaire. L'expression, *a priori* redondante, demeure cependant admissible dans la mesure où deux types d'exclusivités ont précédemment été dégagées. Ce monopole consiste en une exploitation exclusivement assurée par l'auteur ou son cessionnaire, assortie du pouvoir d'exclure autrui des utilités du bien, en refusant ou orientant la diffusion de l'œuvre auprès d'un certain public. Les deux acceptions de l'exclusivité se manifestent ici cumulativement, permettant l'existence d'un système propriétaire. *A contrario*, un simple monopole d'exploitation⁹⁶ pourrait n'être caractérisé que par le fait que celui-ci n'est accordé qu'à un seul, sans qu'il ne se définisse foncièrement par le pouvoir d'exclure autrui de l'accès au bien et ses utilités. Un tel mécanisme, loin du droit d'auteur tel que conçu actuellement, ne relèverait alors pas d'une logique propriétaire : l'important est ici l'absence de concurrence *ab initio* dans l'exploitation du bien. Cela n'empêche bien entendu pas le titulaire du droit de concéder tout ou partie de son droit à un ou plusieurs exploitants. Ainsi, nous l'avons vu, monopole et exclusivité, dans le sens de pouvoir d'exclure, ne sont pas parfaitement inextricables et peuvent donner lieu à la distinction d'aux moins deux formes de monopoles.

413. **Intérêt d'un simple monopole d'exploitation de l'auteur.** La distinction entre propriété et monopole d'exploitation, si elle semble à première vue peu perceptible⁹⁷, présente un intérêt majeur dans la perspective d'un équilibre du droit de la création immatérielle. Grâce à un monopole présentant un pouvoir d'exclure réduit, l'accès à l'œuvre peut être garanti à l'utilisateur dès la divulgation. Le droit fondamental d'accéder à la culture est alors pleinement effectif et non soumis à la seule volonté de l'auteur. Ce droit d'accès doit s'exercer sur chaque œuvre et non de manière générale pour la simple et bonne raison que les œuvres de l'esprit ne sont pas substituables. La culture de masse et l'accélération du cycle d'exploitation des œuvres poussent à nier cette évidence qui veut que chaque œuvre soit unique et irremplaçable. Priver l'utilisateur de l'accès à une unique œuvre revient directement à amputer l'assiette de son droit et pas simplement à reporter son exercice sur une autre création.

⁹⁶ L'expression « monopole d'exploitation » n'est d'ailleurs mentionnée qu'à une seule reprise dans tout le CPI, à l'article L. 132-19. Ainsi, si le monopole d'exploitation est une formule déjà utilisée, majoritairement en doctrine, rien n'empêche d'en préciser le sens tout en conservant l'expression.

⁹⁷ P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit des biens*, LGDJ, 2021, 9^{ème} éd., p. 83.

414. **Fondement du monopole d'exploitation de l'auteur.** La source du monopole d'exploitation accordé à l'auteur, si elle se situe en partie dans l'acte de création, trouve également son siège dans l'intérêt général. En effet, le public constitue ici un facteur essentiel puisque « l'intérêt général est consubstantiel à la définition même du monopole et à sa durée »⁹⁸. Au fond, ce sont tant les droits de l'auteur que de l'utilisateur qui justifient la mise en place de ce monopole. Cette conception est parfaitement adaptée aux droits culturels tels que présentés puisque le monopole d'exploitation, tout en ne relevant pas d'une logique propriétaire, participe pleinement de la théorie des droits-fonctions. Ménageant un accès à l'œuvre au profit de l'utilisateur, tout en maintenant le créateur en mesure de tirer profit sans concurrence de son œuvre, le monopole d'exploitation présente des avantages non négligeables.

415. **Vers une exploitation forcée de l'œuvre au bénéfice de l'utilisateur ?** Il faut toutefois bien l'admettre, une telle conception porte nécessairement atteinte aux droits patrimoniaux dans leur forme en vigueur. Privé du pouvoir d'exclure l'utilisateur de l'usage de son bien, l'auteur se trouve contraint de procéder à l'exploitation de son œuvre⁹⁹ dès l'instant où il l'a divulguée. Cette obligation d'exploitation, certes cantonnée aux besoins de l'utilisateur, porte nécessairement atteinte à la liberté contractuelle de l'auteur qui ne peut plus opposer aucun refus concernant l'accès à sa création, même si une rémunération accompagne ledit accès. Le créateur pourrait être tenté de s'opposer purement et simplement à l'application du régime restrictif du monopole d'exploitation, ce à quoi il faudrait impérativement répondre par la mise en œuvre d'une licence non volontaire, permettant, à titre exceptionnel, l'exploitation de l'œuvre par l'intermédiaire d'un tiers. Se dessine alors une généralisation potentielle de la licence légale et de la licence obligatoire, souvent perçues comme une « boîte de Pandore »¹⁰⁰ en droit d'auteur. Bien que très coercitif, ce modèle permet de concilier les objectifs poursuivis par les droits littéraires et artistiques, tout en étant parfaitement prévisible pour l'auteur. De plus, une telle mesure n'est pas de nature à dissuader la divulgation puisque, grâce au numérique et aux sociétés de gestion collective, la mise en œuvre de cette obligation d'exploitation sera souvent aisée. Il est important de noter que l'obligation d'exploitation ne pourrait raisonnablement consister en une mise à disposition de copies physiques de l'œuvre. Une telle obligation ferait peser un grand risque sur l'auteur, contraint de procéder à de lourds

⁹⁸ V-L. BENABOU, « L'abus de droit peut-il servir l'intérêt général ? » in M. BUYDENS et S. DUSOLIER, *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, 2008, p. 223.

⁹⁹ L'auteur est bien entendu libre de mettre son œuvre à disposition à titre gratuit mais, l'exploitation commerciale occupant une place importante, nous parlerons d'exploitation forcée et non de mise à disposition forcée.

¹⁰⁰ C. CARON, « Quand rôde le fantôme de la licence obligatoire », note sous CA Paris, 4^{ème} ch., sect. B, 13 oct. 2000, SARL Substantifique moelle c/ Sté Polygram, CCE, n° 12, déc. 2000, com. 127.

investissements tout en ignorant si l'œuvre connaîtra le succès. C'est pour cette raison que l'obligation d'exploitation ne peut s'exercer que par la mise à disposition de copies numériques présentes sur Internet afin d'en faciliter l'accès au public. Que l'auteur mette l'œuvre à disposition directement sur un site internet personnel, qu'il se regroupe avec d'autres artistes ou qu'il fasse appel aux services d'une société de perception et de redistribution des droits, le coût de la mesure sera particulièrement faible. De surcroît, pour les artistes qui recourent à la gestion collective, l'obligation d'exploitation serait sans effet perceptible. D'un certain point de vue, la rétribution liée à l'œuvre serait alors moins le fruit d'une propriété que d'un revenu comparable à la rémunération équitable au profit des titulaires de droits voisins en matière de phonogramme, bien que la méthode de répartition des revenus soit nécessairement différente.

416. Une adaptation du monopole d'exploitation à la nature de l'œuvre ?

L'obligation d'exploitation doit-elle jouer pour tous les biens et de façon identique ? Plusieurs remarques peuvent ici être formulées en faveur d'une distinction de la nature de l'œuvre concernée. À titre d'exemple, l'intérêt culturel attaché à une notice de machine à laver est plus que relatif. Garantir l'accès à cette œuvre et à l'ensemble des petites monnaies du droit d'auteur semble alors peu opportun si l'on se base sur ce fondement. Une obligation d'exploitation applicable à toute œuvre sans distinction ne semble, dès lors, pas exempte de critique. Envisageons donc un instant un modèle prenant en compte la nature de l'œuvre comme critère d'application de l'obligation de mise à disposition de l'œuvre. Un tel système ne pourrait se passer d'un critère essentiel permettant de distinguer entre les œuvres sujettes au monopole d'exploitation et les autres œuvres se voyant appliquer une forme de monopole propriétaire à l'instar du droit positif. Un tel critère pourrait être à rechercher dans l'intérêt culturel attaché à l'œuvre de l'esprit.

417. Rejet de l'intérêt culturel de l'œuvre comme condition du monopole d'exploitation. L'intérêt culturel est un élément caractéristique permettant de qualifier le bien culturel tel qu'appréhendé par le droit du patrimoine. Cet intérêt culturel habite les biens présentant un intérêt historique, esthétique, scientifique ou artistique¹⁰¹. L'important est ici que toute œuvre de l'esprit ne sera pas nécessairement affublée d'un intérêt culturel, ce critère se distinguant de l'originalité. *Exit* donc les notices, objets purement fonctionnels et autres éléments accessoires à de simples biens de consommation ne présentant aucune valeur

¹⁰¹ M. CORNU, *Le droit culturel des biens : l'intérêt culturel juridiquement protégé*, Thèse, Paris II, dir. D. TALLON, Bruylant, 1996, p. 15.

strictement culturelle. Un tel raisonnement conduit dès lors à apprécier la valeur culturelle d'une œuvre, ce qui n'est pas chose aisée et, pour certains, ne relève même pas de la compétence du législateur ou du juge¹⁰². Apparaissent alors les limites d'une appréciation de l'étendue du monopole en fonction de la nature de l'œuvre. Si l'intérêt culturel se trouve circonscrit à un certain type d'œuvre et qu'un examen s'impose quant à la définition de cet « intérêt », une bascule s'opère vers une appréciation de la forme et du mérite de l'œuvre. Or, tout commentateur pourra ici s'opposer légitimement à une atteinte inadmissible aux principes fondateurs du droit de la création immatérielle. Il apparaît ainsi peu opportun d'importer le critère de « l'intérêt culturel » pour en faire un tel usage au sein de la matière étudiée. De même, tout critère tendant à distinguer selon la nature de l'œuvre se heurterait inévitablement aux mêmes écueils, raison pour laquelle il convient d'appliquer le régime du monopole d'exploitation à toute œuvre sans distinction. Au fond, que les petites monnaies soient concernées par le dispositif ne présente pas une véritable difficulté, tant que le droit de la création immatérielle se trouve préservé d'un schisme. En réalité, ces problématiques trouvent leur siège, semble-t-il, au sein de la conception – trop – extensive de l'originalité¹⁰³.

418. Une délimitation insatisfaisante de l'œuvre de l'esprit. La reconnaissance de droits culturels sur l'ensemble des œuvres de l'esprit semble, *a priori*, peu opportune. En effet, il n'existe objectivement aucun intérêt culturel à connaître la forme d'un boulon ou le contenu de la notice d'une machine à laver. À notre sens, toute œuvre de l'esprit devrait intrinsèquement présenter une forme d'intérêt culturel¹⁰⁴. Il en résulte que l'appréciation extrêmement large de l'originalité est avant tout un vice inhérent au droit positif¹⁰⁵ et non un défaut propre à l'approche en termes de droits fondamentaux culturels. L'intégration de droits fondamentaux

¹⁰² *Ibidem*, p. 272.

¹⁰³ J.-M. BRUGUIÈRE, « Propriété intellectuelle et choses communes » in J.-M. BRUGUIÈRE, N. MALLET-POUJOL et A. ROBIN, *Propriété intellectuelle et droit commun*, PUAM, 2007, p. 43 : « Les critères de l'accès à la protection, l'originalité dans le droit d'auteur, la nouveauté dans le droit des brevets sont interprétés de manière bien laxiste ».

¹⁰⁴ Sur ce point, la relation entre œuvre de l'esprit et intérêt culturel se trouve, de façon tout à fait intéressante, actée par la juridiction constitutionnelle allemande : Tribunal constitutionnel fédéral allemand, 1 BvR 1585/13, 31 mai 2016, *Kraftwerk*, (*Propr. Intell.*, 2016, n° 61, p. 457, obs. A. LUCAS), n° 104 : « La protection des petites et très petites monnaies par un droit d'auteur accessoire, qui au fil du temps pourrait rendre l'utilisation de l'inventaire culturel encore plus difficile voire impossible, n'est en aucun cas requise par la Constitution » ; V. ég. D. GERVAIS, *La notion d'œuvre dans la Convention de Berne et en droit comparé*, Thèse, Nantes, dir. A. LUCAS, Librairie Droz, 1998, p. 207 : « Qui dit créativité dit aussi culture, car les œuvres littéraires et artistiques sont le reflet par excellence des aspects intellectuels d'une civilisation, c'est-à-dire sa culture ».

¹⁰⁵ A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 2017, 5^{ème} éd., p. 159 ; V. ég. S. CARRE, *L'intérêt du public en droit d'auteur*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, 2004, t. 1, p. 184 ; V. ég. T. REVET, *La force de travail, étude juridique*, Thèse, Montpellier, dir. B. TEYSSIE, Litec, 1992, p. 512 : « le législateur n'ayant pas mis la barre aussi haut – tant l'aptitude spontanée à créer a quelque chose de sur-humain – l'originalité souffre l'absence de génie du créateur ».

culturels relatifs à l'intégralité des œuvres de l'esprit serait effectivement bien plus naturelle si le critère d'originalité permettait d'exclure les petites monnaies du droit d'auteur. Un droit de la création immatérielle recentré vers de véritables œuvres du génie humain, et non sur de simples productions techniques, gagnerait par là même en cohérence et en légitimité¹⁰⁶. Certes, une telle vision impliquerait de renoncer à certains principes fondateurs du droit de la propriété littéraire et artistique, mais cette dernière ne pourrait qu'en sortir renforcée. Le principe de l'unité de l'art mériterait ainsi de faire l'objet d'une approche renouvelée en vue d'une restructuration du droit de la création immatérielle¹⁰⁷. Nous ne prétendons toutefois pas, dans le cadre de la présente démonstration, apporter de réponse ou de critère miracle permettant de régler cette difficulté majeure, depuis longtemps discutée au sein de la doctrine. Retenons, en définitive, que notre modèle, faisant peser des droits culturels sur l'ensemble des œuvres de l'esprit, tend naturellement à restreindre l'interprétation du critère d'originalité, mouvement déjà en cours au sein du droit positif¹⁰⁸.

419. La nécessité d'un recours raisonnable aux mesures techniques de protection. La mise en œuvre d'une exploitation forcée des œuvres ne doit pas être limitée par l'utilisation de mesures techniques de protection. De tels dispositifs techniques, qui présentent une faible efficacité dans la lutte contre la contrefaçon, portent le risque de limiter l'accès à l'œuvre pour l'utilisateur¹⁰⁹. Ces mécanismes défensifs représentent naturellement une menace puisque, avec eux « la décision d'accorder l'accès à une œuvre à des tiers est transférée aux industries culturelles et donc aux exploitants qui se dotent de cette manière de leur propre ordre

¹⁰⁶ A. BENSAMOUN, « La protection de l'œuvre de l'esprit par le droit d'auteur : "qui trop embrasse mal étreint" », *D.*, 2010, p. 2919 : « Tout ce que l'œuvre gagne en superficie, elle le perd en cohérence et le droit en sécurité juridique » ; V. ég. N. MIKAELIAN, *La mutation des droits d'auteur dans l'environnement numérique : l'émergence d'un droit d'accès*, Thèse, Nice, dir. G. GOURDET, 2004, p. 407 : « À force de faire entrer dans le champ de la propriété littéraire et artistique des œuvres dont l'originalité relève davantage du domaine de la technique que de celui de l'artistique, on dénature le droit d'auteur qui ne protège plus des créations, mais des produits issus des nouvelles technologies et surtout il contribue à l'éclatement de la matière qui perd toute unité, toute cohérence ».

¹⁰⁷ P. GAUDRAT et M. VIVANT, « Marchandisation » in M. VIVANT, *Propriété intellectuelle et mondialisation, La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Dalloz, 2004, p. 35 : Sur le principe de l'unité de l'art : « bien fondée, la règle fut néanmoins progressivement détournée en une interdiction d'apprécier l'originalité, voire de qualifier. En effet, "constater l'originalité" ou "accueillir une création dans la catégorie des œuvres", c'est dire pour droit qu'elle mérite d'être protégée. En jouant sur cette ambiguïté, tout magistrat qui se hasarde à dénier l'originalité d'un objet industriel, est soupçonné d'en avoir apprécié le mérite ».

¹⁰⁸ L. MARINO, « L'œuvre de l'esprit : l'originalité, critère discriminant ? » in A. BENSAMOUN, F. LABARTHE et A. TRICOIRE, *L'œuvre de l'esprit en question(s) : un exercice de qualification*, Mare et martin, 2015, p. 108.

¹⁰⁹ V-L. BENABOU, « Puiser à la source du droit d'auteur », *RIDA*, n° 192, avr. 2002, p. 61 : « Supprimer le monopole de l'auteur ne libérerait pas pour autant l'accès aux œuvres qui resterait fonction des protections techniques déployées sur les supports par ceux qui en ont la possession ».

juridique »¹¹⁰. Ces outils *ultra legem*¹¹¹ deviennent alors un verrou empêchant de potentielles utilisations légitimes de la part du public¹¹². Il en résulte que la disparition de la propriété exclusive de l'auteur, ne devant être compensée par aucun moyen détourné, ne doit pas accompagner le règne des mesures techniques de protection. Si ces dernières ne doivent pas être interdites par principe, il doit être prévu que leur présence ne doit pas porter atteinte aux droits de l'utilisateur.

420. Une construction privée de sa clé de voute. L'ébauche de nouveaux droits littéraires et artistiques étant posée, l'on constate que le modèle proposé est, par certains aspects, bien loin du modèle propriétaire que constitue le droit d'auteur. En l'absence d'exclusivité totale et de propriété, que reste-t-il de la propriété littéraire et artistique alors même que l'auteur se trouve tributaire d'une obligation d'exploiter son œuvre dans certaines hypothèses ? Comment assurer la cohérence des droits littéraires et artistiques alors même que le droit moral fait l'objet d'une remise en cause partielle ? Se dessine ainsi un profond bouleversement du droit de la propriété littéraire et artistique, laissant place à une inquiétude non dissimulée concernant le sort du protagoniste essentiel en la matière : l'auteur...

Section II : Le bouleversement du droit de la propriété littéraire et artistique

421. Un changement de repères s'accompagnant d'une perte de valeurs ? Avec la remise en cause de la propriété, la redéfinition du monopole de l'auteur et l'atteinte au droit de repentir, la question peut se poser de savoir si les droits fondamentaux culturels n'entraînent pas une perte des valeurs du droit d'auteur. Les fondamentaux de la matière se trouvent ici profondément remis en cause, ce qui peut suggérer une perte des repères propres à la propriété littéraire et artistique. Il faut le concéder, selon les termes de notre proposition, le droit d'auteur

¹¹⁰ R. HILTY, « L'avenir du droit d'auteur dans le "dilemme numérique" », *RLDI*, n° 1, 1^{er} janv. 2005 ; V. ég. C. BERNAULT, « La tentation d'une régulation technique du droit d'auteur », *RLDI*, n° 15, 1^{er} avr. 2006 : « imposer le recours à des DRM qui se trouvent aux mains d'opérateurs privés reviendrait en effet à favoriser l'émergence de nouvelles autorités "autodésignées" qui, grâce à leur maîtrise de la technique, pourraient ainsi imposer leur "loi" ».

¹¹¹ F. MACREZ, *Créations informatiques : bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, Litec, 2011, p. 120.

¹¹² B. GALOPIN, *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, Thèse, Paris XI, dir. P. SIRINELLI, IRPI, 2012, p. 365 : « Le danger est grand d'une reconstitution de monopoles en dehors des bornes précisément délimitées par le législateur, d'autant plus que les mesures techniques sont fréquemment apposées, non par l'auteur, mais par un industriel ».

ne peut plus se présenter en tant que propriété littéraire et artistique. Le terme même de droit d'auteur apparaît réducteur puisqu'il n'intègre pas les droits de l'utilisateur. Quelle que soit la forme prise par les droits qui seront reconnus à l'auteur et l'utilisateur dans ce nouveau modèle, la matière se trouve bouleversée et demande des modifications substantielles, dont la validité, au regard notamment des traités internationaux, semble pour le moins sujette à caution. De surcroît, la propriété littéraire et artistique n'est pas la seule à faire les frais de la reconnaissance de droits fondamentaux culturels ; le statut et la place de l'auteur apparaissent plus que jamais précaires face à une redéfinition de ses prérogatives. Toutefois, cet affaiblissement du rôle de l'auteur est déjà largement perceptible en droit positif où, progressivement, « les centres d'intérêts initiaux, constitués par l'auteur, ont perdu de leur importance au profit de l'œuvre, produit d'un enjeu économique »¹¹³. L'avenir du créateur semble donc loin d'être radieux à première vue. Nous dresserons en conséquence le constat d'une désacralisation manifeste de l'auteur (§1), avant de mettre en évidence en quoi le modèle des droits littéraires et artistiques s'inscrit à contre-courant de la propriété littéraire et artistique (§2).

§1 : Une désacralisation manifeste de l'auteur

422. **L'auteur, acteur principal délaissé...** Dans le processus créatif, l'auteur est bien entendu le protagoniste central et indispensable à l'émergence de nouvelles œuvres ; dans sa main naissent des droits dont la durée dépendra de sa propre longévité. Malgré cette place centrale, l'auteur semble être de plus en plus délaissé, voire instrumentalisé en droit positif, alors même que ses droits tendent paradoxalement à se renforcer¹¹⁴. La perspective de voir disparaître sa propriété ne faisant qu'aggraver ce constat, des remèdes à la réduction du rôle de l'auteur doivent être trouvés afin que notre modèle, tout en rompant avec l'approche purement personnaliste, empêche une trop forte désacralisation de l'auteur.

¹¹³ J. INGBER, « Droit d'auteur et OMC : de l'exception culturelle à l'actualité juridique », *Legicom*, 2001/2, n° 25, p. 47.

¹¹⁴ A. LUCAS, « L'intérêt général dans l'évolution du droit d'auteur » in M. BUYDENS et S. DUSOLIER, *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, 2008, p. 91 : « Il ne faut donc pas s'en tenir à l'opposition artificielle entre exploitants et utilisateurs, pour se demander s'il y a trop de droit d'auteur. Il faut poser ouvertement la question de la place de l'auteur, et alors on est plutôt conduit à penser qu'au contraire, il n'y a pas assez de droit d'auteur ».

Nous examinerons donc ici par quels vecteurs se manifeste la désacralisation du créateur (I), pour, ensuite, envisager de potentiels palliatifs à cette désacralisation (II).

I : Les manifestations de la désacralisation du créateur

423. Repli de l'auteur face à l'utilisateur. Les revendications du public sur les œuvres de l'esprit sont de plus en plus fortes avec le temps, en témoignent nos premiers développements sur la question. De fait, le créateur perd nécessairement en importance dès lors qu'il intervient dans un véritable « marché de la culture »¹¹⁵ où les œuvres ont tendance à se rapprocher de biens de consommation comme les autres. Ce repli du rôle de l'auteur face à l'utilisateur est donc déjà acquis en droit positif, mais l'existence de droits au profit du public risque d'aggraver cette situation. La mise en œuvre de droits fondamentaux culturels, plaçant auteur et utilisateur dans un rapport de force comparable, tendrait nécessairement à relativiser le rôle du créateur. N'étant plus toujours maître de la totalité des utilités de son bien, devant composer avec les droits d'un utilisateur aux intérêts parfois antagonistes, l'auteur doit plus que jamais batailler pour obtenir le respect de ses droits. Pour autant, l'utilisateur n'est pas le protagoniste qui devrait susciter le plus la méfiance de l'auteur...

424. L'auteur, partie faible dans les rapports contractuels. La principale pression s'exerçant sur l'auteur émane en effet non de l'utilisateur, mais bien plus du producteur¹¹⁶. Ce dernier est souvent considéré comme le bénéficiaire effectif des droits patrimoniaux de l'auteur, puisqu'il en est presque systématiquement le cessionnaire exclusif¹¹⁷. Le droit d'auteur apparaît ainsi avant tout comme un droit des exploitants¹¹⁸, portant atteinte au caractère sacré

¹¹⁵ A-E. KAHN, « Circulation des œuvres en ligne et consommateur : guerre ou paix ? », *Lamy droit des affaires*, n° 77, 1^{er} déc. 2004 : « On assiste ainsi à la création d'un "marché de la culture" avec comme clé de voûte le droit exclusif des producteurs, le recul des prérogatives des créateurs et interprètes et la prise en compte plus importante des intérêts des consommateurs ».

¹¹⁶ C. GEIGER, « L'avenir des exceptions au droit d'auteur, observations en vue d'une nécessaire adaptation et harmonisation du système », *JCP G*, n° 47, 23 nov. 2005, doctr. 186 : « Construire une opposition systématique entre auteur/public, comme le font parfois certains, c'est oublier qu'antérieurement à 1957, l'opposition se situait avant tout entre l'auteur et l'exploitant ».

¹¹⁷ C. GEIGER, « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », *D.*, 2010, p. 510 : « Les droits de propriété intellectuelle ont tendance à être de plus en plus dissociés des créateurs au profit des grandes entreprises qui en sont perçues comme les réels bénéficiaires » ; V. ég. C. GEIGER, « Les droits fondamentaux, garanties de la cohérence du droit de la propriété intellectuelle ? », *JCP G*, n° 29, 14 juill. 2004, doctr. 150 : « Justifiés en grande partie par l'intérêt général, les droits de propriété intellectuelle sont de plus en plus fréquemment considérés dans l'opinion publique comme des armes illégitimes aux mains d'industriels sans vergogne ».

¹¹⁸ M-A. CHARDEAUX, « Le droit d'auteur et Internet : entre rupture et continuité », *CCE*, n° 5, mai 2011, ét. 10 : « Ce n'est pas un droit de propriété au sens classique du terme et c'est rarement un droit de l'auteur. C'est plutôt

de la matière et à l'équilibre censé régner en son sein¹¹⁹. Le créateur est alors materné par le droit de la propriété intellectuelle, qui tente tant bien que mal de sauvegarder son rôle. La valeur de l'œuvre est donc largement captée par le producteur ou l'éditeur dont l'intérêt est de limiter la rétribution de l'auteur au strict nécessaire¹²⁰. La faible rémunération des auteurs et notamment le *value gap* en matière de phonogrammes sont les marqueurs flagrants de la faiblesse du créateur dans les rapports contractuels¹²¹. Face à des industries extrêmement concentrées, le créateur ne dispose que d'un pouvoir de négociation limité¹²². Pour l'écrasante majorité des créateurs, le contrat de cession de droits d'auteur a très rapidement glissé d'un contrat de gré à gré à un pur contrat d'adhésion. Dans ces conditions, l'allongement de la durée des droits patrimoniaux, la reconnaissance extensive de l'originalité et l'approche restrictive vis-à-vis des limites au droit d'auteur n'ont qu'un faible impact sur le sort du créateur¹²³ et bénéficient davantage aux cessionnaires. Il ne s'agit toutefois pas de forcer le trait ; l'auteur, si sa situation se présente comme délicate, dispose toujours d'un revenu lorsque son œuvre se trouve commercialisée¹²⁴. De plus, une prise de conscience de ce phénomène existe de sorte que, à l'échelle européenne, la directive relative au droit d'auteur dans le marché numérique a mis en place une forme de clause de *hardship* au profit de l'auteur en cas de rémunération sans commune mesure avec le succès de l'œuvre¹²⁵. La logique est strictement identique lorsque

un droit des exploitants : producteurs et éditeurs. C'est leur manque à gagner qui est en jeu avec Internet, bien plus que celui des auteurs ».

¹¹⁹ P. GAUDRAT et M. VIVANT, « Marchandisation » *op. cit.*, p. 41 : « C'est cet équilibre [entre intérêts du créateur, de l'exploitant et du public] que récusent, aujourd'hui, les investisseurs, quand ils veulent reconstruire le mécanisme propriétaire autour de leurs seuls intérêts, les créateurs étant rendus à la noble fonction de travailleurs en charge de nourrir la production et le public, à celle de consommateurs, destinés à nourrir leur clientèle ».

¹²⁰ P. GAUDRAT, « Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la "société de l'information", *RTD com.*, 2003, p. 302 : « les créatifs, dépositaires d'un trésor dont il convient qu'ils n'aient surtout pas conscience [...], deviennent très opportunément des incapables majeurs confiés à la tutelle bienveillante et avisée des producteurs ».

¹²¹ J. GINSBURG, « L'avenir du droit d'auteur : un droit sans auteur ? », *CCE*, n° 5, mai 2009, ét. 10 : « Mais trop souvent, en réalité, les auteurs, ni ne contrôlent ni ne reçoivent beaucoup de bénéfices économiques de leurs œuvres, notamment aux États-Unis. La plupart des auteurs sont les parties faibles aux contrats ».

¹²² C. CARON, « Le droit d'auteur et les gens : petit abécédaire d'un divorce » in M. VIVANT (en l'honneur de), *Penser le droit de la pensée : mélanges en l'honneur de Michel Vivant*, dir. J.-M. BRUGUIÈRE et C. GEIGER, LexisNexis et Dalloz, 2020, p. 75 : « il est bien difficile pour l'auteur de faire une guerre juridique à ceux qui le font vivre, sauf à subir une véritable excommunication » ; V. ég. N. MIKAELIAN, *La mutation des droits d'auteur dans l'environnement numérique : l'émergence d'un droit d'accès*, *op. cit.*, p. 453 : « il n'est pas en mesure, s'il ne bénéficie pas d'une notoriété établie, de négocier les dispositions de son contrat et n'a pas d'autres choix que celui d'accepter les conditions de l'éditeur s'il désire être édité ».

¹²³ J. GINSBURG, « L'avenir du droit d'auteur : un droit sans auteur ? », *CCE*, n° 5, mai 2009, ét. 10 : « Un monopole plus fort ne favorise pas les auteurs si les auteurs n'y participent pas ».

¹²⁴ V.-L. BENABOU, « Puiser à la source du droit d'auteur », *RIDA*, n° 192, avr. 2002, p. 73 : « La transmission du droit d'auteur au cessionnaire – qui n'est pas étrangère au droit français pour les droits pécuniaires – ne laisse pas le premier démunir au profit du second ».

¹²⁵ Directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, avr. 2019, art. 20.

l'auteur se trouve en droit de résilier le contrat en cas d'exploitation insuffisante de l'œuvre cédée¹²⁶. La précarité du statut de l'auteur ne se manifeste cependant pas uniquement dans les modalités de sa rémunération.

425. Assimilation critiquable de l'auteur à un travailleur intellectuel.

L'idée selon laquelle l'auteur ne serait qu'un simple travailleur intellectuel se répand progressivement à mesure que l'œuvre est assimilée à un bien consommable¹²⁷. La désacralisation de l'œuvre accompagne alors celle de l'auteur¹²⁸ qui, apportant la matière première littéraire et artistique au producteur, se trouve comparé à un « simple fournisseur »¹²⁹. Certes, l'idée d'un travail est consubstantielle à la qualité d'auteur car participant de la caractérisation de l'originalité¹³⁰. Toutefois, bien au-delà, certains appellent à une approche réaliste du droit d'auteur, n'hésitant pas à qualifier de salaire les droits perçus par l'auteur¹³¹. Cette approche n'est pas totalement dépourvue de fondement au regard de la situation actuelle de l'auteur, mais également au regard de l'évolution du droit d'auteur à travers le temps. Impossible de ne pas évoquer ici le projet de loi de Jean Zay qui voyait dans l'auteur un « travailleur intellectuel »¹³², approche auparavant envisagée par Renouard¹³³. Si cette théorie contractualiste¹³⁴ du droit d'auteur peut sembler séduisante dans la perspective d'un partage des utilités de l'œuvre entre l'auteur et l'utilisateur, elle n'emporte toutefois pas notre conviction. Il n'est pas souhaitable d'assimiler, même sur le simple plan sémantique, l'auteur au salarié ; un tel rapprochement ne tendrait qu'à relativiser l'originalité et le mérite de l'auteur, éléments pourtant indéniables. Ajoutons qu'il n'est pas nécessaire d'assimiler l'auteur à un travailleur

¹²⁶ N. MAXIMIN, « Transposition de la directive “droit d'auteur, droits voisins à l'ère numérique”, *Dalloz IP/IT*, 2021, p. 304.

¹²⁷ R. ALCARAS, « La protection des droits de propriété peut-elle favoriser la création culturelle ? » in J-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et culture*, Dalloz, 2007, p. 60 : « Lorsqu'on remplace la création culturelle par la production culturelle, on transforme inéluctablement les artistes en travailleurs, ce qui les place alors dans une logique de subordination et d'hétéronomie, qui ne peut que limiter leurs capacités créatives ».

¹²⁸ A-E. KAHN, « Circulation des œuvres en ligne et consommateur : guerre ou paix ? », *op. cit.* : « Au fil du temps et avec le développement des nouvelles technologies, la place de l'auteur a changé, l'œuvre et son auteur sont de moins en moins sacralisés ».

¹²⁹ N. MIKAELIAN, *La mutation des droits d'auteur dans l'environnement numérique : l'émergence d'un droit d'accès*, *op. cit.*, p. 462.

¹³⁰ T. REVET, *La force de travail, étude juridique*, *op. cit.*, p. 506

¹³¹ E. PIERRAT, « Une utopie en forme de négation du droit d'auteur », *Le débat*, 2001/5, n° 117, p. 51 : « faussement naïf celui qui, de sa chaire, ose nier le fait que le droit d'auteur est une forme de salaire de l'auteur ».

¹³² Projet de loi sur le droit d'auteur et le contrat d'édition, présenté au nom de M. Albert Lebrun, par M. Jean Zay et par M. Marc Rucart lors de la séance du 13 août 1936.

¹³³ A-C. RENOARD, *Traité des brevets d'invention*, éd. Guillaumin, 1844, p. 18 : « ce qui me paraît être la vérité c'est qu'ils [les auteurs] sont des travailleurs qui ont des droits, et qui traitent et contractent avec la société, laquelle a ses droits aussi ».

¹³⁴ Contractualiste en ce qu'il existerait une forme de contrat social entre l'auteur et le public. Cette vision est ainsi foncièrement opposée à l'analyse propriétaire.

pour équilibrer les forces en jeu en matière de création, la reconnaissance de droits culturels étant suffisante à cette fin. Il est possible de conserver une approche sacrée de l'auteur, sans tomber dans une vision exclusivement sociale, dépassant et trahissant la vision utilitariste du fait de son excès. Considérer l'auteur comme un travailleur consiste à traiter les droits littéraires et artistiques dans une approche très proche de celle du droit du travail¹³⁵. Dès lors, la matière perdrait une bonne partie de sa spécificité, tout son attrait, toute sa magie... Nous continuerons donc à distinguer auteur et travailleur pour ne pas précipiter la disparition des caractères essentiels des droits littéraires et artistiques. Notons également que, au fond, la meilleure manière de lutter contre le rapprochement entre condition de l'auteur et du travailleur réside dans une plus grande exigence dans la caractérisation de l'originalité¹³⁶. Plus cette dernière formera un critère exigeant, moins les créations à faible intérêt littéraire ou artistique, résultant en définitive d'une exécution purement technique, seront couvertes par le droit d'auteur.

426. Les droits patrimoniaux de l'auteur, des droits à céder. En droit de la propriété littéraire et artistique, les droits patrimoniaux de l'auteur ne sont pas conçus comme devant rester dans la main de celui qui a donné lieu à leur création. La matière est en effet marquée par une dynamique qui veut que les droits patrimoniaux ne constituent qu'une monnaie d'échange mise entre les mains de l'auteur. Ce droit a alors vocation à être cédé au profit des producteurs ou éditeurs, moyennant une juste rémunération, en principe proportionnelle, au bénéfice de l'auteur. Cette cession, encadrée par la loi, se trouve profondément ancrée historiquement¹³⁷ et tend aujourd'hui à se renforcer tenant la concentration des moyens de production aux mains d'entreprises puissantes, telles les *majors* dans le secteur du phonogramme. Il n'est que de très rares cas de figure dans lesquels l'auteur est en mesure de conserver la titularité de ses droits patrimoniaux tout en déléguant l'exploitation de l'œuvre ou en l'exploitant personnellement¹³⁸. Parfois même, et cela par commodité, la cession des droits

¹³⁵ M. XIFARAS, *La propriété : étude de philosophie du droit*, Thèse, Besançon, dir. R. DAMIEN, PUF, 2004, p. 393 : « Un trop franche assimilation des auteurs au travailleurs conduirait en effet à réduire à néant la distinction de la création intellectuelle et de la production matérielle, des honoraires et du salaire, du mandat et du contrat de louage ».

¹³⁶ P. GAUDRAT et M. VIVANT, « Marchandisation » in M. VIVANT, *Propriété intellectuelle et mondialisation, La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Dalloz, 2004, p. 35 : « moins on exige d'empreinte personnelle, plus il devient difficile de l'identifier. Comme rien ne se fait sans travail, si l'on n'est pas extrêmement vigilant sur l'exigence d'originalité, on en vient inévitablement à protéger au titre des créations ce qui n'est que le fruit d'un travail ».

¹³⁷ P. GAUDRAT, « Les modèles d'exploitation du droit d'auteur », *RTD com.*, 2009, p. 334 : « les libraires de Paris, au XVIII^e siècle, ont soutenu la propriété des auteurs à condition de se la faire transmettre ».

¹³⁸ C. CARON, « Le droit d'auteur et les gens : petit abécédaire d'un divorce » in M. VIVANT (en l'honneur de), *Penser le droit de la pensée : mélanges en l'honneur de Michel Vivant*, dir. J.-M. BRUGUIÈRE et C. GEIGER,

fera l'objet d'une présomption simple, comme c'est le cas en droit audiovisuel ou en matière publicitaire¹³⁹, renforçant l'idée selon laquelle ces droits patrimoniaux sont initialement conçus comme des droits à céder.

427. Avantages et justifications d'un recours systématique à la cession.

Avant d'évoquer les effets néfastes d'un recours quasi systématique à la cession des droits de l'auteur, il convient de lui reconnaître certains avantages. Favoriser le transfert des droits patrimoniaux¹⁴⁰, bien que fragilisant le caractère personnel du droit¹⁴¹, permet effectivement de maximiser les profits liés à l'exploitation de l'œuvre et d'assurer une diffusion souvent satisfaisante de la création¹⁴². La cession est en vérité un moyen efficace de mettre l'œuvre en valeur, d'un point de vue tant pécuniaire qu'artistique : « la cessibilité est aussi importante que l'exclusivité car elle permet que l'actif soit utilisé par celui qui le valorise le mieux »¹⁴³. La cession des droits patrimoniaux présente également un avantage dans la mesure où elle lève, lorsqu'elle n'a pas lieu à titre gratuit, les incertitudes liées à la rétribution de l'auteur¹⁴⁴. Même face à un échec commercial, le créateur disposera très souvent d'avances garanties sous la forme d'à-valoir, sécurisant sa situation, au moins en apparence. La cessibilité du droit présente alors l'avantage d'assurer une prise en charge de l'auteur, une limitation de sa précarité. Ces avantages ne suffisent malheureusement pas à compenser les effets pervers de l'enfermement de l'auteur dans la position d'un cédant...

428. **Un recours systématique à la cession préjudiciable à l'auteur.** Le transfert des droits patrimoniaux de l'auteur semble aujourd'hui davantage subi que volontaire. Dans l'écrasante majorité des hypothèses, quel que soit le secteur concerné, l'accès aux services

LexisNexis et Dalloz, 2020, p. 74 : « le droit d'auteur est en réalité la prérogative du titulaire du droit qui n'est généralement pas l'auteur ».

¹³⁹ CPI, art. L. 132-31.

¹⁴⁰ Nous avons ici conscience que l'idée même d'un possible transfert des droits patrimoniaux peut susciter le débat au sein d'une partie de la doctrine. La question de la cessibilité de la propriété de l'auteur sera donc étudiée plus loin.

¹⁴¹ N. MIKAELIAN, *La mutation des droits d'auteur dans l'environnement numérique : l'émergence d'un droit d'accès*, op. cit., p. 443 : « En pratique, l'auteur ne dispose pas des moyens financiers lui permettant d'exploiter seul ses droits ; il recherche des partenaires à qui il consent leur cession, ce qui altère le caractère personnel du monopole ».

¹⁴² Y. MÉNIÈRE, « Les fonctions des droits de propriété intellectuelle : le point de vue de l'économie », *Propriété industrielle*, n° 10, oct. 2010, dossier 3 : « La fonction transactionnelle des droits de propriété intellectuelle garantit une diffusion socialement efficace des actifs immatériels. Les propriétaires ont en effet intérêt à céder au cas par cas l'exploitation de ces actifs dès lors que la transaction est créatrice nette de richesse ».

¹⁴³ F. LÉVÊQUE et Y. MÉNIÈRE, *Économie de la propriété intellectuelle*, La Découverte, 2003, p. 16.

¹⁴⁴ F. BENHAMOU, « Les biens culturels, une exception économique ? » in P. POIRRIER, *Politiques et pratiques de la culture*, La documentation française, 2010, p. 218 : « l'octroi d'un monopole temporaire de l'exploitation de l'œuvre à l'auteur et à ses ayants droit compense l'incertitude qui prévaut en matière de création, et le protège d'une appropriation par d'autres, sans compensation, du fruit de son acte créateur ».

des producteurs sera conditionné à la cession des droits de l'auteur dans la plus large mesure possible. Là encore, l'absence de pouvoir de négociation du créateur est éloquente ; lointaine l'image d'un auteur à l'initiative. En réalité, et ce n'est pas une surprise, ce sont avant tout les producteurs et éditeurs qui sélectionnent les auteurs qui, dans de nombreux secteurs, se trouvent en compétition pour espérer voir leurs créations diffusées à grande échelle. Les œuvres étant perçues comme substituables dans l'économie de la culture, les auteurs peu notoires le deviennent également... Le recours presque systématique à la cession est donc l'un des symptômes de la désacralisation des créateurs. Dès lors, peu importe que la personne morale ne soit pas le titulaire immédiat des droits patrimoniaux¹⁴⁵, elle finit presque toujours par obtenir leur cession. Au-delà des présomptions de cession, le régime de l'œuvre collective dépasse la question de la cession en faisant naître les droits patrimoniaux dans la main de la personne morale¹⁴⁶. Bien que le statut de l'œuvre collective se trouve justifié par des raisons techniques et que le droit français ne confie jamais au *work made for hire*, l'équilibre dans le rapport de force entre l'auteur et le producteur n'en est pas moins rompu depuis longtemps. À tel point que la cession, visant à éviter une totale précarité de l'auteur face à une potentielle titularité des droits *ab initio* au profit de la personne morale, ne remplit plus parfaitement son rôle visant à corriger le déséquilibre inné entre auteur et producteur¹⁴⁷. Dans ce contexte, il pourrait donc être bénéfique de renforcer l'encadrement de la cession afin de s'assurer davantage de la préservation des intérêts de l'auteur.

429. Le contournement de l'obligation de rémunération proportionnelle.

Le créateur est cependant censé être protégé grâce à plusieurs dispositifs, à commencer par la rémunération proportionnelle qui doit s'appliquer, sauf exception notamment liées à des impossibilités matérielles. La rémunération proportionnelle accompagnant la cession permet à l'auteur de partager les risques liés à l'exploitation de l'œuvre, voire à presque totalement les reporter sur le cessionnaire¹⁴⁸. La limitation de la part accordée au créateur se trouve alors tant

¹⁴⁵ P-D. CERVETTI, « La personne morale (encore) évincée de la qualité d'auteur », *RLDI*, n° 114, 1^{er} avr. 2015, note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 15 janv. 2015, n° 13-23.566, Bull.

¹⁴⁶ B. FABRE, *La crise du droit d'auteur : une approche systémique*, Thèse, Aix-Marseille, dir. J. FRAYSSINET, 2012, p. 343 : « la titularité *ab initio* des droits d'auteur, initialement, logiquement, et légitimement dévolue à l'auteur, a progressivement glissé dans les mains de personnes morales extérieures ».

¹⁴⁷ F-M. PIRIOU, « Légitimité de l'auteur à la propriété intellectuelle », *Diogène*, 2001/4, n° 196, p. 132 : « Le fait qu'une entité juridique ou personne morale ne puisse devenir sujet originaire de droit d'auteur, mais seulement cessionnaire, maintient, de ce fait, cet équilibre puisque l'auteur peut toujours reprendre ses droits et donc diminuer la force monopolistique d'une entreprise sur ses créations ».

¹⁴⁸ F. LÉVÊQUE et Y. MÉNIÈRE, *Économie de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 78 : Il y a partage des risques grâce à la rémunération proportionnelle de l'auteur : « ce risque [lié à l'exploitation de l'œuvre] peut s'avérer trop lourd pour un auteur. Le contrat d'édition apparaît alors comme un moyen de le partager, en transférant tout ou partie des droits de l'auteur vers l'éditeur ».

justifiée par l'investissement du producteur que par le transfert du risque inhérent à la commercialisation des œuvres de l'esprit. Néanmoins, il est opportun de rappeler que l'aléa économique pesant sur le cessionnaire, notamment dans les industries des œuvres de l'esprit, est relatif du fait du savoir-faire des entreprises en la matière ainsi que la dilution du risque par la multiplication des productions¹⁴⁹. Alors même que l'incertitude économique s'avère limitée, les cessionnaires tendent à favoriser au maximum la mise en œuvre d'une rémunération forfaitaire du créateur¹⁵⁰, y compris lorsqu'une rémunération proportionnelle devrait s'appliquer de façon légitime¹⁵¹. Il existe donc un contournement du principe de rémunération proportionnelle, notamment dans le secteur audiovisuel qui remplit pourtant toutes les caractéristiques pour voir s'appliquer un tel type de rétribution. Le contournement réside ici dans la faiblesse du taux de rémunération proportionnelle qui ne permet pratiquement jamais aux auteurs de percevoir plus que leur à-valoir¹⁵². Ce dernier fait alors office de rémunération forfaitaire, hormis dans les rares cas où l'œuvre connaît un succès bien plus important qu'escompté. L'auteur, une fois sa maigre pitance servie, se trouve congédié par le cessionnaire. À cela s'ajoute un manque de rigueur des producteurs dans la reddition des comptes, rendant parfois impossible la vérification de la proportionnalité de la rémunération¹⁵³. De telles pratiques, soulignant à nouveau la faiblesse de l'auteur dans les rapports contractuels qu'il entretient avec le cessionnaire, jettent un doute important sur l'incitation à la création de la rémunération du créateur. En effet, pourquoi un auteur fournirait-il un effort plus important pour créer une œuvre si sa rétribution n'est pas corrélée au succès commercial de celle-ci ? La proportionnalité de la rémunération de l'auteur étant étroitement liée à la fonction sociale

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 79 : « Le fait qu'un producteur de livres signe un grand nombre de contrats avec des auteurs différents lui permet de compenser un échec commercial par un succès. C'est, par exemple, le fonds d'une maison d'édition, c'est-à-dire l'ensemble des droits qu'elle possède sur des œuvres existantes, et notamment sur certaines valeurs sûres, qui lui donne les garanties suffisantes pour prendre le risque de travailler avec un nouvel auteur encore inconnu. Un artiste, au contraire, est tributaire du succès de sa seule production ».

¹⁵⁰ N. MIKAELIAN, *La mutation des droits d'auteur dans l'environnement numérique : l'émergence d'un droit d'accès*, *op. cit.*, p. 461 : « Les revendications de l'industrie vont dans le sens d'une rémunération forfaitaire qui permet de rompre le lien entre l'auteur et son œuvre ».

¹⁵¹ C. CARON, « Le droit d'auteur et les gens : petit abécédaire d'un divorce » *op. cit.*, p. 74 : « quoi qu'en dise la loi, la rémunération proportionnelle n'existe pas dans certains secteurs et n'est réservée qu'à des domaines bien précis, tels que celui de l'édition ».

¹⁵² F. BENHAMOU et S. PELTIER, « Le droit d'auteur, incitation à la création ou frein à la diffusion ? Une analyse empirique du cas de la création télévisuelle », *Revue d'économie industrielle*, n° 135, 2011, p. 47 : Dans le secteur audiovisuel, « dans les faits, pour les exploitants hors SACD, les taux de rémunération proportionnelle sont, en règle générale, si faibles que l'auteur ne perçoit rien au-delà de l'avance reçue ».

¹⁵³ *Ibidem*, p. 47 : « Alors que le producteur est normalement tenu à une reddition des comptes, celle-ci n'est en réalité que très rarement mise en pratique. L'auteur ne peut donc prendre connaissance des recettes servant de base de calcul de la rémunération ».

des droits littéraires et artistiques, celle-ci doit être impérativement respectée lorsqu'elle peut être appliquée.

430. **Le droit d'auteur, simple droit de l'investissement ?** La désacralisation de l'auteur ne s'arrête hélas pas là. Avec le renforcement du rôle du cessionnaire, le droit d'auteur ne vise peu à peu plus tant la préservation d'une œuvre intellectuelle que l'investissement en matière intellectuelle¹⁵⁴. Avec le retrait de l'auteur, l'émergence de droits voisins qui ne présentent qu'une utilité économique¹⁵⁵, ainsi que l'importance toujours grandissante du producteur et de l'utilisateur¹⁵⁶, le droit de la propriété intellectuelle, bien qu'il conserve de nobles accents, s'est progressivement mué en un droit avant tout dédié aux considérations économiques¹⁵⁷. Certes, ces aspects ne sauraient être éludés par la loi, mais ils ne peuvent constituer l'alpha et l'oméga de la matière sans l'aliéner. L'influence du droit communautaire suscite même la crainte que les droits littéraires et artistiques ne soient plus, à long terme, définis à partir de l'auteur, mais en référence au producteur¹⁵⁸. Où est donc l'auteur dans la directive de 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique ? En tout état de cause, le constat selon lequel le droit d'auteur se métamorphose lentement en un droit de l'investissement accentue les réserves sur la pérennité du statut de l'auteur.

431. **Clandestinité des droits voisins des producteurs au sein des droits littéraires et artistiques.** Par la mise en valeur des intérêts économiques liés à l'œuvre, en rapprochant le

¹⁵⁴ J-M. BRUGUIÈRE, « Introduction » in J-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et culture*, Dalloz, 2007, p. 6 : « Le droit d'auteur est devenu avant tout un droit de protection de l'investissement économique » ; V. ég. A. LATREILLE, « L'avènement d'un droit d'auteur sans auteur », *Dr. et patr.*, n° 162, 1^{er} sept. 2007.

¹⁵⁵ P. GAUDRAT et M. VIVANT, « Marchandisation » *op. cit.*, p. 40 : avec les droits voisins, « la donne nouvelle est que l'investissement devient, à l'occasion, quelque chose qui est défendu en tant que tel » ; V. ég. P. GAUDRAT et F. SARDAIN, *Traité de droit civil du numérique*, Larcier, 2015, t. 1, p. 286 : sur la question de la protection des logiciels « indépendamment d'une quelconque créativité, de quelque ordre qu'elle soit, le législateur a souverainement décidé que l'investissement financier requis par le développement d'un programme devait, pour stimuler l'industrie, engendrer un monopole au profit de l'investisseur ».

¹⁵⁶ J-M. BRUGUIÈRE, « Introduction » *op. cit.*, p. 6 : « Sous l'influence du droit de la concurrence, le droit d'auteur ne présente donc plus le même visage. Dans le droit d'auteur en effet le rapport essentiel se noue entre l'auteur et son œuvre, or ici, sous l'influence du marché, le rapport essentiel s'établit entre un investisseur et les consommateurs et ce, par l'intermédiaire du marché ».

¹⁵⁷ C. CARON, « Le droit d'auteur et les gens : petit abécédaire d'un divorce » *op. cit.*, p. 75 : « le droit d'auteur apparaît comme étant, en réalité, une discipline relevant du droit commercial, dédiée à la valorisation, l'exploitation et à la défense d'un bien immatériel appartenant à une entreprise » ; V. ég. P. GAUDRAT et F. SARDAIN, *Traité de droit civil du numérique*, *op. cit.*, t. 1, p. 92 : « procédant par secteurs - par métiers -, dans un pur esprit corporatiste, les investissements sont les uns après les autres garantis par de nouveaux privilèges ou sécurisés par la transmission forcée des droits des créateurs » ; V. ég. N. MIKAELIAN, *La mutation des droits d'auteur dans l'environnement numérique : l'émergence d'un droit d'accès*, *op. cit.*, p. 134 : « La libre diffusion des idées perd de sa force et de sa légitimité dans cette nouvelle société de la communication ; le retour sur investissement est devenu l'un des critères majeurs dans la réglementation ».

¹⁵⁸ P. GAUDRAT, « Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la "société de l'information" », *op. cit.*, p. 302 : « Abouti, le système communautaire recentrera définitivement et complètement la propriété (mal) dite "intellectuelle", sur l'investisseur, à partir de ce qui n'était initialement qu'un droit voisin ».

droit d'auteur d'un droit à l'investissement, les producteurs ont acquis un rôle non négligeable rendant leur présence plus légitime au sein de la propriété littéraire et artistique¹⁵⁹. L'un des symboles de ce plus grand rôle arraché par les cessionnaires consiste en la reconnaissance de droits voisins au profit de différentes catégories de producteurs, entrant par là même clandestinement au sein du CPI¹⁶⁰. Cette présence s'avère nécessairement clandestine car non justifiée au regard des intérêts poursuivis par le droit de la propriété littéraire et artistique, et au regard de l'objet même de la matière. Assurément, les droits voisins accordés aux producteurs de vidéogrammes, de phonogrammes et de bases de données ne récompensent aucun apport artistique¹⁶¹. Leur rôle étant purement technique, contrairement à celui de l'artiste-interprète, il s'agit d'assurer une protection de leur investissement¹⁶². Partant, les droits voisins accordés aux producteurs, leur offrant un puissant ancrage en droit de la propriété littéraire et artistique, apparaissent particulièrement critiquables dans leur principe même. Grâce à cet acquis, les producteurs ont fortement gagné en légitimité et s'engagent plus que jamais pour une propriété renforcée de l'auteur car, en définitive, cette propriété est la leur... Il en résulte que lorsque les cessionnaires se targuent de défendre bec et ongle l'auteur par le renforcement de ses droits¹⁶³, ce sont en réalité leurs propres intérêts et positions qu'ils affermissent¹⁶⁴. Ainsi, la domination des producteurs marque un peu plus la désacralisation de l'auteur et le recul de son rôle tant dans l'élaboration du Droit que de l'exercice de ses droits subjectifs¹⁶⁵.

432. Opportunité des droits voisins du droit d'auteur. Concernant l'artiste-interprète, l'opportunité des droits voisins ne fait pas débat puisqu'ils reconnaissent un véritable apport artistique. Nous venons de l'évoquer, concernant les autres droits voisins, la situation est

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 285 : « La concession dépassée d'un clivage essentiel entre droit d'auteur et droit voisin n'est plus que de pure forme : ces acteurs sont dorénavant intégrés au même schéma et placés sur le même plan ».

¹⁶⁰ P. GAUDRAT et M. VIVANT, « Marchandisation » *op. cit.*, p. 39 : « En jouant sur l'amalgame, les artistes-interprètes servent d'alibi aux producteurs pour changer de statut ».

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 39 : « Les droits voisins économiques sont donc venus ajouter strate au droit d'auteur et au droit des interprètes, sans porter sur aucune plus-value culturelle identifiable et donc sur aucun objet spécifique de droit exclusif ».

¹⁶² X. DAVERAT, *Droit de la propriété littéraire et artistique*, Bréal, 2011, p. 72 : « d'une protection de l'investissement culturel, et non de droits accordés au nom d'un caractère artistique de l'activité ».

¹⁶³ J. GINSBURG, « L'avenir du droit d'auteur : un droit sans auteur ? », *op. cit.* : « Ces exploitants invoquent les auteurs afin d'embellir leurs demandes pour une protection accrue, sans que cela empêche ces mêmes exploitants, une fois cette protection obtenue, d'en dévaliser les auteurs ».

¹⁶⁴ A-E. KAHN, « Les aménagements de la propriété artistique », *Lamy droit des affaires*, n° 63, 1^{er} sept. 2011 : « Au fond, si l'on comprend bien, la demande [des éditeurs et de la société] est celle d'un droit d'auteur et non d'un droit de l'auteur ».

¹⁶⁵ J. GINSBURG, « L'avenir du droit d'auteur : un droit sans auteur ? », *op. cit.* : « Si les auteurs ont un rôle quelconque dans ce scénario [qui oppose exploitants et utilisateurs], c'est en tant que figurant, comme victimes des ayants droit dominants » ; V. ég. F. POLLAUD-DULIAN, « Utilisations autorisées des œuvres orphelines », *RTD com.*, 2012, p. 783.

bien différente puisque c'est avant tout l'investissement, voire le savoir-faire, qui sont protégés¹⁶⁶. De plus, les gains tirés de ces droits voisins, s'ils sont loin d'être négligeables une fois cumulés, ne sont rien en comparaison des revenus issus de l'exploitation directe de l'œuvre. Partant, l'effet d'incitation à la production ou à l'édition provoqué par ces droits est donc, généralement, limité¹⁶⁷. Au regard de ces éléments, l'existence même de droits voisins bénéficiant au producteur et aux autres auxiliaires de la création pourrait être remise en question. Dès lors, faut-il se résoudre à abolir ces droits voisins ? La réponse doit ici être négative car, au-delà de la simple rémunération complémentaire qu'ils procurent, les droits voisins remplissent une fonction essentielle dans la préservation des intérêts financiers du titulaire. En effet, le principal effet des droits voisins est de créer un droit exclusif au profit de son bénéficiaire, lui permettant, sauf licence légale, d'autoriser ou d'interdire l'utilisation du bien produit par ses soins. En l'absence de ce droit exclusif, et si le producteur n'est pas cessionnaire des droits de l'auteur, seuls des fondements tels que la concurrence déloyale ou le parasitisme sont en mesure de protéger le titulaire du droit exclusif. Or, ces actions sont loin d'assurer une totale protection au producteur, dont le travail pourrait être accaparé, freinant toute volonté d'investissement¹⁶⁸. Par exemple, un producteur enregistrant un phonogramme portant sur une œuvre du domaine public se trouverait à la merci de certains prédateurs en l'absence de toute forme de droit voisin. C'est notamment pour cette raison que ces prérogatives, dans leur principe, demeurent opportunes.

433. Pour une éviction de la majorité des droits voisins du droit de la propriété littéraire et artistique. Bien que les droits voisins du producteur soient parfois nécessaires, ils n'en demeurent pas moins conceptuellement injustifiables¹⁶⁹. La présence de ces

¹⁶⁶ B. HUGENHOLTZ, « Objectif légitime ou fruit du lobbying de la part de l'industrie du phonogramme ? » in M. WALTER, *La durée de protection du droit d'auteur et des droits voisins*, Medien und Recht Publishing, 2012, p. 416 : « Si l'industrie phonographique aime mettre en avant son rôle créatif de mise sur le marché d'artistes et de phonogrammes, les sociétés phonographiques ne sont pas des auteurs ou des artistes méritant une protection une protection juridique du fait d'un principe moral ou d'un droit naturel. L'industrie phonographique est ce que son nom indique : une industrie. Ce que nous protégeons (si tant est que nous protégions quoi que ce soit) n'est pas la création, mais la performance entrepreneuriale. Les droits sur les phonogrammes sont des Leistungsschutzrechte – des droits qui protègent l'investissement pour un produit en termes de temps, d'argent et/ou d'expertise. La justification primaire est ici économique et non pas morale ».

¹⁶⁷ P. BERGER, « Y a-t-il encore véritablement un “domaine public” ? », *Juris art etc.*, 2013, n° 3, p. 13.

¹⁶⁸ S. GUTIERREZ-LACOUR, *Le temps dans les propriétés intellectuelles*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, Litec, 2004, p. 482 : « Les mécanismes de responsabilité civile sur le modèle desquels la jurisprudence a construit les théories de la concurrence déloyale et du parasitisme économique ne protègent jamais un objet *erga omnes*, quel que soit le comportement des tiers, et surtout, ne le font jamais à compter de la fabrication ou de la mise à disposition du public de cet objet ».

¹⁶⁹ P. GAUDRAT, « Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la “société de l'information” », *op. cit.*, p. 287 : « autant le droit de l'interprète est légitime, autant celui du producteur est

prérogatives au sein de la première partie du CPI n'est effectivement pas souhaitable au regard du rôle qu'elles remplissent. En tant que simples droits portant sur l'investissement, les droits des producteurs de phonogrammes et vidéogrammes, entreprises de communication audiovisuelle, éditeurs de presse et agences de presse ont bien davantage leur place au sein du droit de la propriété industrielle. Certes, ces activités sont en lien avec le domaine artistique, mais ce n'est pas une raison suffisante pour les y rattacher. Seule la fonction du droit envisagé doit dicter sa place au sein du Code. Il est donc proposé de ne plus considérer ces prérogatives comme des droits voisins, mais comme des « droits exclusifs » portant sur un investissement. La proposition ne vise cependant pas à modifier le contenu de ces droits, seule leur dénomination et leur conceptualisation étant concernées. Il en résulte que, dans cette perspective, la majorité des droits voisins se trouvent évincés du droit de la propriété littéraire et artistique. Seul le droit exclusif de l'artiste-interprète peut ainsi être qualifié de droit voisin du droit d'auteur car, n'assurant pas un simple retour sur investissement, il est le seul à réellement reconnaître un apport artistique. Toutefois, ce changement de conception ne suffit pas à limiter la désacralisation de l'auteur, de sorte que doivent être envisagés des palliatifs à celle-ci.

II : Les palliatifs à la désacralisation du créateur

434. L'incessibilité au secours de l'auteur ? Les facteurs ayant mené à la réduction du rôle du créateur sont nombreux et il serait illusoire de prétendre fournir une panacée capable de venir à bout de l'ensemble de ces maux. Toutefois, il est possible d'apporter un début de réponse à cette crise du statut de l'auteur en renforçant ses droits, sans pour autant que ceux-ci ne soient totalement emportés lors de la cession. La solution est alors, sans doute, à chercher dans la forme même du contrat liant l'auteur aux producteurs et éditeurs. L'incessibilité de l'œuvre, déjà proposée en France au cours du XX^{ème} siècle, pourrait ainsi rendre au créateur un pouvoir perdu depuis longtemps.

435. Nécessité d'une distinction entre cession et concession. Avant d'étudier les différentes propositions relatives à une potentielle incessibilité des droits de l'auteur, il apparaît essentiel de parfaitement distinguer cession et concession. Cette distinction s'avère

injustifiable » ; V. ég. F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2014, 2^{ème} éd., p. 1606 : « ce voisinage avec le droit d'auteur est bien artificiel ».

particulièrement complexe et source de nombreux débats. Il nous semble cependant ici essentiel de retenir une définition précise de ces termes en vue de parfaitement exposer notre démonstration. Nous pouvons d'ores et déjà indiquer que la cession consiste en un transfert de droit réel, voire de la totalité d'une propriété immatérielle, tandis que la concession fait naître un lien personnel entre le concédant et le concessionnaire en vertu d'une autorisation¹⁷⁰. Le CPI prévoit, en son article L. 131-4, que la cession des droits sur l'œuvre peut être totale ou partielle, impliquant que la cession puisse exister, même en cas de transfert partiel des droits patrimoniaux sur le bien. Mais, dès lors, quels éléments caractérisent véritablement le contrat de cession ?

436. **Critères de la cession.** Trois éléments peuvent être mis en évidence pour tenter de dépeindre la cession de droits d'auteur. D'abord, on pourrait voir dans l'assiette du droit transmis un révélateur de l'existence d'une cession. Toutefois, des droits particulièrement circonscrits peuvent faire l'objet d'un transfert de propriété, à l'instar d'un droit réel de jouissance spécial. Il en résulte que ce critère n'est pas déterminant dans la caractérisation de la cession. C'est la raison pour laquelle le Code distingue entre les cessions totales et partielles. Ensuite, la durée du droit pourrait permettre de distinguer entre cession et concession, cette dernière étant alors limitée à une durée inférieure à celle du monopole de l'auteur. Ce critère avait notamment été retenu par le projet de loi de Jean Zay¹⁷¹, comme nous allons l'évoquer. Il s'agit bien d'un critère caractérisant la cession. Néanmoins, il ne saurait suffire à lui seul à emporter la qualification de cession, un droit non exclusif accordé pour la durée totale du droit patrimonial ne pouvant constituer qu'une concession. Enfin, reste le rapport d'exclusivité qui représente le second critère déterminant dans la distinction entre cession et concession. Lui aussi ne saurait suffire à emporter la cession, un droit exclusif limité à une durée inférieure à celle des droits de l'auteur s'analysant non en un droit réel, mais en un droit personnel¹⁷². Ainsi, nous entendons par cession tout contrat portant sur une partie ou la totalité des utilités connues de l'œuvre, et transférant, au profit du cessionnaire, un droit exclusif

¹⁷⁰ A. BOISSON, « Cession et licence en droit d'auteur », *Legicom*, 2014/2, n° 53, p. 65 : « Par l'effet réel, caractéristique de la cession, le cessionnaire jouira directement de l'œuvre transférée. Par l'effet personnel, caractéristique de la licence, le licencié est autorisé à jouir de la chose par l'intermédiaire du donneur de licence » ; V. ég. P. SIRINELLI, *Propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 2016, 3^{ème} éd., p. 86.

¹⁷¹ Projet de loi sur le droit d'auteur et le contrat d'édition, présenté au nom de M. Albert Lebrun, par M. Jean Zay et par M. Marc Rucart lors de la séance du 13 août 1936.

¹⁷² A. BOISSON, *La licence de droit d'auteur*, op. cit., p. 11 : « La "cession" du Code de la propriété intellectuelle peut être temporaire, n'accorder aucune exclusivité, laisser son bénéficiaire sans possibilité de céder à nouveau ou de défendre son droit par l'action en contrefaçon relevant de la revendication » ; V. ég. L. MARINO, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013, p. 88.

jusqu'à l'expiration des droits patrimoniaux de l'auteur. Parallèlement, le terme concession renverra à tout contrat source d'un droit personnel entre concédant et concessionnaire. Ce contrat se trouve alors caractérisé par l'absence de transfert définitif d'un droit exclusif au profit du concessionnaire. À noter que les termes licence et concession seront ici employés sans aucune distinction¹⁷³.

437. Une proposition d'incessibilité : le projet de loi de Jean Zay. Il est ici intéressant de revenir au projet de loi de Jean Zay qui prévoyait, entre autres mesures, une impossibilité de cession de ses droits par l'auteur¹⁷⁴. Au titre de ce texte, reconnaissant le fort lien personnel entre l'auteur et son œuvre, seule la concession aurait été permise entre le créateur et ses contractants¹⁷⁵. Les droits patrimoniaux de l'auteur n'auraient donc pu lui échapper, lui accordant un plus grand pouvoir de négociation et l'impliquant davantage dans le sort de son œuvre. Si le projet de loi du ministre de la Culture fut abandonné à la veille de la Seconde Guerre mondiale, l'incessibilité des droits de l'auteur peut aujourd'hui se présenter comme un outil de rééquilibrage de la relation entre auteur et producteur. Avant de revenir sur les propositions issues de ce projet de loi, il convient cependant de s'intéresser à l'importance que peut revêtir la cession en droit positif.

438. Impossibilité théorique d'une cession totale des droits patrimoniaux de l'auteur. La possibilité même d'une cession des droits de l'auteur au profit d'un tiers se trouve contestée en droit positif¹⁷⁶. Cela apparaît, à première vue, étonnant car le CPI ne cesse de faire référence à la cession. Il est tout d'abord, dans la configuration actuelle des droits d'auteur, impossible que l'auteur puisse céder sa propriété dans la mesure où, nous l'avons rappelé, celle-ci présente tant des attributs patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux. Même lorsqu'il n'est question que d'une cession de droits patrimoniaux, la critique demeure dans des termes

¹⁷³ A. BOISSON, *La licence de droit d'auteur*, op. cit., p. 21.

¹⁷⁴ Le refus de toute concession peut cependant, pour certains, apparaître peu cohérent avec le rejet de toute propriété de l'auteur ; J-M. BRUGUIÈRE, *Le droit d'auteur au temps du front populaire : Le nouveau paradigme du « travailleur intellectuel »*, Dalloz, 2015, p. 17 : « L'adoption du terme de concession, plutôt que celui de cession, n'est pas non plus convaincante. Qu'est-ce, en effet, qu'un contrat de concession si ce n'est un de louage d'ouvrage, ou de licence si l'on préfère ? Et est-ce que ce contrat de licence ne postule pas en amont une propriété de la part de l'auteur ? Chassez la propriété, elle revient au galop ? ».

¹⁷⁵ F. RENEAUD, « Une tentative de suppression de la propriété littéraire et artistique », *RLDI*, n° 42, 1^{er} oct. 2008 : « Dans la mesure où le droit d'auteur est exclusivement rattaché à la personne et qu'il devient inaliénable, le recours au contrat de cession devient inopérant ».

¹⁷⁶ A. BOISSON, « Cession et licence en droit d'auteur », *Legicom*, 2014/2, n° 53, p. 61 ; V. é.g. A. ROBIN, *La copropriété intellectuelle, contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, Thèse, Montpellier, dir. N. MALLET-POUJOL, LGDJ, 2005, p. 108 : « Même lorsque l'auteur en autorise l'exploitation par un tiers, l'œuvre demeure toujours sa propriété. Le terme de cession ainsi communément utilisé pour désigner l'aliénation des droits patrimoniaux mérite donc d'être banni ».

semblables¹⁷⁷. L'obligation d'exploitation accompagnant bien souvent le contrat, l'idée d'un transfert de propriété n'apparaît ici pas exempte de critiques, même si elle ne peut être totalement remise en cause de ce seul chef¹⁷⁸.

439. Une pratique confinant à la cession totale des droits patrimoniaux de l'auteur. Dans l'écrasante majorité des occurrences, le contrat liant créateur et producteur confinerà à la cession de la totalité des droits patrimoniaux connus. La pratique conduit effectivement à une énumération extensive des usages prévus de l'œuvre dans le contrat. La loi, exigeant « que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée »¹⁷⁹, ne restreint pas l'objet du contrat puisque la délimitation n'est pas la limitation¹⁸⁰. Dès lors, les cocontractants, en position de force, ont tout intérêt, et cela se confirme dans les faits, à intégrer l'ensemble des utilités connues de l'œuvre au contrat afin de procéder à l'exploitation la plus complète possible de la création. Il en est de même concernant les modes d'exploitation imprévisibles au jour du contrat, ceux-ci pouvant être englobés au sein de l'acte¹⁸¹. Une telle pratique se rapproche au plus haut point d'une cession totale, pourtant inaccessible théoriquement. Ainsi, l'exigence de délimitation temporelle du contrat n'est pas de nature à renforcer la position de l'auteur lorsqu'il est confronté à son cocontractant¹⁸². Face à cet état de fait et en vue de préserver les intérêts de l'auteur, une restriction de l'objet du contrat doit être étudiée.

440. Inefficiences d'une limitation stricte de l'objet du contrat de cession. La restriction de l'objet du contrat, limitant l'étendue du transfert des droits patrimoniaux,

¹⁷⁷ P. GAUDRAT, « Les modèles d'exploitation du droit d'auteur », *op. cit.*, p. 323 : « le “droit patrimonial” est aussi incessible que le “droit moral”, il garantit à l'auteur, sa vie durant et sans qu'il puisse en être jamais spolié, un droit inaliénable d'une quote-part des sommes versées par les consommateurs aux diffuseurs ».

¹⁷⁸ N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innomés*, Thèse, Paris II, dir. P-Y. GAUTIER, Dalloz, 2010, p. 249.

¹⁷⁹ CPI, art. L. 131-3 al. 1 mais l'article L. 122-7 aurait également pu servir ce propos.

¹⁸⁰ A. BOISSON, « Cession et licence en droit d'auteur », *op. cit.*, p. 65 : « L'exigence légale de fixer la durée des “cessions” n'est pas le signe qu'elles puissent être temporaires » ; V. ég. N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innomés*, *op. cit.*, p. 275 : « Les licences consenties pour toute la durée du monopole, si elles comportent formellement une limite temporelle – celle du monopole –, n'en comportent en réalité aucune en ce qu'elles durent autant que la chose sur laquelle elles portent, ce qui revient à la perpétuité ».

¹⁸¹ CPI, art. L.131-6 : « La clause d'une cession qui tend à conférer le droit d'exploiter l'œuvre sous une forme non prévisible ou non prévue à la date du contrat doit être expresse et stipuler une participation corrélative aux profits d'exploitation » ; V. J-M. BRUGUIÈRE, « Les Métavers, nouveau mode d'exploitation du droit d'auteur », *RLDI*, avr. 2022, n° 191.

¹⁸² A. BOISSON, *La licence de droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 331 : L'obligation de détermination de la durée de la cession « permet alors à l'auteur d'être informé de la portée de son engagement. En revanche, cette obligation ne joue aucun rôle supplémentaire dans la protection de l'auteur, car elle n'est assortie d'aucune limitation dans le temps ».

permettrait à l'auteur de conserver une certaine assiette de son droit et de procéder à plusieurs cessions successives auprès de différents producteurs et éditeurs. Ces derniers seraient alors tenus de n'exiger qu'une autorisation relative aux utilisations strictement nécessaires à l'exploitation pour laquelle le cessionnaire est spécialisé. Une telle limitation de l'objet du contrat de cession était prévue à l'article 31 du projet de loi de Jean Zay qui précisait que « le contrat ne peut porter que sur un seul mode d'édition ». L'objectif était ici d'éviter le dépouillement des droits patrimoniaux de l'auteur au profit d'un unique contractant, rééquilibrant légèrement le rapport de force entre cédant et cessionnaire. Nonobstant les vertus que l'on peut accorder à une telle restriction de l'objet du contrat, il faut cependant convenir qu'elle suppose d'importantes limites. La présence d'une unique cession ou d'un nombre très limité de contrats constitue un avantage pour l'auteur qui n'aura pas à effectuer de démarches trop lourdes pour procéder à la mise à disposition de son œuvre auprès du public. *A contrario*, limiter le champ de la cession à un secteur d'activité suppose un nombre important de contrats si l'œuvre fait l'objet de plusieurs adaptations, de produits dérivés ou utilisations publicitaires. De plus, une limitation de l'objet du contrat ne présente pas un véritable apport lorsque l'œuvre est strictement cantonnée à une commercialisation dans un secteur particulier. La limitation de l'objet du contrat ne représente donc pas une solution efficace pour replacer l'auteur au centre des droits littéraires et artistiques.

441. **Opportunité d'une limitation temporelle du contrat.** Empêcher une cession dont la durée équivaut à la durée du droit patrimonial serait un moyen efficace de rendre à l'auteur sa place centrale dans le processus créatif¹⁸³. Les droits n'étant jamais définitivement « acquis » au profit du concessionnaire, l'auteur se trouverait, au bout d'un temps, libre de conclure avec un autre contractant dans des conditions plus favorables, ou de poursuivre avec son cocontractant d'origine. Cela suppose qu'aucun contractant ne puisse prévoir, dans le contrat de concession ou en dehors, que l'auteur s'engage à renouveler le contrat initial, sauf à encourir la nullité relative au profit du concédant. La limitation temporelle de la licence était elle aussi prévue au sein du projet de loi de Jean Zay, qui interdisait une durée contractuelle supérieure à dix ans, voire vingt ans dans certaines hypothèses. Les contrats de concession prévus pour un nombre déterminé d'éditions demeuraient cependant possibles. Il y a ici une atteinte à la liberté contractuelle des parties, mais celle-ci semble, *a priori*, justifiée au regard

¹⁸³ La seule révision de la rémunération de l'auteur en cas de disproportion entre les recettes tirées de l'œuvre et la rétribution perçue par l'auteur, prévue à l'article L. 131-5 du CPI, n'est pas un outil suffisant pour assurer une protection adéquate du créateur.

du but poursuivi : l'autonomie de l'auteur. La limitation de la durée du contrat, excluant l'idée d'une cession, paraît envisageable dans la mesure où elle existe déjà dans certains cas particuliers, comme en matière de concession des droits patrimoniaux sur une œuvre audiovisuelle de fiction, où la durée du contrat ne peut dépasser trente ans. Toutefois, une telle règle présente d'importants revers qui ne peuvent conduire qu'à son rejet.

442. Rejet d'une limitation de la durée de concession des droits patrimoniaux.

La mise en œuvre d'une limitation stricte de la durée de concession des droits patrimoniaux de l'auteur apparaît peu opportune car présentant de nombreux inconvénients. Notons qu'un tel système pourrait mettre en péril l'exploitation de l'œuvre de l'esprit, l'auteur étant en droit de s'opposer à la reconduction du contrat. À titre d'exemple, le réalisateur d'un film en froid avec l'industrie cinématographique pourrait purement et simplement mettre fin à toute représentation de l'œuvre une fois arrivé à l'échéance du contrat. Dans une telle situation, les utilisateurs seraient privés de tout accès à l'œuvre alors même que ce but doit être poursuivi par le droit de la création immatérielle. Inversement, la reconduction du contrat pourrait être refusée à l'auteur par le producteur, le privant de revenus s'il ne parvient pas à concéder à nouveau ses droits. Ainsi, sans même évoquer les importants enjeux économiques entourant les revenus espérés de l'œuvre, l'hypothèse d'une limitation pure et simple de l'ensemble du contrat de concession doit être rejetée.

443. Pour une limitation de la période d'exclusivité du contrat. En vue de pallier la désacralisation de l'auteur, une mesure proche de la précédente peut cependant être proposée : la limitation de la période d'exclusivité accordée par le contrat. Il est en effet possible de circonscrire la période durant laquelle le producteur assurera l'exploitation de façon exclusive, sans fixer aucune limite à la durée durant laquelle l'œuvre pourra être exploitée par ses soins. Dès lors, le concessionnaire, dès la signature du contrat, est garanti de pouvoir exploiter l'œuvre durant une longue période, sans que l'auteur ne puisse s'opposer à la mise à disposition de celle-ci. L'accès à l'œuvre ne se trouve donc plus compromis en raison d'un échec de renégociation du contrat. Toutefois, l'auteur conserve un grand pouvoir puisque, arrivé à une certaine échéance, il peut renégocier l'exclusivité auprès de l'auteur pour une nouvelle période, laissant espérer une augmentation de sa rémunération proportionnelle. L'auteur disposera également du droit de concéder l'œuvre à une autre exploitant, afin que l'œuvre soit exploitée simultanément par plusieurs vecteurs. Un tel système semble ainsi concilier un grand nombre d'intérêts tout en réaffirmant la place centrale que doit occuper l'auteur en droit de la création immatérielle. Il suppose cependant que soit réputée nulle toute

clause ou avenant imposant la reconduction de la période d'exclusivité ou indiquant que celle-ci sera tacitement reconduite.

444. **Visage de la limitation de la période d'exclusivité du contrat.** Au regard de l'ensemble de ces éléments, nous sommes en mesure de proposer un texte reprenant l'essence de l'idée développée :

« Le contrat ne peut prévoir une période d'exclusivité excédant dix ans à compter de sa signature. La reconduction de l'exclusivité ne peut s'opérer tacitement. Toute clause organisant l'automatisme de ladite reconduction est réputée non écrite. La période d'exclusivité ne peut être reconduite plus d'un an avant l'expiration du premier contrat ».

445. **Un encadrement de l'exclusivité non préjudiciable.** N'existe-t-il cependant pas une menace potentielle sur le concessionnaire en cas d'émergence d'un concurrent ? Un tel risque doit être tenu pour minime, voire inexistant au regard de l'accélération du cycle d'exploitation des œuvres. Sans empiéter sur les développements qui clôtureront notre démonstration d'ensemble, nous pouvons déjà affirmer que, du fait d'Internet et des nouvelles technologies, le potentiel économique de l'écrasante majorité des œuvres de l'esprit se trouve épuisé en quelques années¹⁸⁴. Dès lors, limiter la durée de l'exclusivité reconnue au concessionnaire ne peut faire peser un véritable risque sur celui-ci. C'est pour cette raison, et au regard des démonstrations qui seront menées en aval, qu'une durée maximum d'exclusivité de dix années apparaît justifiée pour assurer le respect des intérêts de chacun¹⁸⁵. Par ce biais, la désacralisation de l'auteur serait alors, au moins pour partie, limitée, mais cela au prix d'une singularisation accentuée de notre modèle en devenir vis-à-vis de la propriété littéraire et artistique...

§2 : Un modèle à contre-courant de la propriété littéraire et artistique

446. **Le droit de la propriété littéraire et artistique, scène dévastée.** En raison de la remise en cause profonde de la propriété en droit d'auteur, au rejet de l'exclusivité quasi absolue et d'autres éléments fondamentaux qui sous-tendent la matière, la propriété littéraire et artistique se trouve défigurée dans le modèle proposé. Ledit modèle demeure cependant très

¹⁸⁴ V. *infra* n° 817 et s.

¹⁸⁵ V. *infra* n° 817 et s.

difficile à mettre en œuvre dans le système juridique, notamment au regard du droit international, étant entendu que « le juriste ne fait pas ce qu'il veut, comme il le veut, dans un contexte de pluralisme juridique mondial »¹⁸⁶. Nous étudierons donc, de manière globale, les obstacles à la pleine reconnaissance de droits fondamentaux de l'utilisateur (I), avant d'identifier en quoi le modèle alternatif proposé opère un glissement de la propriété littéraire et artistique vers des droits littéraires et artistiques (II).

I : Les obstacles à la pleine reconnaissance de droits fondamentaux de l'utilisateur

447. Une propriété profondément enchâssée au sein du droit positif. Le rejet de la propriété en matière littéraire et artistique, induite par les droits fondamentaux de l'utilisateur, n'est pas chose aisée tant ce modèle apparaît ancré en droit positif. Cet ancrage se manifeste tant en droit interne qu'en droit international et communautaire¹⁸⁷ où le droit exclusif de l'auteur fait l'objet d'une consécration dans de nombreux textes. Il n'est pas ici question de traiter de façon purement exhaustive l'ensemble des obstacles à un changement de modèle en droit d'auteur, ceux-ci étant particulièrement nombreux, mais d'insister sur les principales difficultés rendant difficilement conciliables le modèle en construction avec le droit positif. Mettant l'accent sur plusieurs points essentiels, nous étudierons tour à tour les entraves à la pleine reconnaissance de droits fondamentaux culturels en droit international (A) et en droit interne (B).

A : Les entraves aux droits fondamentaux culturels en droit international

448. Place prépondérante du droit international dans l'architecture du droit de la création immatérielle. Le droit international dispose aujourd'hui d'une force directrice dans l'élaboration du Droit, et cela se vérifie parfaitement en droit d'auteur. Dans cette matière, le contenu du droit positif est bien souvent issu ou influencé par une norme supranationale¹⁸⁸.

¹⁸⁶ J-S. BERGÉ, *L'application du droit national, international et européen*, Dalloz, 2013, p. 319.

¹⁸⁷ Si nous nous intéresserons ici peu au droit de l'Union européenne, celui-ci n'en participe pas moins de la sanctuarisation du droit de la propriété littéraire et artistique en France, notamment par l'interdiction de créer de nouvelles exceptions et limites aux droits de l'auteur.

¹⁸⁸ V-L. BENABOU, « Puiser à la source du droit d'auteur », *RIDA*, n° 192, avr. 2002, p. 19 : « La loi n'est donc plus la source majeure du droit d'auteur et même lorsque le texte figure sous forme de loi, son contenu est, le plus souvent, contraint par un texte international ».

Ce besoin d'organiser la norme au-delà d'un seul État est également accentué, depuis plusieurs décennies, par l'évolution des réseaux numériques et, particulièrement, d'Internet qui pousse à l'harmonisation et la coopération¹⁸⁹. Quand bien même le législateur français serait en opposition avec la norme édictée au plan supranational, il aurait bien des difficultés à obtenir une modification du texte négocié avec de très nombreuses parties prenantes. Ne pas respecter les engagements internationaux apparaît également inenvisageable au regard des dispositions de la Constitution française¹⁹⁰, même par l'intermédiaire d'une loi postérieure¹⁹¹. Ainsi, sauf à reconnaître une valeur constitutionnelle¹⁹² aux droits culturels de l'utilisateur, ce qui est loin d'être acquis, le droit français doit impérativement se conformer à ses engagements¹⁹³.

449. Caractère contraignant des principaux textes internationaux. En matière de propriété littéraire et artistique, le principal et plus ancien texte de référence à l'échelle internationale demeure la Convention de Berne de 1886. Celle-ci ne présentait toutefois pas, initialement, de valeur contraignante, de sorte que ses dispositions faisaient l'objet d'applications hétérogènes en fonction des pays signataires¹⁹⁴. Ce texte de référence a cependant obtenu une portée pleinement contraignante avec la signature des accords ADPIC. En effet, l'article 9 de ces accords prévoit que les 21 premiers articles de la Convention de Berne, particulièrement importants du point de vue du droit exclusif, deviennent contraignants pour les signataires. Les membres des accords ADPIC sont alors tenus au respect scrupuleux du texte, leur engagement se traduisant en une obligation de résultat dans l'application de la

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 69 : « La protection de la diffusion des œuvres en réseau appelant une réponse “universelle”, la norme est directement élaborée au niveau supranational ».

¹⁹⁰ Constitution du 27 oct. 1946, Préambule, alinéa 14 et Constitution du 4 oct. 1958, art. 55.

¹⁹¹ Sur l'abandon de la théorie de la loi écran : Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556, *Cafés Jacques Vabre* et CE, ass., 20 oct. 1989, n° 108243, *Nicolo*, (AJDA, 1989, p. 756, chron. E. HONARAT et É. BAPTISTE ; AJDA, 1989, p. 788, note D. SIMON ; D., 1990, p. 135, note P. SABOURIN ; D., 1990, p. 57, chron., R. KOVAR ; RFDA, 1989, p. 824, note B. GENEVOIS ; RFDA, 1989, p. 993, obs. D. RUZIÉ ; RTD com., 1990, p. 193, obs. C. DEBBASCH).

¹⁹² Sur la prééminence des dispositions de valeur constitutionnelle sur les traités internationaux : Cass. ass. plén., 2 juin 2000, n° 99-60.274, *Fraissee*, (RGDIP, 2000, p. 813, note F. POIRAT ; D., 2000, p. 865, note B. MATHIEU et M. VERPEAUX ; note S. PRÉTOT, *RD publ.*, 2000, p. 1037 ; LPA, 9 oct. 2000, p. 8, note B. DE LAMY et P. DEUMIER) et CE, ass. 30 oct. 1998, n° 200286, *Sarran*, (RFDA, 1998, p. 1081, concl. C. MAUGUÉ ; RFDA, 1999, p. 57, note L. DUBOIS ; RFDA, 1999, p. 67, note B. MATHIEU et M. VERPEAUX ; AJDA, 1998, p. 962, note F. RAYNAUD et P. FOMBEUR ; D., 2000, p. 152, note E. AUBIN).

¹⁹³ J-S. BERGÉ, *L'application du droit national, international et européen*, op. cit., p. 200 : « l'État français traduit ainsi [par l'article 55 de la Constitution] dans l'ordre interne une volonté de se soumettre à l'ordre juridique international ».

¹⁹⁴ E. TREPPOZ, « La propriété intellectuelle en dehors de ses frontières » in A. FAVREAU, *La propriété intellectuelle en dehors de ses frontières*, Larcier, 2019, p. 229 : « Les normes internationales présentes dans la Convention de Berne ne possédaient qu'une influence limitée, en raison de l'absence de contrainte, permettant des interprétations locales “minimalistes”. Les accords ADPIC rendant ces mêmes normes contraignantes leur ont conféré de l'effectivité. L'emprunt s'explique, en partie, par cette recherche d'effectivité des normes internationales ».

première partie de la Convention de Berne¹⁹⁵, sauf l'exception notable des droits moraux prévus à l'article 6 bis. Sans qu'il soit besoin d'étudier l'ensemble des autres textes pour mener à bien la démonstration, ajoutons que la Convention de Genève sur le droit d'auteur possède elle aussi un caractère contraignant¹⁹⁶ alors même qu'elle participe de la diffusion du modèle exclusiviste à l'échelle internationale. Ces principaux textes ne faisant donc pas office de vœux pieux, une véritable incompatibilité se dessine entre droit d'accéder à la culture et textes internationaux.

450. La référence aux droits exclusifs et à la propriété de l'auteur dans les textes internationaux. Certains droits fondamentaux culturels, dans la vision ici proposée, s'opposent vivement à la mise en œuvre d'un système propriétaire tel qu'il existe en droit positif. Comme nous l'avons évoqué plus tôt, l'effectivité de plusieurs droits fondamentaux culturels est plus que relative et certains doivent encore être consacrés. La Convention de Rome, la Convention universelle sur le droit d'auteur et la Convention de Berne ne font pas directement état du public ou de l'utilisateur. Par opposition, les droits de l'auteur et droits voisins sont envisagés comme centraux, bien qu'ils puissent souffrir de quelques exceptions qui forment alors l'espace résiduel accordé à l'utilisateur. La Convention de Berne ne fait toutefois pas non plus référence à l'expression « propriété intellectuelle », hormis lorsqu'elle évoque l'OMPI. Si la référence à la propriété n'est pas explicite, le recours au modèle propriétaire l'est par l'emploi récurrent de l'expression « droit exclusif de l'auteur ». La Convention de Berne vise une multitude de droits exclusifs et notamment le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction¹⁹⁷. Ces droits sont exclusifs au sens classique du terme, c'est-à-dire que le monopole s'accompagne du pouvoir d'autoriser ou non l'utilisation par autrui. La Convention de Genève fait elle aussi directement emploi de l'expression « droit exclusif »¹⁹⁸, marquant à nouveau l'importance du pouvoir d'exclure de l'auteur au sein du droit international. S'agissant des accords ADPIC, ceux-ci font le choix d'évoquer frontalement la notion de « propriété intellectuelle ». La notion de droit exclusif pourrait

¹⁹⁵ J. INGBER, « Droit d'auteur et OMC : de l'exception culturelle à l'actualité juridique », *Legicom*, 2001/2, n° 25, p. 50 : « Le texte ADPIC précise [...] que les membres de l'accord s'y conformeront, – ce qui entraîne dans leur chef une obligation de résultat – ».

¹⁹⁶ Convention universelle sur le droit d'auteur du 6 sept. 1952, art. X : « Tout État partie à la présente Convention s'engage à adopter, conformément aux dispositions de sa Constitution, les mesures nécessaires pour assurer l'application de la présente Convention ».

¹⁹⁷ Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 sept. 1886, art. 9.

¹⁹⁸ Convention universelle sur le droit d'auteur du 6 sept. 1952, art. V-1 : « Le droit d'auteur comprend le droit exclusif de faire, de publier et d'autoriser à faire et à publier la traduction des œuvres protégées aux termes de la présente Convention ».

présenter une souplesse suffisante pour que soit envisagée l'intégration de nouveaux droits fondamentaux culturels en droit positif. Cependant, dans ces textes, la notion de droit exclusif renvoie à un pouvoir général d'exclure autrui des utilités de l'œuvre, sauf exception, ce qui correspond bien à la définition de la propriété. Au regard de l'ensemble de ces éléments, le droit international se révèle, dans son état actuel, incompatible avec une vision renouvelée du droit d'auteur via l'émergence de droits culturels, notamment accordés à l'utilisateur. Cela est d'autant plus vrai au regard du seul droit d'accéder à la culture, entendu dans un sens large, qui s'avère manifestement incompatible avec tout droit exclusif étendu ou propriété de l'auteur sur son œuvre. La liberté artistique, reconnue tant à l'auteur qu'à l'utilisateur, peut également venir heurter le monopole de l'auteur tel qu'il existe aujourd'hui, en faisant reculer les frontières du droit du créateur face à certains usages transformatifs ou de simples échantillonnages. La démonstration est ainsi faite de l'incompatibilité du modèle proposé avec l'esprit de l'ensemble normatif présent en droit international.

451. **Au-delà de l'auteur, une protection affirmée des ayants droit.** La remise en cause des intérêts de l'auteur s'accompagne ici d'une remise en cause du pouvoir des ayants droit, notamment des cessionnaires et concessionnaires. Toutefois, si la protection de ces derniers existe par l'intermédiaire des droits voisins, elle se manifeste également au travers du droit exclusif de l'auteur. Prenons l'exemple du test en trois étapes qui veut que les exceptions au droit d'auteur puissent n'être mises en place que s'« il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur »¹⁹⁹. Bien que seul l'auteur soit directement mentionné au sein de ce texte, il est largement admis que les ayants droit sont également compris dans la protection supplémentaire que constitue le triple test²⁰⁰. Il en résulte que les « droits » du public, qui ne sont que des exceptions en droit positif, sont également limités par l'usage que les ayants droit font du droit exclusif de l'auteur. La remise en cause de la propriété littéraire et artistique implique donc tant un bouleversement des droits reconnus à l'auteur qu'aux ayants droit, rendant encore plus virulente l'incompatibilité entre propriété littéraire et artistique et droits fondamentaux culturels.

¹⁹⁹ Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 déc. 1996, art. 10-2.

²⁰⁰ J. GINSBURG, « L'avenir du droit d'auteur : un droit sans auteur ? », *CCE*, n° 5, mai 2009, ét. 10 : « lorsque la Convention de Berne et le traité OMPI se réfèrent aux “ auteurs », ce mot comprend également les successeurs en titre. Donc une solution qui porterait atteinte aux intérêts légitimes des ayants droit risque la non-conformité avec ces textes [articles 9.2 de la Convention de Berne et 10 du traité OMPI] ».

452. **L'inertie des textes internationaux.** La modification du droit interne sans prise en compte du droit international est, nous l'avons vu, inenvisageable²⁰¹. Quelles solutions demeurent alors disponibles ? La dénonciation des traités en matière de propriété intellectuelle apparaît le dénouement le moins souhaitable car conduisant à marginaliser l'État qui en est à l'origine et à fragiliser l'édifice d'ensemble, pourtant bâti à grand-peine. En réalité, seule l'évolution des textes internationaux apparaît satisfaisante pour mener à terme un renouveau du droit d'auteur. Cela suppose cependant un consensus particulièrement ardu à obtenir tenant le nombre important de parties prenantes et l'opposition radicale entre les systèmes concernés. Quelle que soit la manière dont le problème est abordé, une seule vérité demeure : le modèle propriétaire, en droit d'auteur, n'est pas près de céder sa place²⁰².

453. **Un véritable verrou conventionnel.** Cette inertie des traités, qu'elle soit constatée en droit de la propriété intellectuelle²⁰³ ou dans toute autre matière, est constitutive de ce que l'on pourrait nommer un « verrou conventionnel ». Par son poids et son inflexibilité, la norme internationale cadennasse, non les matières toutes entières, mais, plus encore, leurs fondements. De fait, la propriété littéraire et artistique n'est pas tant ici remise en cause sur certains détails, mais dans sa philosophie même, ce qui explique que nous nous heurtions ici à ce verrou. Toutefois, il ne s'agit pas de le remettre en cause dans son principe, une telle position étant nécessairement inconsistante. Ce verrouillage s'avère salutaire puisqu'il vise à inscrire la norme dans le temps, à assurer une sécurité juridique insensible à quelques tempêtes de passage. Le Droit, recourant à un mécanisme défensif, se préserve, dès lors, de bon nombre de revirements soudains et de l'inconstance que peuvent connaître les États. Remettre en cause le verrou conventionnel, c'est s'attaquer à la prééminence même des traités sur la loi, solution inenvisageable. Il est donc préférable que la norme soit, sans y être parfaitement hermétique, résistante aux renversements soudains. Demeure toutefois la volonté de convaincre de l'opportunité d'un changement majeur du droit positif, afin de pleinement recentrer le droit

²⁰¹ F. DE MARTEN, *Traité de droit international*, Librairie Marescq aîné, 1883, p. 244 : « Ni les codes, ni les ordonnances définissant les relations de droit privé, ne suffisent pour garantir le respect des droits des particuliers et leur protection au-delà des frontières d'un pays ».

²⁰² D. J. GERVAIS, « Is there a “Middle Way” in international intellectual property? », *International review of intellectual property and competition law*, Springer, volume 47, n° 2, mars 2016, p. 136 : « Then, unless one agrees with the abolitionist positions [of IP], including deleting the Berne and Paris Conventions and TRIPS Agreement, all ratified by at least 160 countries, one could posit that IP is there to stay and that major international IP instruments are unlikely to be jettisoned ».

²⁰³ L. MOSCATI, « Le Code civil et le destin de la propriété intellectuelle en Europe », *Droits*, PUF, 2008/1, n° 47, p. 169 : « Avec la Convention de Berne seulement, qui trouve son fondement dans la loi de 1791 et dans toutes les importantes adjonctions et modifications formelles et substantielles, se stabilisèrent certaines des questions restées en suspens tout au long du siècle ».

d'auteur sur sa fonction sociale. Le renoncement à la propriété dans la réservation des œuvres de l'esprit ne peut ainsi qu'être le fruit d'une évolution tout aussi lente que réfléchie des mentalités.

B : Les entraves aux droits fondamentaux culturels en droit interne

454. Le droit français, levier du droit international ? Parmi les sources du droit international en droit d'auteur, le droit français dispose d'une place de choix. Ayant exercé une influence considérable sur la Convention de Berne et ayant impacté, pour longtemps, les législations des pays de droit continental, le modèle du droit d'auteur fait figure de modèle en droit international²⁰⁴. Le droit français, s'il n'a plus exactement la même influence qu'au XIX^{ème} siècle, demeure entouré d'une certaine aura à l'étranger. Si l'on prend en compte que le droit international n'a pas vocation à tout régir, le droit français dispose évidemment d'un espace d'expression qui lui demeure propre²⁰⁵, laissant libre cours à des solutions inédites. Néanmoins, l'opposition trouvant racine dans les fondations mêmes de la propriété littéraire et artistique, la France pourrait alors avoir le rôle de porte-voix dans le glissement vers un modèle libéré de toute propriété. Cela n'est évidemment valable que si le pays se trouve prêt à appeler à la métamorphose d'un système qu'il a lui-même participé à mettre en place par son influence.

455. Omniprésence de la propriété en droit interne. Une telle prise de position semble peu probable, d'autant plus que la propriété est une notion omniprésente en droit interne. Partout, le Code de la « propriété » intellectuelle, nommé en conséquence, évoque le terme de propriété, à commencer par l'article L. 111-1 utilisant l'expression de « droit de propriété incorporelle exclusif ». Cette propriété est consacrée comme englobant la totalité des utilités de l'œuvre, hormis celles relevant des limitations, étiquées, aux droits de l'auteur et qui ne confèrent aucun droit, à proprement parler, à l'utilisateur. Nul doute que les droits culturels ne peuvent pleinement se manifester à travers les seules exceptions exposées à l'article L. 122-5 du CPI, ne portant que sur une part négligeable des usages possibles du bien. Les références à la propriété sont légion dans la lettre du Code, de sorte que le sort du droit exclusif est consubstantiel à celui du droit positif. La seule présence de la propriété constitue ainsi un

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 169 : « Le droit d'auteur français, avec l'héritage laissé par le XIX^{ème} siècle, reste à la base de toutes les constructions européen-continentales, en s'opposant longtemps au droit anglo-américain ».

²⁰⁵ V-L. BENABOU, « Puiser à la source du droit d'auteur », *op. cit.*, p. 15 : « De fait, les arguments ne manquent pas et il suffit de pointer les lacunes du droit international pour réhabiliter le rôle du législateur interne ».

obstacle insurmontable à l'intégration de nouveaux droits fondamentaux culturels au profit de l'auteur et de l'utilisateur. Par conséquent, inutile de rechercher davantage de contrariétés entre les modèles en cause tant leur opposition s'avère profonde.

456. Fragilité des droits culturels face au droit exclusif de l'auteur. Le décalage entre propriété littéraire et artistique et droits fondamentaux culturels réside, en partie, dans la très faible place accordée au public. La propriété littéraire et artistique s'affirme comme un droit puissant, qui peut sans difficulté faire céder d'autres intérêts fondamentaux lorsque les circonstances l'exigent. Cela est particulièrement le cas face à des droits dont la consistance peut sembler moins importante aux yeux du juge, comme le droit d'accéder à la culture ici proposé. En 1990, dans une affaire où il était question de reproductions, non autorisées, de la grande arche de la Défense sur des cartes postales, ce droit a pu être opposé, vainement, comme moyen de défense : « la jouissance du droit d'auteur ne saurait être battue en brèche par aucune des considérations invoquées par la défenderesse, tirées de la vocation attribuée au monument, de l'origine des deniers ayant permis son financement ou encore du droit du public à l'information et la culture »²⁰⁶. Si l'argument est bien pris en compte dans les motifs de la décision, celui-ci n'en est pas moins purement et simplement rejeté face à la logique implacable du droit de la propriété littéraire et artistique²⁰⁷. Dans l'état actuel du Droit, la reconnaissance de nouveaux droits culturels, si elle devait avoir lieu, serait très probablement limitée dans sa portée, notamment en présence d'un conflit avec la propriété de l'auteur. Ainsi, la fragilité des droits culturels, comparée à la vigueur de la propriété de l'auteur, ne fait que mettre un peu plus en exergue le caractère inconciliable de ces droits fondamentaux avec la réservation propriétaire.

457. Complétude du verrou conventionnel au regard du droit national. Droit national et international agissant en synergie en vue d'assurer à l'auteur une protection de son droit exclusif, le verrou conventionnel entourant le droit d'auteur se trouve complété par un verrou interne. À nouveau, face à l'inertie salutaire du Droit, il convient de poursuivre le débat et de tenter de convaincre qu'il existe un droit intellectuel raisonnable au-delà de la propriété, une place pour l'auteur en l'absence d'exclusivité quasi totale. La tâche s'annonce

²⁰⁶ TGI Paris, 1^{ère} ch., 12 juill. 1990, *Société Syn A.P.S. c/ Société Abeille cartes*, RIDA 1991, n° 147, p. 359 : s'il s'agissait certes d'une exploitation commerciale de l'œuvre dans cette affaire, l'absence de motivation importante sur cette question n'en reste pas moins révélatrice.

²⁰⁷ Le raisonnement était similaire concernant l'affaire Utrillo déjà évoquée, où les magistrats considérèrent que le contrôle des droits de l'auteur via l'abus notoire des héritiers dans l'exercice du droit d'exploitation (L. 122-9 CPI) et l'existence des exceptions (L. 122-5 CPI) étaient suffisants, à eux seuls, pour préserver le droit du public à l'information, ce qui est loin d'être satisfaisant à notre sens.

cependant laborieuse, tant le modèle envisagé apparaît à contre-courant de la propriété littéraire et artistique et tant cette dernière se trouve ancrée dans les esprits. Au fond, « en matière de législation à faire, la plus imposante des autorités est celle des législations déjà faites »²⁰⁸. C'est pour cette raison qu'une mutation conceptuelle relative à des éléments si fondamentaux ne peut être envisagée sur le court terme. En définitive, ce n'est qu'au prix d'un débat agité et de longue haleine que l'on peut espérer voir la propriété littéraire et artistique subrogée par des droits littéraires et artistiques.

II : De la propriété littéraire et artistique aux droits littéraires et artistiques

458. **Caractère surmontable du verrou conventionnel.** Il faut tenter de persuader, car la seule présence d'un verrou conventionnel n'est pas insurmontable et ne doit pas empêcher la proposition de modèles alternatifs. En voyant le poids et l'apparente inamovibilité de la propriété littéraire et artistique, l'on pourrait être enclin à céder à un pragmatisme excessif, en n'envisageant qu'un aménagement de la propriété littéraire et artistique, ce qui serait nécessairement insatisfaisant au regard des éléments jusqu'ici développés. Si l'alternative proposée ne peut être immédiatement transposable, elle aura au moins vocation à nourrir une réflexion d'ensemble relative à la mutation des règles qui gouvernent les œuvres de l'esprit. Au fond, en droit d'auteur – peut-être davantage même que dans bien d'autres matières – l'idéologie occupe une place centrale²⁰⁹. Nous reconnaissons que les deux modèles ici opposés le sont en grande partie pour des raisons idéologiques dont découlent les choix méthodologiques exposés en introduction. La nature de cette opposition ne peut que renforcer l'idée selon laquelle il serait nécessaire de passer outre le verrou conventionnel, et d'établir un modèle concurrent à la propriété littéraire et artistique. Un tel modèle, renouvelant l'approche du droit d'auteur, n'a ainsi pas la prétention de revêtir les atours de l'évidence, mais simplement d'assurer un meilleur respect de la fonction sociale de la discipline. Il faut dès lors l'affirmer :

²⁰⁸ A-C. RENOUD, *Traité des brevets d'invention*, éd. Guillaumin, 1844, p. 19.

²⁰⁹ F. RENAUD, « Une tentative de suppression de la propriété littéraire et artistique », *RLDI*, n° 42, 1^{er} oct. 2008 : « ce projet [projet Jean Zay] fortement teinté d'une idéologie sociale, pour ne pas dire socialiste, a au moins le mérite de rappeler que toute réglementation repose sur une idéologie et qu'il en est ainsi de notre réglementation actuelle ».

« le “modèle” du droit d’auteur n’a pas valeur universelle »²¹⁰ ; soyons donc libres de poursuivre l’élaboration d’un modèle non centré sur l’exclusivité de l’auteur.

459. L’abandon du système propriétaire. Certes, les droits accordés à l’auteur peuvent être utilisés de manière immodérée dans de nombreuses circonstances²¹¹, mais ce n’est pas tant le comportement des titulaires qui est abusif, que la norme qui s’avère imparfaite. La propriété, loin de s’être évanouie face à Internet²¹², s’est raffermie, s’adaptant de la plus imparfaite des manières à l’évolution de la société²¹³. Puisque la propriété littéraire et artistique se trouve ici abandonnée, il convient de fournir une alternative impliquant le maintien de la plupart des droits moraux dans leur principe, et le basculement d’une propriété vers un monopole d’exploitation de l’auteur. La notion de « droit d’exploitation »²¹⁴, présente dans le CPI, semble particulièrement opportune pour désigner de nouveaux droits patrimoniaux, car cette expression est exempte de toute référence à la propriété ou à l’exclusivité. Les expressions « droit d’exploitation » et « monopole d’exploitation » seraient alors substituables. Le premier alinéa de l’article L. 111-1 d’un code remanié pourrait dès lors disposer que « *l’auteur d’une œuvre de l’esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d’un monopole d’exploitation opposable à tous* ». Ainsi rédigé, le texte ne s’oppose pas à l’intégration de droits de nature culturelle au sein de la loi et permet d’assurer un plus juste équilibre entre les intérêts qui parcourent la matière. Si nous n’avons pas pour dessein de proposer une nouvelle rédaction exhaustive du Code la propriété littéraire et artistique, certaines modifications seront ultérieurement proposées au fur et à mesure de la construction du modèle en germe.

460. La prise en compte de l’utilisateur à travers l’octroi de droits subjectifs. Les droits fondamentaux de l’auteur et de l’utilisateur doivent se traduire par une redéfinition des droits de l’auteur, et par l’octroi de véritables droits subjectifs à l’utilisateur. En passant d’une logique de limite au droit d’auteur vers l’octroi de prérogatives personnelles, l’utilisateur n’est plus uniquement tenu de respecter des devoirs relatifs à l’utilisation de

²¹⁰ M. VIVANT et J-M BRUGUIÈRE, *Droit d’auteur et droits voisins*, Dalloz, 2019, 4^{ème} éd., p. 7.

²¹¹ E. PIERRAT, « Une utopie en forme de négation du droit d’auteur », *Le débat*, 2001/5, n° 117, p. 50 : « Ce n’est pas la propriété intellectuelle mise en application sur Internet qui est nocive. C’est bien plutôt le mauvais usage que certains voudraient faire de la propriété intellectuelle ».

²¹² L. MAUREL, « Que reste-t-il de la propriété dans l’environnement numérique ? », *Délibérée*, 2020/2, n° 10, p. 19.

²¹³ J. HUET, « Un bien qui répand la terreur : le droit d’auteur – et ses avatars (ou : quand il faut interdire d’interdire) », *RLDI*, n° 73, 1^{er} juill. 2011.

²¹⁴ CPI, art. L. 122-1.

l'œuvre²¹⁵. À ce stade, la question de savoir si les droits de l'utilisateur pourraient, au regard de leur nature, intégrer le Code de la consommation peut légitimement se poser. À cela il convient de répondre que les droits accordés au public ne peuvent en aucun cas se fondre au sein des dispositions relatives à la protection du consommateur. Une telle proposition manquerait en effet cruellement de cohérence tant les droits de l'auteur et de l'utilisateur disposent de définitions consubstantielles au regard des éléments que nous avons dégagés. Le droit d'auteur doit gagner en souplesse et permettre à d'autres intérêts de prévaloir lors de l'exercice du contrôle de proportionnalité, comme cela pu être le cas en Allemagne où le tribunal constitutionnel fédéral n'hésita pas, à l'occasion de l'une de ses décisions, à faire prévaloir la liberté de création sur le monopole de l'auteur en présence d'une très faible atteinte aux intérêts pécuniaires du créateur²¹⁶. L'accès à l'œuvre devenant le principe, certaines modifications d'ampleur sont à prévoir en vue d'aménager la portée du monopole du créateur. Si l'article L. 122-5 doit, dans son esprit et non strictement dans sa forme actuelle, demeurer pour régir les usages des personnes morales et personnes physiques agissant à titre commercial, un ajout doit être prévu s'agissant des utilisateurs. Il est tout à fait possible de concevoir qu'au sein des premiers articles du CPI, soient intégrées des dispositions qui, par opposition aux termes de l'article L. 122-5, disposent que « Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'utilisateur est autorisé à ... ». L'octroi de droits subjectifs représente ainsi le meilleur moyen de prendre en compte l'utilisateur au sein de droits littéraires et artistiques.

461. **Le recours à la notion de droits littéraires et artistiques.** La notion de propriété littéraire et artistique ne peut prospérer en présence de nouveaux droits fondamentaux culturels conduisant à une réduction très importante du champ de l'exclusivité de l'auteur. La propriété succombant, nous emploierons à présent – et comme nous avons déjà commencé à le faire – la notion de « droits littéraires et artistiques » pour faire référence au modèle en cours d'élaboration. Si nous n'avons pas remis en cause la propriété industrielle de façon systématique, bien que celle-ci ne soit pas exempte d'imperfections, le recours à l'expression

²¹⁵ D. PIATEK, *La crise des exceptions en droit d'auteur*, Thèse, Orléans, dir. J. LEROY, Institut universitaire Varenne, 2017, p. 125 : « Du point de vue de l'auteur, les exceptions créent une sorte de devoir de supporter l'utilisation qui aurait pu être interdite en l'absence de toute dérogation. L'existence de ce devoir particulier place l'auteur dans une situation juridique subjective, qui fait naître des droits plutôt que des devoirs. Inversement, du point de vue des utilisateurs, l'exception les place dans une situation juridique objective créant des devoirs plutôt que des droits ».

²¹⁶ Tribunal constitutionnel fédéral allemand, 29 juin 2000, *Germania 3* : « Lorsque - comme c'est le cas en l'espèce - une violation des droits de l'auteur de faible ampleur, n'entraînant qu'une perte financière minime pour les ayants droit, s'oppose à la liberté de création, l'intérêt de l'artiste à la libre utilisation de l'œuvre dans le cadre d'une confrontation sur le terrain artistique doit prévaloir sur les simples intérêts financiers des titulaires de droit ».

« propriété intellectuelle » n'apparaît plus adéquat en l'absence de propriété de l'auteur. Il est alors préférable d'évoquer le « droit de la création intellectuelle », permettant d'intégrer à la fois propriété industrielle et droits littéraires et artistiques. Le caractère « littéraire et artistique » de la matière ne s'efface pas en présence de l'utilisateur, dans la mesure où l'existence de ses droits est consubstantielle à l'œuvre elle-même. La notion de « droit d'auteur » peut persister, mais elle ne doit plus, à compter de cet instant, être utilisée comme référence à la matière dans son ensemble. Les droits littéraires et artistiques englobant tant les droits de l'utilisateur que de l'auteur, seuls ces derniers peuvent être concernés, tant dans leurs aspects patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux, par l'expression « droit d'auteur ». Ainsi, la dénomination de la matière apparaît plus neutre, sans mise en évidence de la domination du droit de l'auteur et, surtout, sans référence à un droit de propriété qui n'existe plus dans ce modèle. Les expressions « propriété littéraire et artistique » et « propriété intellectuelle » ne seront toutefois pas totalement exclues des démonstrations futures. Elles permettront, en effet, de faire référence au droit positif, mis en comparaison avec les droits littéraires et artistiques.

Conclusion du chapitre II

462. **Un renversement de paradigme.** Au regard de l'ensemble des développements qui précèdent, un constat clair peut être dressé : en droit positif, le droit d'auteur prévaut largement sur les intérêts de l'utilisateur, qui ne sont reconnus qu'à la marge et sous réserve d'un respect scrupuleux de la propriété du créateur²¹⁷. Ce paradigme doit toutefois être renversé au profit d'une dynamique poursuivant un équilibre plus juste entre auteur et utilisateur. Ledit équilibre ne peut être atteint en présence d'un pouvoir d'exclure quasi absolu de l'auteur, ce qui implique une remise en cause de la propriété, pourtant au cœur du dispositif actuel. La propriété littéraire et artistique étant remise en cause dans son fondement même, elle ne peut servir de support à un renouveau des droits de l'auteur et à l'octroi de droits au profit de l'utilisateur. Dès lors, un raisonnement construit à partir de droits littéraires et artistiques apparaît adéquat en vue d'édifier un modèle inédit. Celui-ci se construit autour de droits moraux partiellement redéfinis, ainsi que d'un monopole d'exploitation, excluant toute concurrence dans l'exploitation de l'œuvre, mais ne permettant pas de s'opposer à la jouissance de celle-ci par l'utilisateur en toutes circonstances. Les droits fondamentaux de l'auteur et de l'utilisateur sont donc porteurs de très nombreuses implications théoriques, qui doivent aboutir à une redéfinition concrète des prérogatives de chacun au sein des droits littéraires et artistiques.

463. **Un auteur au sort incertain.** Les droits de l'auteur n'ayant pas encore été redéfinis avec précision, le sort du créateur se révèle encore incertain à ce stade. Certes, son rôle et son pouvoir sont paradoxalement déjà très amoindris en droit de la propriété littéraire et artistique²¹⁸, mais la mise en œuvre de droits culturels au profit de l'utilisateur aura nécessairement pour effet de retrancher, encore, aux prérogatives du créateur. La proposition d'une limitation stricte de la durée d'exclusivité accordée au titre du contrat de concession ne peut suffire à contrecarrer cette irrésistible désacralisation de l'auteur. Toutefois, les droits littéraires et artistiques fondent la promesse d'un renouveau, accordant des droits subjectifs tant à l'auteur qu'à l'utilisateur. Si, dans ce modèle, certains sacrifices seront imposés au créateur, rien ne s'oppose à ce que son nouveau statut soit pleinement équilibré au regard des différents impératifs qui conditionnent la matière. Pour lever les incertitudes entourant le sort de l'auteur,

²¹⁷ J. HUET, « Un bien qui répand la terreur : le droit d'auteur – et ses avatars (ou : quand il faut interdire d'interdire) », *op. cit.* : « toujours, le droit d'auteur empiète sur le droit du public à l'information, voire à la liberté ».

²¹⁸ A. LATREILLE, « L'avènement d'un droit d'auteur sans auteur », *Dr. et patr.*, n° 162, 1^{er} sept. 2007.

il nous reviendra donc, par la suite, d'établir l'assiette concrète de ses droits tant moraux que patrimoniaux.

Conclusion du titre II

464. **La révélation de droits fondamentaux culturels par le prisme d'Internet.**

La plupart des droits fondamentaux culturels, s'ils ne sont pas systématiquement invocables, n'en sont pas moins reconnus, notamment par le droit international. En vérité, ces droits préexistaient à leur mise œuvre et n'en sont actuellement qu'au début de leur développement. Si ces prérogatives n'ont jusqu'ici pas parfaitement été mises en œuvre, c'est principalement en raison de la limitation des moyens nécessaires à leur expression. La liberté d'aller et venir préexistait évidemment au développement des routes, des infrastructures ferroviaires ou de l'aviation, mais ces évolutions ont participé à son essor. Ce droit n'a eu de cesse, au cours de l'histoire, de connaître des dimensions inédites au fur et à mesure des prouesses de l'humanité. Au regard des technologies nouvelles et des mutations sociales, le champ des possibles s'ouvre, et certains droits, qui paraissaient figés, se dévoilent sous un autre jour et sous une tout autre envergure. Cela est notamment le cas de certains droits culturels qui ne peuvent pleinement se concrétiser face au manque d'infrastructures, de ressources, voire en présence de barrières comme l'analphabétisme empêchant d'accéder au contenu des œuvres littéraires. Toutefois, dès lors que les œuvres circulent, qu'elles peuvent être totalement ou partiellement dématérialisées et que leur contenu peut être transmis via Internet, les conditions sont réunies pour donner un nouveau souffle à ces droits, dont certains n'étaient jusqu'ici reconnus que du bout des lèvres. Ainsi, les droits culturels se révèlent et provoquent la remise en cause progressive de l'exclusivité inhérente au système propriétaire.

465. **La propriété malmenée par les droits fondamentaux culturels.** Jusqu'ici, l'approche personnaliste du droit de la propriété littéraire et artistique « tenait en lisière les droits du public »²¹⁹. Le caractère personnaliste du droit d'auteur ne peut cependant endiguer à lui seul les implications de droits fondamentaux culturels. Le lien étroit qui existe entre l'auteur et son œuvre peut à présent être distendu par les droits de l'utilisateur, ce dernier venant s'immiscer dans le rapport de l'auteur avec sa chose. En réalité, le créateur n'est plus tout à fait seul avec son œuvre : il doit composer avec des intérêts concurrents qui s'exercent sur sa propre création. Ne pouvant concrètement empêcher certains usages de la part du public, la propriété de l'auteur se trouve malmenée par les droits fondamentaux culturels. Bien que le créateur

²¹⁹ D. BÉCOURT, « Vers une révolution du droit d'auteur ? », *Dr. et patr.*, n° 72, 1^{er} juin 1999.

dispose également de droits de même nature, sa place, si elle demeure centrale, se trouve relativisée. Le Droit doit donc, sous l'impulsion de ces droits fondamentaux et des enjeux numériques, trouver une solution afin de concilier les intérêts de chacun.

466. **Inadéquation entre propriété et droits fondamentaux culturels.** Au cours des derniers développements, nous avons mis en évidence l'existence de droits fondamentaux latents, tel le droit de participer à la vie culturelle de la communauté dont découle le droit d'accéder à la culture. La prise en considération du public étant amenée à s'accroître du fait du développement d'Internet, de tels droits auront vraisemblablement vocation à se développer et, pour certains, à devenir invocables par les individus. Dans une telle perspective, nous avons constaté que l'exclusivité accordée à l'auteur ne peut se concilier à ces droits sans se compromettre. La clé de voûte de la propriété de l'auteur se trouvant menacée, sa coexistence avec des droits fondamentaux culturels, notamment au profit du public, apparaît particulièrement difficile. Ainsi, à travers l'ensemble de cette démonstration, il apparaît que les droits fondamentaux de l'utilisateur sont inadaptés à la propriété. Néanmoins, au regard de la fonction sociale du droit de la création immatérielle, il faudrait davantage considérer que c'est la propriété qui est inadaptée aux droits fondamentaux de l'utilisateur.

Conclusion de la partie I

467. **De la crise au renouveau.** La multiplication des usages contrefaisants des œuvres de l'esprit, la faible réponse pénale apportée par le droit positif à ces actes et la fuite en avant constante du droit d'auteur mènent à un constat sans appel : la propriété littéraire et artistique connaît aujourd'hui une crise majeure²²⁰. Un tel constat ne peut que conduire à une mise en évidence particulièrement claire des imperfections du droit de la propriété littéraire et artistique. La mise en œuvre d'une exclusivité englobant la quasi-totalité des utilités des œuvres de l'esprit apparaît aujourd'hui excessive. La présence de simples limites, parfois très restreintes dans leur étendue et leur interprétation, ne permet pas de garantir les intérêts du public, qui ne peut pourtant pas légitimement être si peu inclus au sein du droit de la création immatérielle. Cette crise du droit de la propriété littéraire et artistique représente donc l'opportunité d'un renouveau de la matière par une répartition des utilités de l'œuvre davantage conforme aux objectifs poursuivis par le Droit.

468. **Un droit recentré sur sa fonction sociale.** Le droit de la propriété littéraire et artistique, sans être parfaitement impuissant, présente des difficultés à assurer le strict respect de l'exclusivité accompagnant les droits patrimoniaux de l'auteur. Ce constat s'avère particulièrement fort lorsque l'œuvre en cause transite via Internet, mettant davantage en évidence le manque d'efficacité du droit d'auteur. Une telle situation conduit à repenser l'étendue de l'exclusivité accordée à l'auteur, et à envisager « un droit d'auteur raisonnable »²²¹, c'est-à-dire un droit qui cesse de voir son assiette s'étendre. La propriété littéraire et artistique, conçue comme un droit égoïste, ne remplit pleinement que l'une de ses finalités, à savoir l'incitation à la création. Toutefois, elle ne permet pas une diffusion, dans des conditions satisfaisantes, des œuvres de l'esprit. Il est primordial d'envisager les droits littéraires et artistiques comme des droits-fonctions, afin de rendre cette matière plus consensuelle et d'agir dans un souci d'efficacité du Droit. Dans cette vision davantage utilitariste, qui ne relève

²²⁰ C. BERNAULT, « La tentation d'une régulation technique du droit d'auteur », *RLDI*, n° 15, 1^{er} avr. 2006 ; V. ég. F. GURRY, « L'avenir du droit d'auteur », Conférence à l'Université de technologie du Queensland, 25 févr. 2011 : « soit le système du droit d'auteur s'adapte aux avantages découlant de l'évolution naturelle, soit il disparaît ».

²²¹ J. HUET, « Un bien qui répand la terreur : le droit d'auteur – et ses avatars (ou : quand il faut interdire d'interdire) », *op. cit.*

cependant pas d'une approche purement centrée sur l'intérêt du plus grand nombre, ce droit remplit pleinement sa fonction sociale, mettant alors en péril le dogme propriétaire.

469. **L'adieu au dogme propriétaire.** La présence de droits fondamentaux culturels au profit de l'utilisateur peut conduire à la disparition du modèle propriétaire concernant les œuvres de l'esprit. Un tel renoncement à la propriété littéraire et artistique n'est toutefois pas chose aisée, ne serait-ce qu'au regard de sa pénétration dans les esprits. L'idée même d'une régulation des droits de l'auteur sans recours au terme « propriété » n'est pas évidente, et c'est pourquoi il a été décidé de recourir ici à la notion de « droits littéraires et artistiques » pour désigner le modèle en construction. Dans sa forme actuelle, le droit d'auteur, élaboré à partir du droit exclusif dans sa composante patrimoniale, fait l'objet d'un véritable dogme²²² qui rend son abandon inenvisageable pour une partie de la doctrine. Le doyen Vivant rappelle pourtant que : « si nous oublions que le droit est un outil social, si nous privilégions le dogme à la prise en compte de la réalité, nous serons dans l'incapacité d'imaginer le droit adapté à l'innovation du XXIème siècle, à l'opposé de ce qu'avaient su imaginer nos ancêtres des Lumières »²²³. Compte tenu des arguments qui ont été précédemment avancés, il faut donc renoncer à la propriété au profit d'un modèle plus performant, même si celui-ci bouleverse inmanquablement les fondements de notre objet d'étude.

470. **L'élaboration de nouveaux droits littéraires et artistiques.** Les précédents développements appellent, sans doute possible, un nombre important d'interrogations, auxquelles nous allons tâcher de répondre à présent. Mais avant d'apporter ces réponses, se pose la question de savoir si un modèle ne reposant pas sur la propriété peut prospérer en droit d'auteur. Quels que soient les obstacles à la mise en œuvre d'un modèle alternatif à la propriété de l'auteur, qu'il s'agisse du verrou conventionnel posé par les traités ou de l'opposition de l'auteur et ses ayants droit, l'élaboration de nouveaux droits littéraires et artistiques doit être entreprise. Il ne sera pas question de se contenter de la solution la plus susceptible de consensus ou la plus facilement applicable, puisque « le droit veut être étudié dans ce qu'il est et dans ce qu'il doit être »²²⁴. Après avoir mis en évidence ce qu'il est, une propriété imparfaite, nous allons poursuivre l'effort consistant à déterminer ce qu'il doit être, un ensemble de droits

²²² T. PARIS, *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, PUF, 2002, p. 221 : « Le droit d'auteur semble s'être paré d'une transcendance qui fait que l'instrument qu'il est prend le plus souvent le pas sur les objectifs auxquels il répond : on défend le droit d'auteur pour le droit d'auteur ».

²²³ M. VIVANT, « La propriété intellectuelle : un objet à redécouvrir » in IRPI, *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?*, Colloque de l'IRPI, LexisNexis, 2013, p. 14.

²²⁴ A-C. RENOUARD, *Du droit industriel dans ses rapports avec les principes du droit civil sur les personnes et sur les choses*, éd. Guillaumin, 1860, p. 10.

subjectifs sur l'œuvre confiés tant à l'auteur qu'à l'utilisateur. En définitive, nous opérons le choix d'imaginer librement les droits littéraires et artistiques en dehors de toute propriété : « que l'on cesse de dire que la propriété intellectuelle est ceci ou cela. La propriété intellectuelle est ce que nous en faisons »²²⁵. Faisons donc !

²²⁵ M. VIVANT, « La propriété intellectuelle : un objet à redécouvrir » *op. cit.*, p. 14.

PARTIE II : Le dépassement du modèle propriétaire dans la réservation des œuvres de l'esprit

471. **Au-delà de la propriété littéraire et artistique, les droits littéraires et artistiques.** Le modèle propriétaire étant remis en cause, se dévoile l'enjeu de sa substitution par un système prenant pleinement en compte les droits fondamentaux de l'utilisateur. Les droits littéraires et artistiques, proposés en lieu et place du droit positif, risquent cependant de se heurter à plusieurs difficultés, à commencer par l'ancrage déclaré de la propriété littéraire et artistique dans le droit naturel. Comment un droit créé *ex nihilo* pourrait-il prétendre un instant être en mesure de mieux réguler la matière qu'une propriété dont l'évidence la rend, *a priori*, indétrônable ? Il faut cependant se défaire de l'idée selon laquelle le droit naturel représenterait la justification des droits de l'auteur ainsi que de ses corollaires. Si la matière se trouve nécessairement empreinte de droit naturel, ne serait-ce qu'à travers le droit moral ou le droit à une juste rémunération, une approche réaliste peut également trouver sa place aux fondements du droit de la création. C'est pour cette raison que la propriété littéraire et artistique ne peut rester un objet intangible : « point donc d'ontologie des choses qui dicterait une quelconque ontologie juridique, mais une élaboration à partir d'un état de fait, d'une situation. Le juriste doit frayer un chemin du droit qui n'est en rien tracé *ab initio* »¹. Par conséquent, nous nous efforcerons d'identifier les détours du chemin ici emprunté, sans pour autant prétendre qu'il s'agirait de l'unique tracé menant à la destination souhaitée.

472. **Vacuité d'une définition fondée sur l'absence de propriété.** Peu d'éléments permettent, pour l'heure, de déterminer le contenu des droits littéraires et artistiques. Il s'agit jusqu'ici, pour l'essentiel, d'un modèle trouvant notamment sa source dans les droits fondamentaux de l'auteur et de l'utilisateur, et ne reposant sur aucun mécanisme propriétaire, mais plutôt sur un monopole d'exploitation. Toutefois, une définition fondée sur l'absence de propriété est une non-définition, pas plus que la « non-propriété » ne permet de cerner l'étendue nouvelle des droits de l'auteur². L'un des principaux enjeux sera donc ici de déterminer la nature ainsi que le contenu des droits de l'auteur et de l'utilisateur. Ce n'est qu'à ce prix que le droit de la propriété littéraire et artistique pourra véritablement être dépassé.

473. **L'auteur, acteur principal mais non exclusif des droits littéraires et artistiques.** Le droit positif se trouve intégralement tourné vers la personne de l'auteur, ce qui est parfaitement cohérent s'agissant d'un modèle fondé sur une approche personnaliste.

¹ J. P. GASNIER, « Ethique et propriété intellectuelle » in J. SCHMIDT-SZALEWSKI (en l'honneur de), *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé, mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, dir. C. GEIGER et C. RODÀ, LexisNexis, 2014, p. 161.

² M. OUTTERS BALIGAND, *Les propriétés intellectuelles à l'aune du triptyque*, Thèse, Paris I, dir. G. LOISEAU, 2015, p. 740 : « l'a-propriété ne qualifie pas non plus le droit du créateur ».

Néanmoins, dès lors que l'on se fonde sur une approche teintée d'utilitarisme et de réalisme, et que la propriété se trouve abolie, il n'est plus possible d'accorder une telle place au créateur. Les droits littéraires et artistiques, s'ils seront toujours construits autour de l'auteur et de son œuvre, verront la place de l'utilisateur largement accrue, davantage même qu'au sein des législations les plus ouvertes sur la question³.

474. La distribution de prérogatives entre auteur et utilisateur. Les droits fondamentaux de l'utilisateur, pour produire pleinement leurs effets, doivent notamment nourrir la création de droits subjectifs à son bénéfice. Ces droits s'exerceront directement sur l'œuvre de l'esprit, souvent en concurrence avec ceux de l'auteur, ce qui impliquera des restrictions, voire des charges pour ce dernier⁴. Celles-ci ne seront pas générales et auront nécessairement une portée limitée pour ne pas porter une trop forte atteinte aux intérêts du créateur, qui demeure plus que légitime au sein de la matière. En vue d'accorder à chacun le sien et dans l'optique d'assurer un équilibre entre les intérêts de l'auteur et de l'utilisateur, nous opterons ici pour une « approche distributive »⁵ des utilités de l'œuvre. Celle-ci permettra de répondre aux besoins de chacun des intervenants, sans pour autant anéantir l'ensemble des acquis du droit positif.

475. Tentative d'élaboration de droits littéraires et artistiques. Avant d'entreprendre de modifier une partie des fondements et de l'esprit de la matière, il faut admettre que la tâche s'annonce ardue. Elle l'est non seulement au regard de la difficile préservation des intérêts essentiels de chaque acteur, mais également au regard du risque de dénaturation pure et simple d'une législation qui pourrait se voir vidée de sa substance. Nous admettons ainsi que le modèle proposé sera nécessairement porteur d'imperfections. D'une part, il sera impossible d'analyser en détail les moindres changements engendrés par les droits littéraires et artistiques, sauf à proposer une réécriture complète et illusoire du CPI. Si de nombreux éléments analytiques seront présentés, notre approche demeurera nécessairement globale, attachée à la détermination de la philosophie nouvelle du droit de la création immatérielle. D'autre part, concevoir un modèle complet et prêt à l'emploi en remplacement d'une matière pétrie des apports successifs de nombreux auteurs relève d'un génie que nous ne

³ La législation canadienne, comme nous le verrons, reconnaît ainsi déjà certaines prérogatives aux utilisateurs : P-E. MOYSE, « Le droit des utilisateurs au Canada », *Juris art etc.*, 2015, n° 25, p. 30 : « le droit d'auteur n'est plus seulement et exclusivement le droit de l'auteur : il devient un lieu de coproduction normative, un complexe d'intérêts désormais bien identifiables au premier chef desquels se trouve le droit de l'auteur naturellement, celui des artistes-interprètes, des diffuseurs, mais également celui, autrefois exogène, des utilisateurs ».

⁴ J. ROCHFELD, « Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux "communs" ? », *Revue internationale de droit économique*, 2014/3, t. 28, p. 365 : « Au-delà de la jouissance individuelle des utilités de son bien, il [l'auteur] aurait à supporter des "charges" permettant l'accès de tiers à ces utilités ».

⁵ *Ibidem*.

revendiquons évidemment pas. Nous abordons donc avec humilité cette tentative d'élaboration des droits littéraires et artistiques.

476. **Contenu et limites des droits littéraires et artistiques.** Dans ce cadre, il convient d'opérer une distinction méthodique entre le contenu des droits et leurs limites. Évoquer le contenu des droits permettra de déterminer la portée concrète des droits de l'utilisateur, ainsi que la nature de ces prérogatives. En parallèle, l'auteur se trouvant logiquement privé d'une partie des utilités de son bien, il conviendra d'identifier l'étendue des facultés dont le créateur se retrouve privé, et l'impact de ces privations sur l'exercice de ses droits. Ce n'est qu'ensuite, en vue de prolonger, négativement, la définition des droits de chacun, que pourra être envisagée l'étude des limites aux droits de l'auteur et de l'utilisateur. Nous serons alors amenés à analyser tant les limites substantielles que temporelles de ces droits. Partant, nous déterminerons le contenu des droits littéraires et artistiques (Titre I), avant d'en circonscrire les limites (Titre II).

Titre I : Détermination du contenu des droits littéraires et artistiques

477. **Les droits littéraires et artistiques, menaces pour les libertés ?** La disparition de la propriété peut faire craindre un chaos dans la matière. En droit positif, la réservation propriétaire représente l'arme la plus parfaite pour assurer la défense des intérêts du créateur et serait l'émanation même de ses droits les plus sacrés : « la propriété n'est que la mise en œuvre de la liberté dans l'ordre des biens »⁶. Toutefois, la propriété est la liberté concentrée entre les mains d'un seul, circonstance qui ne sied guère au domaine immatériel comme nous l'avons déjà évoqué. Les droits littéraires et artistiques ne peuvent donc être craints dans leur seul principe, dans la mesure où des espaces de liberté suffisants peuvent être attribués à l'auteur en l'absence de propriété. L'auteur ne se trouve pas désemparé du fait d'un simple changement terminologique, pas plus que l'utilisateur ne devient, par la même occasion, maître incontesté de l'œuvre. Il est dès lors impératif de ménager les libertés et droits de chacun, même si cela doit induire des arbitrages en défaveur de l'auteur⁷. Bien qu'une telle recherche de compromis ne puisse satisfaire les partisans d'un droit d'auteur purement personnaliste, celle-ci s'impose afin de limiter l'atteinte aux libertés de l'utilisateur. S'il existe une menace pour les libertés de l'auteur et de l'utilisateur, elle ne peut donc se manifester que dans un partage déséquilibré des prérogatives de chacun, non dans le principe même d'un droit ne reposant pas sur le régime propriétaire.

478. **Identifier les utilités portant sur le bien, répartir les utilités relatives à l'œuvre.** Il semble difficile, *a priori*, d'évoquer le contenu de droits dont seuls les fondements les plus profonds sont connus. C'est pour cette raison que nous prendrons largement le temps de définir les outils conceptuels qui serviront à élaborer les droits de l'auteur et de l'utilisateur. C'est avant tout en ayant recours la théorie du faisceau de droits que nous procéderons à la distribution des prérogatives de chacun. Nous prendrons soin d'identifier et de mettre cet outil à l'épreuve au sein d'un environnement familier avant de l'employer au sein du droit de la création immatérielle. C'est ainsi que nous identifierons notamment les utilités portant sur le

⁶ F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.*, 1993, p. 305.

⁷ M. OUTTERS BALIGAND, *Les propriétés intellectuelles à l'aune du triptyque*, *op cit.*, p. 205 : même en droit positif, en matière de propriété intellectuelle « plus qu'ailleurs, le pouvoir du propriétaire n'est que le résultat d'un compromis entre son intérêt et ceux de la collectivité ».

bien civiliste et notamment sur les immeubles régis par le droit civil des biens. Ce n'est qu'après avoir sélectionné une nomenclature précise des utilités du bien et l'avoir confrontée au droit civil que seront exposées les grandes lignes d'un nouveau modèle en droit d'auteur. Une fois les groupes d'utilités portant sur l'œuvre identifiés, nous pourrons les répartir entre auteur et utilisateur pour répondre au mieux à la finalité sociale du droit de la création immatérielle. Au cours de la répartition de ces ensembles d'utilités, nous pourrons nommer les droits de l'utilisateur, ce qui constitue une étape essentielle à leur concrétisation⁸. Nous préciserons également les conditions d'exercice de ces droits en vue de leur conférer une véritable consistance. Seront donc préliminairement identifiées les utilités du bien au profit du propriétaire et des tiers (Chapitre I), avant de procéder à la distribution consécutive des utilités de l'œuvre entre auteur et utilisateur (Chapitre II).

⁸ M-A. CHARDEAUX, « Nommer la prérogative d'usage des choses communes », *D.*, 2019, p. 2195 : concernant les biens communs « les prérogatives des usagers ne sont pas nommées et c'est pourquoi elles peinent à exister ».

Chapitre I : Identification préliminaire des utilités du bien au profit du propriétaire et des tiers

479. **Le faisceau de droits, outil adaptatif.** Le raisonnement en termes de faisceau de droits, s'il est parfois appliqué à la propriété, peut également être employé pour décrire l'ensemble des utilités qu'offre un bien, en dehors de toute idéologie propriétaire. Une telle approche, permettant d'identifier les avantages que peut procurer un objet de droit, s'avère souple et adaptative. Elle apparaît largement susceptible d'assurer la réservation des utilités du bien à la personne qui saura en tirer le meilleur parti. C'est en ce sens que la fragmentation⁹ des prérogatives portant sur le bien constitue un outil précieux en vue de remplir la finalité sociale d'une matière donnée, tout en favorisant l'élaboration de droits nouveaux¹⁰. Cet instrument ne peut cependant être utilisé sans avoir été, au préalable, pleinement appréhendé. En effet, envisager une distribution des droits de l'auteur et de l'utilisateur sans même avoir défini les notions de faisceau de droits et d'utilité constituerait un risque, tant l'interprétation de ces termes peut être sujette à débat. Nos premiers développements permettront ainsi de cerner ces notions, étape indispensable à la suite de la démonstration envisagée.

480. **Détermination de catégories d'utilités sur le bien.** Il sera encore essentiel, afin d'assurer la cohérence de l'ensemble des utilités qui se trouveront ici évoquées, d'en retenir une nomenclature adéquate. À ce titre, plusieurs pistes devront être envisagées avant que ne soit retenue une catégorisation des utilités adaptée aux droits littéraires et artistiques. Une fois ce travail effectué, nous pourrons confronter ces ensembles d'utilités au droit civil des biens en vue de mettre leur intérêt à l'épreuve. C'est la raison pour laquelle nous chercherons ici à identifier les utilités portant sur le bien en vue de déterminer celles revenant au propriétaire et celles pouvant profiter aux tiers. Il s'agit donc d'identifier une nomenclature appropriée des utilités afin de l'expérimenter à l'aune du droit positif. Après avoir caractérisé les groupes d'utilités présents en droit civil des biens, nous nous pencherons sur les hypothèses intéressantes offertes par le droit de l'environnement ainsi que le droit de la création immatérielle dans sa

⁹ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination : le sort des exemplaires en droit d'auteur*, Thèse, Paris II, dir. A. FRANÇON, LGDJ, 1989, p. 140.

¹⁰ D. DESURVIRE, « L'atomisation de la propriété », *Les petites affiches*, 1994, n° 90.

forme actuelle. À cette fin, nous appréhenderons de façon extensive la nature des utilités (Section I), avant de retenir une nomenclature ciblée desdites utilités (Section II).

Section I : Appréhension extensive de la nature des utilités

481. **Divisibilité des utilités, utilité des divisibilités.** La divisibilité des utilités constitue un outil précieux dans l'exploitation du potentiel du bien. Même en droit positif, où la norme opère via des démembrements, la fragmentation des droits sur le bien apparaît nécessaire : « la divisibilité du droit de propriété est une condition de son libre usage et un instrument de sa disponibilité »¹¹. Dans le cadre de la propriété, le démembrement apparaît comme une émanation de la volonté souveraine du propriétaire, apte à déconstruire l'objet sur lequel il exerce sa puissance. Cependant, la déconstruction du droit réel principal portant sur le bien permet également de faire fructifier ce dernier et de l'exploiter de manière efficace. C'est en ce sens que la divisibilité s'avère utile, puisqu'elle permet d'allouer certaines composantes du bien de manière optimale. En outre, lorsque s'évanouit le dogme propriétaire, la divisibilité peut être bien davantage poussée. Raisonner purement en termes d'utilités, sans prise en compte globale du bien, permet d'atteindre le paroxysme de la divisibilité des prérogatives sur l'objet, ouvrant le champ d'une parfaite répartition des avantages procurés par celui-ci. Il ne faut cependant pas perdre de vue que les restrictions qu'impose la propriété ont une raison d'être et agissent comme des garde-fous vis-à-vis d'un démembrement déraisonnable du bien. En effet, disperser les utilités du bien entre de multiples parties prenantes pourrait, aux antipodes de l'objectif visé, conduire à la ruine du potentiel économique du bien. Dans cette hypothèse, la divisibilité débridée pourrait s'avérer préjudiciable. Dans le but d'éviter cet écueil, nous évoquerons les définitions plurielles de la notion d'utilité (§1), avant d'étudier les contours et fonctions de la théorie du faisceau de droits (§2).

¹¹ A-C. RENOARD, *Du droit industriel dans ses rapports avec les principes du droit civil sur les personnes et sur les choses*, éd. Guillaumin, 1860, p. 254.

§1 : Définitions plurielles de la notion d'utilité

482. **L'utilité, notion polymorphe.** La lecture des différents travaux se référant à l'utilité laisse apparaître une véritable hétérogénéité quant à l'appréhension de cette notion. Son contenu semblant relativement évident aux yeux de bon nombre d'auteurs, la notion ne s'en trouve pas systématiquement définie. Si elle relève du strict domaine économique pour certains, elle présente bien d'autres formes pour d'autres. Ces approches divergentes imposent d'identifier les contours étendus de la notion d'utilité (I), avant de mettre en évidence l'indépendance de cette dernière face à la propriété et ses démembrements (II).

I : Contours étendus de la notion d'utilité

483. **L'utilité, atome du bien.** Quelle que soit la définition retenue de l'utilité, un constat transparaît systématiquement : celui selon lequel les utilités constitueraient une constellation gravitant autour du bien¹², voire la particule élémentaire de celui-ci. En s'imposant comme brique fondamentale de l'objet, elle se révèle d'un intérêt majeur dans notre entreprise de distribution des prérogatives portant sur l'œuvre. Partant, sera avant toute chose étudiée la plasticité de l'utilité du bien (A), permettant d'entrevoir ses multiples conceptions (B).

A : Plasticité de l'utilité du bien

484. **L'utilité : appréhension des avantages procurés par le bien.** S'il est bien une notion employée usuellement pour faire référence aux avantages que l'on peut tirer d'un bien, c'est l'utilité¹³. C'est là l'un des premiers critères de définition de cette notion protéiforme : l'utilité permet de satisfaire un besoin humain¹⁴. Ainsi, bien que l'objet puisse procurer une très

¹² F. ZENATI, « Notion de propriété », *RTD civ.*, 1999, p. 859 ; V. ég. A. BOISSON, *La licence de droit d'auteur*, Thèse, Montpellier, dir. J. RAYNARD, 2011, p. 60 : « ce sont les droits d'exploitation représentatifs des "utilités" de l'œuvre, et non directement l'œuvre, qui font l'objet du droit de propriété et d'une éventuelle cession ».

¹³ M. XIFARAS, *La propriété : étude de philosophie du droit*, Thèse, Besançon, dir. R. DAMIEN, PUF, 2004, p. 229 : « le concept d'utilité semble s'étendre à tous les avantages que les droits sont susceptibles de procurer » ; V. ég. F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété : contribution à la théorie du droit subjectif*, Thèse, Lyon III, dir. J. RUBELLIN-DEVICHI, 1981, t. 2, p. 517 : « les utilités de la chose sont les avantages concrets qu'elle procure ».

¹⁴ J. COMMONS, *The distribution of wealth*, Macmillan and co., 1893, p. 2 : « utility is that attribute of external objects which fits them to satisfy human wants ».

grande diversité de services, seuls ceux qui sont susceptibles d'intéresser l'Homme sont de nature à représenter des utilités. Celles-ci représentent donc l'ensemble des avantages effectifs ou potentiels procurés par tout bien aux sujets de droit. La notion d'utilité ne peut être strictement limitée au domaine des biens corporels, dans la mesure où aucune incompatibilité n'existe entre bien immatériel et utilité et dans la mesure où ce terme se trouve souvent emprunté pour évoquer les avantages procurés par l'œuvre de l'esprit ou l'objet de propriété industrielle.

485. L'utilité, critère de détermination des biens. Le lien entre utilité et bien apparaît extrêmement étroit eu égard au fait que l'utilité constitue un critère de détermination des biens¹⁵. Sans utilité, l'objet, quel qu'il soit, ne peut présenter l'attrait suffisant pour intéresser le regard de l'Homme. Lorsque la chose ne donne aucune perspective à son potentiel utilisateur, elle ne peut qu'être mise au rebut matériel qui entraîne le rebut juridique. En présence d'un potentiel inhérent au bien, la situation est tout autre puisque « l'utilité rend les choses attractives. Elle les détermine à devenir des biens »¹⁶. Il ne faudrait pour autant pas en déduire que l'utilité serait un critère suffisant de détermination du bien. En effet, pour pleinement saisir le rôle de l'utilité, il faut le mettre en perspective avec celui de la rareté¹⁷.

486. Utilité et rareté, éléments caractéristiques de la valeur. La proximité entre utilité et bien tend à leur assimilation fréquente¹⁸, sans qu'elle ne soit réellement préjudiciable la plupart du temps. Toutefois, un tel rapprochement est erroné dans la mesure où le bien est caractérisé non seulement par l'utilité, mais également par la rareté¹⁹. En réalité, l'union de l'utile et du rare conduit à la reconnaissance d'une valeur²⁰, qui, elle, est véritablement en prise directe avec le bien. Toutefois, la valeur ne suffit toujours pas, en elle-même, à identifier le bien. Suivant les enseignements de Monsieur le Professeur Jean-Marc Mousseron : « l'utile appelle l'intervention juridique qui accuse la rareté ; la valeur est, donc, pour partie au

¹⁵ C. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens*, Durant, Pedone et Hachette, 1875, t. 1, p. 10 : « ce caractère d'utilité est ce qui distingue, en effet, essentiellement les biens ».

¹⁶ P. GAUDRAT, « La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples ? », *RTD com.*, 2011, p. 562.

¹⁷ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, PUF, 2008, 3^{ème} éd., p. 19 : « toutes les choses utiles ne sont pas nécessairement des biens. Elles ne le deviennent que lorsque le bienfait ne peut en être retiré sans appropriation. Il n'y a pas de bien sans rareté ».

¹⁸ A. BOISSON, *La licence de droit d'auteur, op cit.*, p. 187.

¹⁹ M. DEFFAIRI, *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, Thèse, Paris I, dir. M. DEGUERGUE-BOURGOIN, IRJS, 2015, p. 72.

²⁰ J. LAURENT, *La propriété des droits*, Thèse, Paris I, dir. T. REVET, LGDJ, 2012, p. 205 : « La valeur conjugue l'utilité et la rareté d'une chose » ; V. ég. J-M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits » in J-M. MOUSSERON, *Inventer*, Centre du droit de l'entreprise, Montpellier, 2001, p. 132 : « Utile et rare, tout élément matériel comme un terrain, bâti ou non, ou une automobile... ou, avec de plus en plus d'insistance depuis un ou deux siècles, tout élément immatériel [...] constituent des "valeurs" ».

moins, générée par le Droit »²¹. Dès lors, il est nécessaire que le Droit appose son sceau sur la valeur afin que celle-ci se mue en bien : « le jour où la société répond, la “valeur” devient “bien” »²². L'utilité, si elle est un élément essentiel de la notion même de bien, n'est ainsi qu'un rouage sur le chemin menant à l'appropriation.

487. **Divisibilité des utilités.** L'utilité est une notion parfaitement modelable car divisible sans limite²³. Il s'avère strictement impossible de dresser une liste parfaitement exhaustive des utilités portant sur un bien car ni le triptyque, ni aucun modèle accessible à la connaissance de l'Homme ne saurait les énumérer en détail. En droit civil, le droit d'usage et d'habitation peut être attaché à une utilité, de même que le simple droit d'habitation qui le compose. Ce dernier peut encore être décomposé : sur quelle portion de l'immeuble le droit est-il attribué ? Quelle est la durée précise de ce droit ? Fait-il l'objet de restrictions spécifiques ? Une infinité d'utilités peuvent être identifiées au titre de tout droit réel, et aucune ne sera suffisamment spécifique pour se prétendre indivisible. Cela implique que la notion d'utilité est particulièrement plastique : tout droit peut renvoyer à une multitude d'utilités. Inversement, il est envisageable de constituer un droit réel à partir de certaines utilités ou catégories d'utilités²⁴, ce qui ne sera pas sans intérêt dans notre démarche. Dans une approche très synthétique, les éléments du triptyque peuvent être reconnus comme des groupes d'utilités consacrés par la loi²⁵. De manière encore plus générale, le doyen Duguit a pu qualifier l'ensemble des utilités portant sur un bien sous l'expression d'« utilité totale »²⁶. Celle-ci se rapproche alors de l'ensemble des facultés offertes par la propriété telle qu'envisagée dans la Constitution, c'est-à-dire véritablement absolue. Il serait cependant inexact d'indiquer, en matière de droit civil ou de propriété intellectuelle, que le propriétaire dispose de l'ensemble des utilités de la chose. En effet, la moindre restriction ou exception aux droits du propriétaire,

²¹ J-M. MOUSSERON, « De la propriété comme modèle » in J-M. MOUSSERON, *Inventer*, Centre du droit de l'entreprise, Montpellier, 2001, p. 106.

²² J-M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits » in J-M. MOUSSERON, *Inventer*, Centre du droit de l'entreprise, Montpellier, 2001, p. 133.

²³ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété : contribution à la théorie du droit subjectif*, op cit., p. 107 : « prétend-on recenser exhaustivement toutes les utilités imaginables d'une chose à travers la liste des droits réels reconnus par le droit français ? ».

²⁴ R. LIBCHABER, « La propriété, droit fondamental » in R. CABRILLAC, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2022, 28^{ème} éd., p. 836 : « on peut très bien accepter de construire un droit réel à partir d'une utilité particulière de la chose, qui n'est pas figé dans un droit réel nommé ».

²⁵ J-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, « De la propriété comme modèle » in A. COLOMER (offert à), *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 287 : « Nul ne conteste sérieusement qu'un auteur ou un breveté aient en propre l'abus et le fructus de l'œuvre ou de l'invention ».

²⁶ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, de Boccard, 1921, 2^{ème} éd., t. 1, p. 264.

sans qu'il soit besoin qu'elle constitue un droit subjectif, entame le capital de l'utilité totale de la chose.

488. **Évolutivité des utilités.** Sous l'angle de l'évolution technique, l'utilité peut présenter un contenu particulièrement versatile. Des biens aux utilités déjà parfaitement connues et appréhendées, peuvent voir apparaître de nouvelles utilités en leur sein en raison de découvertes, nouveaux modes d'exploitation, voire simples changements des comportements humains²⁷. Cela s'explique en raison de la subjectivité de l'utilité, fluctuante car intimement liée aux motivations des sujets de droit. La croyance dans l'avantage qui pourrait être tiré d'une ressource n'est pas nécessairement objective. Certaines utilités sont ainsi non perçues ou non révélées aux yeux des individus, parfois pour de simples raisons techniques²⁸. Ce constat est particulièrement prégnant en matière de création littéraire et artistique²⁹ où les utilités se multiplient sur des œuvres existantes à mesure de la mise en place de nouveaux vecteurs de diffusion³⁰. Les utilités se manifestent donc progressivement au regard de l'Homme, rendant leur énumération intégrale inconcevable.

489. **Rapports entre utilité et droit subjectif.** À ce stade, il pourrait être tentant de directement assimiler utilité et droit subjectif. En procédant de la sorte, la distinction entre droit et utilité serait vaine et permettrait une simplification de la démonstration. Néanmoins, cela serait se méprendre sur la notion de droit subjectif, qui semble pourtant si évidente³¹. À ce titre, indiquons que le droit subjectif, dont le rôle est de protéger un intérêt particulier, est classiquement caractérisé par plusieurs critères tels que l'existence d'une sanction, un pouvoir de contrainte, un exercice individuel et une reconnaissance de la part de la puissance publique³². À lui seul, ce dernier critère permet de mettre en doute la possible confusion entre

²⁷ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, op cit., p. 19 : « l'utilité est perçue différemment sous l'effet des changements techniques, économique et culturels ».

²⁸ M. XIFARAS, *La propriété : étude de philosophie du droit*, op cit., p. 366 : « la valeur des idées n'est pas seulement fonction de leur productivité spéculative intrinsèque, mais encore de leur mode matériel de diffusion, des moyens techniques dont dispose l'humanité pour les faire connaître au plus grand nombre ».

²⁹ P. MOURON, *Le droit d'exposition des œuvres graphiques et plastiques*, Thèse, Aix-Marseille, dir. H. ISAR, PUAM, 2013, p. 546 : « une même chose pourra voir son statut évoluer et ses utilités se diviser. Tel est le cas avec les œuvres artistiques ».

³⁰ C. HUGON, *Le régime juridique de l'œuvre audiovisuelle*, Thèse, Montpellier, dir. J-M. MOUSSERON, Litec, 1993, p. 16 : « initialement limitée au "théâtre cinématographique", l'œuvre fait désormais l'objet de multiples possibilités de commercialisation qui correspondent à autant d'utilités différentes ».

³¹ P. RECHT, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, LGDJ, 1969, p. 178 : « le droit subjectif est un vocable tellement clair que toute définition ressemble à une tautologie ».

³² Nous rappellerons cependant ici la définition du droit subjectif de façon complète : « prérogative individuelle reconnue et sanctionnée par le Droit objectif qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt ou, parfois, dans l'intérêt d'autrui », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2022, 14^{ème} éd., V. Droit, 4°.

utilité et droit subjectif³³. Or, nous l'avons indiqué, l'utilité est polymorphe, de sorte que, sauf à ce qu'elle corresponde à un droit réel précis, on ne pourra directement la qualifier de droit subjectif. En réalité, l'utilité ne sera que l'objet, que l'une des conditions d'un droit subjectif³⁴, mais pas le droit subjectif en lui-même³⁵. C'est la réunion de plusieurs utilités, couplée à l'existence de la sanction, au pouvoir de contrainte, à l'exercice individuel et à la reconnaissance par la puissance publique qui va constituer le droit subjectif. Une utilité particulière devra ainsi faire l'objet d'une délimitation précise pour intégrer un droit subjectif³⁶. Toutefois, au regard du caractère évolutif des utilités, leur prise en compte à travers un droit subjectif n'est pas sans difficultés : « comment faire entrer les utilités de la chose dans la structure du droit alors qu'elles sont à l'évidence contingentes, et varient en fonction des caractéristiques de la chose ? »³⁷. La solution est à trouver dans le regroupement des utilités en grappes cohérentes. Puisqu'il est impossible de saisir chaque utilité individuellement par le droit, elles doivent être envisagées par familles. Ce n'est pas autrement que procède le droit positif pour appréhender les utilités du bien, peu important le domaine concerné.

B : Conceptions multiples de l'utilité du bien

490. Une approche classiquement économique de l'utilité. En matière doctrinale, les utilités sont usuellement manipulées pour faire référence aux avantages économiques procurés par le bien³⁸. Il en résulte que celles-ci se trouvent fréquemment strictement cantonnée

³³ P. RECHT, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, op cit., p. 183 ; V. ég. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au Droit*, Litec, 2000, 5^{ème} éd., p. 358 : « le propre du droit subjectif considéré au stade de sa formation est d'être assujéti à des conditions diverses, tant de forme que de fond ».

³⁴ T. REVET, « La propriété de la personnalité », *Gaz. Pal.*, 2007, n° 139, p. 49 : « Le droit subjectif assure la maîtrise exclusive d'une entité porteuse d'utilités et apte à être l'objet d'opérations juridiques ».

³⁵ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété : contribution à la théorie du droit subjectif*, op cit., t. 2, p. 445 : « ce qui conduit la doctrine à adopter ce schéma du démembrement [...], c'est la confusion entre le droit et ses utilités ».

³⁶ W. DROSS, « Que l'article 544 du Code civil nous dit-il de la propriété ? », *RTD civ.*, 2015, p. 27 : « si l'objet de la propriété n'est pas une chose matérielle mais une valeur, autrement dit un ensemble d'utilités, rien n'interdit au législateur de délimiter, en amont, celles de ces utilités qu'il entend soumettre à la réservation privée car rien ne permet de dire *a priori* lesquelles de ces utilités la propriété aurait naturellement vocation à saisir » ; V. ég. N. REBOUL-MAUPIN, « Le droit spécial des biens à l'épreuve du droit réel de jouissance spéciale : droit réel de jouissance spéciale et copropriété », *D.*, 2020, p. 1689 : « les droits réels ne se limitent pas à ceux que le code civil nomme [...] Toute utilité spécifique peut alors être constituée et érigée en droit réel ».

³⁷ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété : contribution à la théorie du droit subjectif*, op cit., t. 2, p. 446.

³⁸ C. HUGON, *Le régime juridique de l'œuvre audiovisuelle*, op cit., p. 17 : « chaque utilité de l'œuvre correspond à une valeur économique, déterminée par le prix que sera prêt à payer un utilisateur potentiel pour accéder à l'œuvre » ; V. ég. P. MOURON, *Le droit d'exposition des œuvres graphiques et plastiques*, op cit., p. 545 : « plus que les choses, ce sont justement leurs utilités qui constituent des objets de droit, car elles sont sources de

dans ce cadre : « les auteurs conscients de ce que les utilités de la chose ne sont pas des fractions de droit n'envisagent les rapports de la chose et de ses utilités que d'un point de vue économique, c'est-à-dire en termes de valeur »³⁹. La valeur ne pouvant qu'être économique aux yeux de certains, l'utilité ne peut se délier de ce caractère⁴⁰. Une telle conception exclut d'envisager des utilités qui seraient attachées aux droits de la personnalité ou au droit moral en matière de propriété littéraire et artistique.

491. La possibilité d'une approche extensive de la notion d'utilité. Si une bonne partie de la doctrine s'accorde à dire que l'utilité relève exclusivement du champ économique, cette vision est loin d'être universelle. Déjà, au XIX^{ème} siècle, Aubry et Rau voyaient dans cette notion bien plus qu'un simple potentiel économique : « ce terme est plus large que celui de prix ou de valeur vénale ; il comprend tout ce qui peut contribuer au bien-être moral ou matériel de l'homme, et par conséquent des avantages non appréciables en argent »⁴¹. Cette phrase, sans équivoque, fut supprimée à partir de la troisième édition du *Cours de droit civil français* des auteurs. Si les raisons de cette suppression ne sont pas détaillées, il demeure que l'une des premières références à la notion d'utilité s'avérait particulièrement extensive en comparaison de celle s'étant progressivement imposée.

492. Utilités économiques et intellectuelles. Au-delà de sa simple valeur économique, le bien peut représenter, notamment en matière de propriété littéraire et artistique, une autre forme de valeur. Madame Amélie Favreau propose à cet effet de distinguer, sur un même objet, valeur économique et valeur sociale⁴². Cette valeur représenterait alors la finalité recherchée derrière l'appropriation du bien⁴³, qui se révèle être le « progrès social » en matière de propriété intellectuelle⁴⁴. Une autre proposition consiste à retenir l'existence d'utilités intellectuelles : « tandis que la majeure partie des utilités économiques est réservée de manière

valeurs économiques » ; V. ég. D. MAINGUY, « Les droits de l'acquéreur dans la vente avec transfert de propriété retardé », *JCP N*, n° 13, 29 mars 1996, p. 501.

³⁹ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété : contribution à la théorie du droit subjectif*, op cit., t. 2, p. 451.

⁴⁰ A. ROBIN, *La copropriété intellectuelle, contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, Thèse, Montpellier, dir. N. MALLET-POUJOL, LGDJ, 2005, p. 66 : « à la valeur juridique du bien correspond la valeur économique de la chose ».

⁴¹ C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, Méline et Cans, 1850, 2^{ème} éd., t. 2, p. 332.

⁴² A. FAVREAU, « La valeur sociale des objets de la propriété intellectuelle », *RLDI*, n° 77, 1^{er} déc. 2011 : « l'objet de la propriété intellectuelle est le siège d'une œuvre valeur, la "valeur sociale" ».

⁴³ *Ibidem* : « la valeur sociale consiste en l'appropriation d'un objet à une certaine fin ».

⁴⁴ P. GAUDRAT, « La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples ? », op cit., p. 562 : « La valeur essentielle de certains biens intellectuels réside dans un surplus d'utilité. La valeur des autres, absolument étrangère à leur utilité, ne gît que dans l'accomplissement d'une fonction culturelle ».

exclusive au maître du bien, les utilités intellectuelles sont offertes à l'usage commun »⁴⁵. La notion d'utilité intellectuelle permettrait alors de nommer l'ensemble des valeurs non appréciables économiquement. En matière de propriété littéraire et artistique, de tels droits pourraient notamment englober le libre accès aux œuvres qu'implique l'élévation de l'œuvre au domaine public. Toutefois, cette vision s'avère légèrement restrictive puisqu'elle ne permet pas de catégoriser les droits moraux de l'auteur qui, si leur exercice n'est pas totalement indépendant de celui des droits patrimoniaux, ne sont ni des prérogatives collectives, ni des droits de nature économique. Il est encore proposé de recourir au vocable d'« utilité morale », qui permettrait cette fois-ci de prendre en compte les droits extrapatrimoniaux du créateur : « l'auteur a l'exclusivité des utilités patrimoniales et morales de son œuvre »⁴⁶. Au regard de ces éléments, nous faisons ici le choix de recourir à une acception extensive de la notion d'utilité, afin d'être en mesure de manipuler l'ensemble des prérogatives et avantages de toute nature portant sur un même bien. L'utilité nous permettra donc d'appréhender tant les valeurs économiques attachées au bien concerné que celles dépassant ce seul cadre. Les avantages qui ne dépendent pas purement du champ économique seront ainsi, dans le cadre de cette étude, qualifiées d'utilités morales s'agissant de l'auteur, ou d'utilités intellectuelles lorsqu'elles sont reconnues au profit d'autres acteurs.

493. Indisponibilité des utilités intellectuelles. La reconnaissance d'utilités morales ou intellectuelles, qui ne sont, par nature, aucunement liées au critère de rareté, suppose leur rapprochement des droits de la personnalité, à l'instar des droits moraux de l'auteur⁴⁷. Un tel parallèle permet d'établir que, par essence, les utilités intellectuelles seront indisponibles pour leurs titulaires. En effet, en l'absence d'avantage économique pouvant en être tiré, et ces prérogatives étant reconnues uniquement du fait de la qualité de la personne qui les reçoit, il n'y a pas lieu de permettre une dissociation du sort de l'utilité intellectuelle de celui de son titulaire. Dès lors, point d'aliénation par contrat ou de destruction possible en la matière : l'utilité et son bénéficiaire font corps. Nous le voyons, les utilités disponibles côtoieront des utilités indisponibles, de même que pourront être opposées utilités réservées et non réservées⁴⁸.

494. Intérêt d'une approche extensive de l'utilité en droit de la propriété littéraire et artistique. Le recours aux utilités comme instruments présentera ici un intérêt

⁴⁵ M-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, Thèse, Paris I, dir. G. LOISEAU, LGDJ, 2006, p. 374.

⁴⁶ M. OUTTERS BALIGAND, *Les propriétés intellectuelles à l'aune du triptyque*, *op cit.*, p. 85.

⁴⁷ A. BOISSON, *La licence de droit d'auteur*, *op cit.*, p. 298.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 297 : « Pour les besoins de la collectivité, toutes les utilités de l'œuvre, parfois même économiques, ne sont pas des utilités réservées ».

majeur pour trois principales raisons. D'abord, nommer et regrouper les utilités portant sur un objet intangible est un exercice important, dans la mesure où aucun support ne permet d'appréhender concrètement l'exercice de celles-ci. Une telle appréhension relève, au contraire, de l'évidence s'agissant des objets corporels⁴⁹. Identifier les utilités portant sur l'œuvre permettra ainsi une bien meilleure représentation du contenu des droits littéraires et artistiques. Ensuite, il est opportun d'aborder la notion d'utilité de manière étendue au regard de la nature même de l'œuvre de l'esprit. Celle-ci ne saurait être qu'incomplètement analysée s'il fallait s'en tenir à son aspect patrimonial, de sorte que l'importance des droits moraux invite à l'ouverture de la définition de l'utilité d'un bien. Enfin, une analyse en termes d'utilités apparaît propice au regard de la structure même des droits extrapatrimoniaux de l'auteur. Contrairement aux droits patrimoniaux, qui font l'objet d'une approche synthétique en droit positif, le droit moral se prête plus aisément à une analyse en termes de faisceau de droits⁵⁰. Pour l'ensemble de ces raisons, le recours aux utilités, en tant qu'instruments de détermination du contenu des droits, se révèle pleinement justifié.

II : Indépendance de l'utilité face à la propriété et ses démembrements

495. Différentes techniques de fractionnement des droits. La mise en œuvre d'une approche distributive des droits sur un bien entre plusieurs intervenants peut-elle se départir du régime propriétaire ? La propriété étant si ancrée en droit civil et en droit de la propriété intellectuelle, il se pourrait qu'elle soit devenue indissociable de la notion même d'utilité, menaçant l'élaboration d'un système alternatif à partir de cet outil. En vue de dissiper cette incertitude, nous démontrerons la dissociabilité entre propriété et utilités (A) avant d'ajouter que les utilités peuvent être distinguées des démembrements du droit de propriété (B).

⁴⁹ *Ibid.*, p. 78 : « la nature intangible, formalisée mais dépourvue de corps, de la chose immatérielle appropriée impose pour des raisons pratiques la définition légale de ses utilités. Cet énoncé d'utilités est simplement inutile pour les choses corporelles, ces utilités s'imposant d'elles-mêmes à la perception de chacun ».

⁵⁰ A. LUCAS, H-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 2017, 5^{ème} éd., p. 45 : « la vérité est que la loi française consacre le droit moral en tant que faisceau de prérogatives ».

496. **Indépendance des utilités vis-à-vis de la propriété.** Les utilités portant sur le bien, si elles sont largement étudiées dans le cadre de la propriété, demeurent nécessairement indépendantes de tout modèle propriétaire. Celles-ci constituent effectivement des outils, des briques fondamentales servant à l'élaboration de droits en lien avec un bien⁵¹. L'utilité est donc un élément pouvant servir de fondement à toute théorie visant l'attribution de droits sur un bien. La propriété n'est en réalité qu'un mode d'attribution des utilités parmi d'autres et dans lequel, à des degrés divers selon le bien concerné, un titulaire principal capte l'écrasante majorité des utilités de l'objet. Il n'existe ainsi aucune dépendance conceptuelle de l'utilité vers la propriété, ce qui rend la première à même de participer à l'élaboration d'un modèle substituable à la seconde.

497. **Utilités, propriété et choses-milieus.** Une manière efficace de mettre en perspective propriété et utilités est de recourir à la théorie des choses-milieus. Celle-ci, proposée par Madame Sarah Vanuxem, suppose de recourir à une fiction dans laquelle tout bien, peu important sa nature, est représenté par un terrain, une étendue. Ledit terrain regroupe alors la totalité des utilités susceptibles de s'exercer sur le bien. Les droits du propriétaire, et notamment le droit d'exclure, ne peuvent ici porter sur la totalité de la surface que représente le bien. En effet, il doit laisser une forme de droit de passage pour tout usage accordé aux tiers du fait de la loi : « doté d'un droit, d'une place dans une chose-milieu, le propriétaire ne saurait exclure les tiers de la chose mais seulement de son droit, sa place dans la chose, pourvu qu'il n'abuse pas de sa position privilégiée »⁵². Le propriétaire est alors l'habitant légitime⁵³, mais pas l'utilisateur exclusif du terrain. La moindre utilité reconnue au public constitue alors une contestation du pouvoir absolu que le propriétaire aurait pu prétendre exercer sur la

⁵¹ W. DROSS, « Quand la proportionnalité s'invite à la table de l'empiètement », *RTD civ*, 2020, p. 416, note ss. Cass. civ. 3^{ème}, 19 déc. 2019, n° 18-25.113 : L'objet de la propriété « n'est jamais qu'une somme d'utilités ».

⁵² S. VANUXEM, « Les choses saisies par la propriété, de la chose-objet aux choses-milieus », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2010/1, vol. 64, p. 168 ; V. surtout S. VANUXEM, *Les choses saisies par la propriété*, Thèse, Paris I, dir. T. REVET, IRJS 2012, p. 175 et s.

⁵³ S. VANUXEM, « Les choses saisies par la propriété, de la chose-objet aux choses-milieus », *op cit.*, p. 136 : « Les choses conçues comme des milieux, les personnes ne désigneraient plus ceux qui les représentent mais ceux qui demeurent ou séjournent en elles. Aux choses-milieus répondraient les personnes-habitants. À la division des choses et des personnes succéderait leur simple différenciation ».

chose-milieu⁵⁴. Cette théorie a notamment pour intérêt de poursuivre la distinction entre propriété et utilité, tout en mettant en avant leur interconnexion.

498. Dépendance de la propriété vis-à-vis des utilités. Si l'utilité est indépendante de la propriété, il existe, en revanche, une dépendance conceptuelle de la propriété vers l'utilité. Cette dernière constituant, notamment, la brique, le contenu fondamental des droits réels, la référence aux utilités s'avère naturelle dans toute construction propriétaire. Bien que la conception française ne soit pas purement basée sur la théorie du faisceau de droits, cette dernière, intimement liée aux utilités, s'avère tout à fait adéquate dans le cadre d'une analyse du droit positif⁵⁵. Depuis l'arrêt *Caquelard*, une vision de la propriété comme droit fragmentable, au-delà des droits réels nommés, ne peut être purement rejetée⁵⁶. Or, cette fragmentation de la propriété en différents droits réels se prête à merveille à l'intervention des utilités dans l'analyse du système propriétaire, à tel point que droits réels et utilités sont parfois assimilés⁵⁷. Il en résulte que, quelle que soit la manière dont elle se trouve nommée ou abordée, l'utilité représente l'outil d'analyse indispensable du contenu des droits réels constitutifs du droit de propriété.

B : Dissociabilité des utilités et des démembrements de propriété

499. Notion de démembrement de propriété. Le lien entre propriété et utilités peut être approfondi par l'analyse du démembrement de propriété. Ce dernier présente un lien évident avec l'utilité, puisque ces deux instruments témoignent de la potentielle division des droits réels. Commençons par poser la définition du démembrement : « le démembrement de la propriété consiste à en détacher des droits réels et à en concéder certains attributs à d'autres que le propriétaire, sans pour autant modifier l'unité de la propriété elle-même »⁵⁸. L'objet du

⁵⁴ Dans cette théorie, les prérogatives correspondent alors à des « droits-places » pour les tiers : S. VANUXEM, *Les choses saisies par la propriété*, op cit., p. 487 et s.

⁵⁵ C. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens*, Durant, Pedone et Hachette, 1875, t. 1, p. 353 : « la propriété, c'est le faisceau de tous les droits réels possibles sur une chose ».

⁵⁶ Cass. ch. requ., 13 févr. 1834, *Caquelard c/ Lemoine* : « attendu, en droit, que les articles 544, 546 et 552 du Code civil, sont déclaratifs du droit commun relativement à la nature et aux effets de la propriété, mais ne sont pas prohibitifs ; que ni ces articles, ni aucune autre loi, n'excluent les diverses modifications et décompositions dont le droit ordinaire de propriété est susceptible ».

⁵⁷ F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.*, 1993, p. 305 : Monsieur le Professeur Zenati évoque par exemple le « triptyque des utilités de la propriété ».

⁵⁸ J-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil : les biens*, LGDJ, 2010, 2^{ème} éd., p. 253 ; V. é.g. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2022, 14^{ème} éd., V. Démembrement : « droit réel ainsi détaché (parfois nommé droit démembré), comportant au profit d'un autre que le propriétaire, certains des attributs du droit de propriété » ; V. é.g. L. PFISTER, « Propriété démembrée ou démembrement de propriété » in M.

démembrement est donc d'accorder certaines des utilités d'un bien à une personne autre que le propriétaire⁵⁹ L'absence d'atteinte à l'unité de la propriété est un élément caractéristique qui permet d'assurer la cohérence du système propriétaire, comme nous le verrons très vite. Toutefois, si le démembrement n'entraîne pas le délitement conceptuel de la propriété, il neutralise – sans méconnaître – sa qualité de droit entier et absolu⁶⁰.

500. Distinction entre utilités et droits démembres. Peu importe la manière dont le problème se trouve abordé, on ne peut considérer que les droits réels démembres sont la propriété. Il ne suffit pas d'additionner les prérogatives de l'usufruitier et du nu-propriétaire pour rendre compte de ce qu'est la propriété⁶¹. Dans le même esprit, on ne peut affirmer que chaque droit réel démembre se résume à la somme des utilités qui le compose. Ce constat est particulièrement frappant lorsqu'est étudié le triptyque en droit civil⁶². Il existe en effet des formes d'« angles morts » au sein des droits réels nommés dans la mesure où, si presque toutes les prérogatives envisageables sont réservées au propriétaire, certaines ne présentent aucun avantage véritable pour le propriétaire. Peuvent ici être visées certaines facilités offertes par le bien aux tiers, mais qui échapperaient naturellement au propriétaire eu égard à sa qualité, son statut ou son activité⁶³. Ainsi, ce dernier ne pourra systématiquement profiter de l'ensemble des facultés offertes par son propre bien. En définitive, la somme des utilités ne constitue pas le droit réel démembre et la somme des droits réels démembres ne constitue pas la propriété.

501. Le démembrement de propriété : instrument d'optimisation des avantages tirés du bien. Les démembrements et certains droits réels tels que les servitudes trouvent

CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD, *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017, p. 964 : « est dite démembrée la propriété dont un ou plusieurs droits sont détachés pour être attribués à une ou d'autres personnes que le propriétaire ».

⁵⁹ L. PFISTER, « Propriété démembrée ou démembrement de propriété » in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD, *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017, p. 967 : « dans de nombreuses hypothèses, la propriété dite démembrée emporte un accès à une ressource, souvent immobilière, ou à tout le moins à l'une de ses utilités, au profit d'autrui, voire partagé entre plusieurs ».

⁶⁰ G. SALORD, « Propriété collective et exclusivité : proposition d'une conciliation des contraires » in H.-J. LUCAS (en hommage à), *Les modèles propriétaires*, LGDJ, Presses universitaires juridiques de Poitiers, févr. 2012, p. 204 : « l'octroi d'un droit de propriété à plusieurs personnes sur des utilités différentes d'un même bien est incompatible avec l'idée d'un droit entier sur le bien ».

⁶¹ J. BARON, « Rescuing the bundle-of-rights metaphor in property law », *University of Cincinnati law review*, vol. 82, 2014, n° 1, p. 88 : « a bundle-of-rights is capable of recognizing both that property rights can be disaggregated and that, disaggregation notwithstanding, property's whole may sometimes be distinct from the sum of its parts ».

⁶² F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété : contribution à la théorie du droit subjectif*, op cit., p. 108 : « la symétrie entre les utilités de l'appropriation et les droits réels est d'ailleurs démentie par le fait qu'une chose peut présenter des utilités pour un non-propriétaire qu'elle ne peut présenter pour son propriétaire ».

⁶³ À titre d'exemple, les utilités associées au droit de chasse sur son propre fonds ne sont pratiquement jamais utilisées, la plupart des propriétaires ne disposant d'aucun permis de chasse.

notamment leur *ratio legis* dans l'impératif de valorisation des biens faisant l'objet d'une propriété. Non seulement le démembrement permet au propriétaire de pousser l'exercice de son droit dans des frontières étendues, non seulement il ne s'oppose pas à une gestion efficace du bien⁶⁴, mais il permet également de tirer le meilleur parti des utilités de la chose. En droit civil, le propriétaire, cherchant à satisfaire son intérêt égoïste, va, lorsque le gain s'avère substantiel, démembrement sa propriété en vue d'en tirer le meilleur avantage possible, conduisant à satisfaire les besoins de tiers qui y trouveront également un intérêt. En démembrant, on s'assure donc qu'un maximum d'utilités soient pleinement mise à contribution, le bien n'étant pas oisif.

502. Le démembrement de propriété : outil de cohésion du système propriétaire.

Le démembrement de propriété se distingue également de la simple utilité quant à la fonction qu'il remplit au sein du système propriétaire. La fragmentation du bien, si elle se révèle possible, est systématiquement temporaire, ce qui conduit à la préservation du droit réel par excellence : « les démembrements de la propriété, outre qu'ils sont moins nombreux que dans l'ancien droit, ne morcellent pas vraiment la propriété puisque du fait de leur caractère temporaire, la propriété a toujours vocation à se reconstituer pleine et entière »⁶⁵. Les démembrements du droit de propriété lui sont, en un sens, assujettis : la propriété ayant vocation à se reconstituer pleine et entière dans une même main, le démembrement n'est qu'une exception à la règle. Un tel mécanisme permet d'éviter une dispersion des droits et une totale perte de sens de l'outil propriétaire⁶⁶. Les servitudes, quant à elles, si elles peuvent être perpétuelles car accessoires au droit de propriété lui-même⁶⁷, présentent une faible assiette et, surtout, s'éteignent par non-usage trentenaire⁶⁸. Ainsi, le démembrement est un outil conçu sur

⁶⁴ C. ATIAS, *Le droit civil*, « Que sais-je ? », PUF, 2004, 7^{ème} éd., p. 87 : « Toutes ces qualifications [de droits réels] ont leur raison d'être. L'important est qu'elles ne créent pas d'obstacle à la meilleure utilisation des biens et à leur bonne gestion ».

⁶⁵ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété : contribution à la théorie du droit subjectif*, op cit., t. 1, p. 98.

⁶⁶ A. TADROS, « Création de droit réel : consécration de l'autonomie de la volonté », Cass. civ. 3^{ème}, 31 oct. 2012, *D.*, 2013, p. 53 : « depuis la Révolution française, une chose ne peut avoir qu'un seul maître, ce dont il résulte que les autres personnes pouvant accéder aux utilités de cette chose ne peuvent le faire que temporairement. [...] Les droits réels sur la chose d'autrui doivent tôt ou tard s'éteindre : l'appropriation individuelle est à ce prix » ; L'arrêt maison de la poésie 2 (Cass. civ. 3^{ème}, 8 sept. 2016, n° 14-26.953 ; *D.*, 2017, p. 134, note L. D'AVOUT et B. MALLET-BRICOUT ; *D.*, 2016, p. 2237, chron. A-L. MÉANO, V. GEORGET et A-L. COLLOMP ; *D.*, 2017, p. 375, obs. M. MEKKI ; *RDI*, 2016, p. 598, obs. J-L. BERGEL ; *RTD civ.*, 2016, p. 894, obs. W. DROSS ; *Dr. et patr.*, n° 268, p. 94, note M. POUMARÈDE ; *Revue des contrats*, n° 2017/1, p. 60, note R. BOFFA ; *Gaz. Pal.*, n° 44, p. 73, note A. GAILLARD ; *JCP N*, 2016, n° 46, p. 35, note H. PERINET-MARQUET) est d'ailleurs assez critiquable à cet égard puisque, considérant que la durée de vie d'une fondation n'est pas perpétuelle, est pris le risque de créer des droits réels sui generis dont le terme confine à la perpétuité.

⁶⁷ W. DROSS, « Une approche structurale de la propriété », *RTD civ.*, 2012, p. 419 : « le droit réel de servitude, accessoire au droit de propriété du fonds dominant, emprunterait à ce dernier la perpétuité qui est la sienne ».

⁶⁸ C. civ., art. 706.

mesure pour servir le système propriétaire et en assurer la pleine cohérence, fonction qui ne peut être reconnue à l'utilité qui apparaît une nouvelle fois neutre à l'égard de la propriété.

503. Des droits littéraires et artistiques divisés en catégories d'utilités. Le droit de la propriété littéraire et artistique, s'il répond à une logique propriétaire, n'en est pour autant pas identique à la propriété civiliste. Point de triptyque ou de véritable démembrement en la matière, mais une approche synthétique des droits patrimoniaux de l'auteur, constitués d'un droit de reproduction et d'un droit de représentation, censés réunir l'ensemble des utilités économiques de l'œuvre. La question se pose alors de savoir s'il serait envisageable de fragmenter les droits portant sur l'œuvre de l'esprit, en vue d'opérer leur distribution entre l'auteur, l'artiste-interprète et l'utilisateur. Selon toute vraisemblance, il n'est pas proscrit d'opérer une telle division en la matière, notamment si l'on recourt non à des démembrements, mais à des droits constitués directement à partir de la réunion de diverses utilités. La redéfinition des droits de chacun sur l'œuvre serait alors possible sans commettre l'erreur de bâtir un modèle nouveau avec des outils consubstantiels au système propriétaire. Des droits simplement fondés à partir de grappes d'utilités et non reconnus comme des formes de démembrements, ne subiraient, par principe, aucune limitation temporelle. Un tel mécanisme, loin de purement et simplement ruiner le potentiel économique du bien, se rapproche de ce que peut connaître le droit civil d'outre-Manche⁶⁹. Un tel système présenterait l'intérêt de reconnaître les utilisateurs comme véritables bénéficiaires de prérogatives, tout en permettant de définir avec précision le contenu des droits qui leurs seraient réservés. Cet outil semble donc à même d'assurer une articulation satisfaisante entre les droits de chacun et de permettre l'attribution la plus efficace possible des utilités du bien, en parfaite cohérence avec l'approche utilitariste.

504. Réminiscence des domaines utile et éminent ? L'absence de recours à la propriété et à ses démembrements, couplée à une division des droits ne peut être sans évoquer la technique de répartition des droits connue sous l'Ancien Régime⁷⁰. Envisager le propriétaire/auteur sur un pied d'égalité avec le tiers/utilisateur, revient, en définitive, à reconnaître des droits simultanés sur le même objet, à l'image du domaine éminent et du

⁶⁹ W. DROSS, « Une approche structurale de la propriété », *op cit.*, p. 419 : « ne pourrait-on aujourd'hui admettre que l'utilité d'une chose puisse en être perpétuellement démembrée au profit d'un tiers ? D'un point de vue économique, on se contentera d'observer que le droit des biens anglo-saxon, finalement très proche de celui que l'on connaissait en France avant 1789, et qui permet que les *tenures* sur les choses soient perpétuelles, ne paraît pas avoir été un obstacle au développement économique de l'Angleterre ».

⁷⁰ P. RECHT, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, *op cit.*, p. 235.

domaine utile⁷¹. En ce sens, la méthode que nous nous apprêtons à appliquer dans la distribution des droits peut être, dans une certaine mesure, rapprochée d'une logique d'Ancien Régime transposée en droit d'auteur. Toutefois, on ne peut y voir une véritable réminiscence des domaines utile et éminent. En effet, si auteur et utilisateur sont sur un pied d'égalité du point de vue des libertés, le créateur demeure le titulaire principal, la majorité des utilités lui revenant. Dès lors, le spectre d'un retour au droit d'Ancien Régime peut être écarté. Se profile toutefois un véritablement changement de paradigme par le dépassement de la logique propriétaire. Notamment, le recours aux utilités comme briques fondamentales de nouveaux droits subjectifs s'accorde naturellement avec une analyse en termes de faisceau de droits. Partant, avant de procéder à la détermination de droits de l'auteur et de l'utilisateur dans un modèle exempt de propriété, il convient d'analyser la portée notionnelle ainsi que les risques et avantages accompagnant le recours au faisceau de droits.

§2 : Contours et fonctions de la théorie du faisceau de droits

505. Détermination des utilités, répartition des prérogatives. La théorie du faisceau de droits, qui s'accompagne parfaitement du recours massif aux utilités, va ici démontrer son intérêt comme outil conceptuel permettant d'établir des droits littéraires et artistiques. Nous débiterons par mettre en évidence l'efficacité du faisceau de droits dans l'appréhension du potentiel du bien (I), pour ensuite évaluer les avantages de cette théorie en vue d'un partage du potentiel du bien (II).

I : Efficacité du faisceau de droits dans l'appréhension du potentiel du bien

506. Notion de faisceau de droits. La théorie du faisceau de droits, issue de la *Common law*, est avant tout un instrument invitant à ne plus envisager la propriété en un seul

⁷¹ F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *op cit.*, p. 305 : « inventorier les droits d'usage du propriétaire, c'est les réduire et accréder que celui-ci se trouve dans la même situation que le titulaire d'un droit sur la chose d'autrui, c'est-à-dire un droit déterminé, c'est le ramener, au bout du compte, à ce statut, pourtant aboli par la Révolution » ; V. ég. A. ABELLO, « La propriété intellectuelle, une "propriété de marché" » in M-A. FRISON-ROCHE et A. ABELLO, *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, p. 356 : évoque un « retour du modèle féodal par la considération des intérêts multiples superposés ».

tenant, mais plutôt à la déstructurer en une multitude de sous-ensembles⁷², par catégories de droits. La paternité de la formule revient à l'économiste américain Commons qui, en 1893, la présentait ainsi : « la propriété n'est donc pas un droit unique et absolu, mais un faisceau de droits. Les différentes prérogatives qui la composent peuvent être réparties entre les individus et la société »⁷³. Avant même d'entrer dans les détails, et aux fondements de cette théorie, se dessine sans détour une approche distributive des prérogatives du bien entre différents titulaires. Le faisceau de droits peut, dès lors, appréhender d'une multitude de manières l'assiette de la propriété objet de l'analyse⁷⁴. Il en résulte une certaine forme de liberté dans l'étude d'un objet par le prisme de la théorie du faisceau de droits, et la structure proposée par un auteur pourra être radicalement différente de celle d'un autre à l'aune d'un bien pourtant identique. Ce travail d'identification des éléments constitutifs des droits portant sur le bien se révèle essentiel dans la détermination de l'étendue des prérogatives de chacun⁷⁵. L'émergence de la théorie du faisceau de droits dans le monde anglo-américain ne tient évidemment pas du hasard, puisque la propriété ne possède, dans ce modèle, pas un caractère aussi absolu qu'en droit français⁷⁶. Cela n'empêche cependant aucunement d'appréhender le droit français sous le prisme du faisceau de droits, bien qu'un tel exercice conduise inévitablement à attribuer l'essentiel des éléments du faisceau au titulaire principal, réduisant légèrement l'intérêt de l'exercice⁷⁷. La notion de faisceau de droits est d'ailleurs évoquée par certains auteurs, notamment en droit de la propriété littéraire et artistique⁷⁸.

⁷² F. GIRARD, « La propriété inclusive au service des biens environnementaux, repenser la propriété à partir du bundle of rights », *Cahiers Droit, sciences et technologies*, 2016, p. 185, n° 13 : « en reposant sur la notion très fragmentée et abstraite d'*estate*, dont on a dit qu'elle pourrait même figurer parmi les démembrements de la propriété, à même d'agencer les intérêts selon une échelle de temps très longue, les droits de Common Law ont offert à la doctrine anglo-américaine le visage d'une propriété comme ensemble d'éléments et non comme tout ».

⁷³ J. COMMONS, *The distribution of wealth*, Macmillan and co., 1893, p. 92 : « property is, therefore, not a single absolute right, but a bundle of rights. The different rights which compose it may be distributed among individuals and society ».

⁷⁴ S. BLANDY, J. DIXON et A. DUPUIS, « Theorising power relationships in multi-owned residential developments : unpacking the bundle of rights », *Urban studies*, vol. 43, 2006, n° 13, p. 2371 : « this bundle can be understood as a set of legal rights that exist in property, including rights to possession, enjoyment, disposition, control and exclusion, which can be separated and manipulated by the owners and different parties ».

⁷⁵ A. ROBIN, *La copropriété intellectuelle, contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, *op cit.*, p. 98 : « l'emprise juridique sur la chose ne peut donc passer que par l'énonciation d'un faisceau de prérogatives qui seront donc constitutives du contenu du droit ».

⁷⁶ M.-F. PAPANDRÉOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, Thèse, Strasbourg, dir. C. WITZ, LGDJ, Paris, 2004, n° 182 : en droit anglais « le droit de propriété n'est en définitive que le meilleur droit à la possession ».

⁷⁷ W. DROSS, *Droit civil, les choses*, LGDJ, 2012, p. 14 : « Il est inutile, dans le système du Code civil qui attribue par principe l'ensemble des utilités offertes par une chose à son propriétaire, de chercher à les nommer. En décidant au contraire de répartir ces utilités entre les membres de la communauté, leur qualification devient nécessaire ».

⁷⁸ V. VARNEROT, *Leçons de droit de la propriété littéraire et artistique*, Ellipses, 2012, p. 13 : « le droit d'auteur est un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous, attribué à l'auteur d'une œuvre de l'esprit, comportant un faisceau de prérogatives à la fois pécuniaires et morales ».

507. Complémentarité entre faisceau de droits et utilité. La théorie du faisceau de droits s'attelle à la déconstruction méthodique de l'ensemble des prérogatives portant sur l'œuvre, l'utilité y trouve naturellement sa place. En effet, comment mieux décrire les ensembles de droits attachés à un bien qu'en en déterminant les avantages avec précision ? Les droits du faisceau sont constitués d'utilités qui peuvent elles-mêmes être divisées. Une fois combinés, faisceau de droits et utilités permettent d'adopter une approche décrivant de manière particulièrement pertinente les droits en présence. La théorie du faisceau de droits est très souvent mise en œuvre dans le cadre du droit de propriété⁷⁹, dans le but de trancher avec son approche globale. Le faisceau de droits constitue ainsi une manière alternative de conter la propriété et ses attributs. L'esprit d'une analyse menée sous l'angle du faisceau de droits est donc compatible avec l'étude du droit positif. L'approche distributive de cette théorie n'entraîne pas de contrariété avec la propriété, puisque cette dernière n'accorde objectivement pas toutes les utilités au propriétaire, que ce soit en droit civil ou en droit d'auteur⁸⁰. Le droit positif connaît effectivement de nombreuses hypothèses dans lesquelles, comme nous le verrons, les tiers se voient réserver des utilités sur le bien⁸¹. Toutefois, à l'instar de l'utilité, le recours à la théorie du faisceau de droits peut parfaitement avoir lieu en l'absence de système propriétaire. Si les références à la propriété sont très nombreuses dans le cadre des études basées sur le faisceau de droits, c'est en réalité car la propriété est, droit positif oblige, l'objet d'étude prédominant des universitaires en sciences juridique et économique. Or, la dynamique même de l'analyse en termes de faisceau de droits semble naturellement se détacher des modèles propriétaires.

508. Répulsion entre propriété et théorie du faisceau de droits. L'analyse de la théorie du faisceau de droits permet d'affirmer que celle-ci s'inscrit en opposition à la logique propriétaire. Cette théorie se prête parfaitement à l'élaboration de conceptions ne reposant pas

⁷⁹ F. ORSI, « Faisceau de droits (Bundle of rights) » in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD, *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017, p. 547 : « la notion de faisceau de droits désigne une manière de concevoir la propriété en différents droits indépendants et dont la distribution aussi bien que la composition peuvent varier ».

⁸⁰ S. CHATRY, « L'échange illicite d'œuvres sur Internet : aspects de propriété intellectuelle » in S. CHATRY, *La régulation d'Internet, regards croisés de droit de la concurrence et de droit de la propriété intellectuelle*, Mare et Martin, 2015, p. 107 : « l'auteur a le droit d'interdire ou d'autoriser à titre gratuit ou onéreux l'utilisation de l'œuvre protégée. Il est certain que cela doit rester la règle de principe. Mais lorsque le titulaire est évincé de certains usages, qu'il ne peut ni efficacement s'y opposer, ni participer aux recettes engrangées, ne faudrait-il pas légaliser certains de ces échanges en octroyant une rémunération en contrepartie : le droit exclusif constituerait pour ces usages un droit à rémunération ».

⁸¹ J-P. CHAZAL, « La propriété : dogme ou instrument politique ? », *RTD civ.*, 2014, p. 763 : « il est parfaitement possible d'accorder au non-propriétaire une simple possibilité (*privilège*) de jouir d'une des utilités de la chose d'autrui (pensons par exemple à l'image du bien ou au passage inoffensif sur le fonds d'autrui), ce qui implique un "non-droit" pour le propriétaire, c'est-à-dire une impossibilité de s'y opposer, sauf dommage à lui causé ».

sur la propriété⁸². Un tel constat s'impose en mettant en perspective deux attributs majeurs déjà évoqués de la théorie du faisceau de droits : sa descriptivité et son approche distributive. Le raisonnement en termes de faisceau de droits poussant à identifier concrètement l'ensemble des prérogatives relatives à un bien, son intérêt se trouve amoindri par la très importante étendue des prérogatives du propriétaire : « le pouvoir exclusif que procure la propriété permet de retirer de l'objet de propriété des avantages illimités et il est vain de vouloir recenser les utilités qu'il est possible de retirer d'un bien »⁸³. Cependant, c'est avant tout la propension de la théorie du faisceau de droits à assurer la distribution des prérogatives sur un bien favorise son épanouissement en dehors du champ de la propriété. Cette dernière représente effectivement la négation de la distribution des droits ; elle est la centralisation des prérogatives sur le bien en une seule main. Là où la propriété décrit un propriétaire seul avec sa chose, le faisceau de droits dépeint, dans son esprit même, l'interaction entre la société et la chose. C'est principalement pour cette raison que l'on peut affirmer qu'il existe, non une incompatibilité, mais une forme de répulsion entre faisceau de droits et propriété. En quelque sorte, la propriété se trouve désubstantialisée⁸⁴ sous le prisme de cet outil d'analyse. Le lien entre faisceau de droits et utilitarisme est assez évident puisque, recherchant à maximiser les avantages tirés de l'œuvre, l'approche distributive permet d'accorder chaque utilité à celui qui en fera l'usage le plus bénéfique. La théorie du faisceau de droits semble donc pertinente dans le cadre de l'élaboration de droits littéraires et artistiques dépouillés de toute référence propriétaire.

509. Dépassement des droits de représentation et de reproduction. La technique du faisceau de droits, confrontée à la propriété littéraire et artistique, tend à remettre en cause la dichotomie existant entre droit de reproduction et droit de représentation. La distinction des droits patrimoniaux de l'auteur relevait autrefois de l'évidence : aux créateurs en matière théâtrale un droit de représentation, aux auteurs d'ouvrages littéraires un droit de reproduction. Cette nomenclature s'est ensuite adaptée aux différentes évolutions techniques, notamment celles permettant la captation de l'image et du son sur un support et celles permettant la diffusion d'œuvres à de très grandes échelles. Le développement d'Internet et la diffusion

⁸² S. BROCA et B. CORIAT, « Le logiciel libre et les communs : deux formes de résistance et d'alternative à l'exclusivisme propriétaire », *Revue internationale de droit économique*, 2015/3, t. 29, p. 279 : « chez Ostrom comme chez Lessig, on perçoit donc – notamment à travers l'utilisation de la notion de *bundle of rights* – une même volonté de dépasser la conception monolithique du droit de propriété ».

⁸³ A. ROBIN, *La copropriété intellectuelle, contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, *op cit.*, p. 100.

⁸⁴ S. BROCA, « Les communs contre la propriété ? Enjeux d'une opposition trompeuse », *Sociologies* [en ligne], Dossiers, Des communs au commun : un nouvel horizon sociologique ?, 2016, <http://journals.openedition.org/sociologies/5662>.

croissante des œuvres de l'esprit, s'inscrivant dans la continuité de ces évolutions matérielles, vient cependant troubler la frontière entre droit de représentation et droit de reproduction, au point que ces prérogatives se conçoivent de plus en plus difficilement l'une sans l'autre⁸⁵. Les usages liés au numérique poussent d'ailleurs certains à envisager un dépassement de la distinction existant entre ces deux droits⁸⁶. À l'image de la propriété civiliste démembrant imparfaitement *usus*, *fructus* et *abusus*, le droit de la propriété littéraire et artistique dissocie aujourd'hui imparfaitement droits de représentation et de reproduction. C'est également en raison de l'aspect – trop – synthétique de cette distinction qu'ont été reconnus, sous l'impulsion de la doctrine et de la jurisprudence, des droits spécifiques, plus à même de décrire le contenu précis des deux prérogatives principales, amenant même à se poser la question d'un progressif démembrement des droits de l'auteur⁸⁷. Droit de destination, droit d'adaptation, droit de communication, droit de traduction, droit de location ou droit d'exposition des œuvres graphiques et plastiques⁸⁸ ne sont que les avatars de cette spécification du contenu du droit patrimonial de l'auteur. Nous n'appellerons ici pas purement et simplement à abandonner la distinction, celle-ci recelant encore un intérêt technique qui nous poussera à perpétuer son utilisation. Cela n'empêchera cependant pas de proposer une nouvelle forme de fragmentation des droits patrimoniaux de l'auteur, reposant sur le regroupement d'utilités au sein de droits subjectifs, eux-mêmes intégrés au faisceau de droits portant sur l'œuvre.

II : Efficacité du faisceau de droits dans le partage du potentiel du bien

510. L'équilibre dans le partage. La théorie du faisceau de droits s'avère particulièrement propice au partage de droits sur un même bien⁸⁹. Néanmoins, l'attribution de

⁸⁵ D. BÉCOURT, « Vers une révolution du droit d'auteur ? », *Dr. et patr.*, n° 72, 1^{er} juin 1999 : « ont par ailleurs cessé de s'opposer reproduction et représentation, désormais complémentaires, souvent même indissociables ».

⁸⁶ M. VIVANT et J-M BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2019, 4^{ème} éd., p. 521 : « la dématérialisation découlant de l'usage de certaines nouvelles technologies brouille souvent la distinction [entre droit de reproduction et de représentation] au point que certains auteurs suggèrent de parler d'"utilisation", de "communication au public" ou de "droit d'exploitation" – ce qui nous paraît tout à fait sensé ».

⁸⁷ A. ROBIN, *La copropriété intellectuelle, contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, *op cit.*, p. 264 : « L'émiettement du droit d'auteur en une multitude de prérogatives conférées à l'auteur incite nombre d'auteurs à évoquer la notion de démembrement ».

⁸⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 6 nov. 2002, n° 00-21.867, *Association Paris bibliothèques c/ Leloir*, (CCE, janv. 2003, p. 25, note. C. CARON) et Cass. civ. 1^{ère}, 6 nov. 2002, n° 00-21.868, *Association Paris bibliothèque c/ Dudognon*, (CCE, janv. 2003, p. 25, note. C. CARON).

⁸⁹ J. COMMONS, *The distribution of wealth*, *op cit.*, p. 110 : « The state gives to individuals a certain amount of control over material objects, reserving for itself and the public at large a certain share ».

prérogatives sur un unique objet peut devenir rapidement inefficace si un grand nombre d'utilités sont distribuées imparfaitement à un trop grand nombre d'acteurs. Nous verrons à ce titre que si le faisceau de droits peut représenter une opportunité lorsqu'il est utilisé dans le cadre d'une analogie avec les biens communs (A), le partage exacerbé des utilités peut représenter un risque mis en perspective avec la tragédie des communs (B).

A : Opportunité du faisceau de droits en analogie avec les biens communs

511. Utilités, faisceau de droits et biens communs. Tout comme il existe un lien entre utilités et faisceau de droits, la notion de bien commun peut être mise en perspective avec les deux premières. Par définition, le commun concerne tous les membres d'un groupe⁹⁰, ce qui peut impliquer la distribution de prérogatives à chacun de ses membres. Cette distribution n'aura pas systématiquement lieu grâce au faisceau de droits, mais ce dernier demeure cependant adéquat pour procéder à l'analyse des prérogatives de chacun sur l'objet concerné. La distribution des droits relatifs aux biens communs aura cependant souvent lieu par le prisme d'un régime propriétaire⁹¹. À vrai dire, les biens communs ne sont parfois perçus que comme une manière d'adapter la propriété⁹². Si, pour les partisans de cette vision, l'on ne peut opposer frontalement propriété et bien commun, demeure, *a minima*, l'idée selon laquelle le second entraîne un aménagement de la première. Cela s'explique, en grande partie, en raison de l'atteinte que le commun est susceptible de porter à l'exclusivité. En effet, dans certaines hypothèses, l'usage commun impliquera une forte réduction des prérogatives exclusives détenues sur le bien⁹³. Toutefois, il est possible, à l'instar du raisonnement mené relativement

⁹⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2022, 14^{ème} éd., V. Commun : Définition de Commun : « Qui concerne tous les membres d'un groupe, par opposition à individuel, collectif et unilatéral ».

⁹¹ A. STROWEL, « Nature, culture et langue : entre propriété et commun » in F. OST (en hommage à), *Le droit malgré tout, hommage à François Ost*, dir. Y. CARTUYVELS, A. BAILLEUX, D. BERNARD, H. DUMONT, I. HACHEZ et D. MISONNE, Presses de l'Université Saint-Louis, 2018, p. 762 : « Il n'y aurait donc pas extériorité de la propriété et des communs, mais intégration (subversive) des communs dans le domaine propriétaire ».

⁹² *Ibidem*, p. 762 : « le(s) commun(s) ne peu(ven)t être pensé(s) comme l'autre de la propriété, comme radicalement contre la propriété, c'est plutôt la propriété revue et corrigée » ; V. ég. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, PUF, 2008, 3^{ème} éd., p. 58 : « L'expression "bien d'usage commun" pourrait, peut-être, exprimer cette situation singulière d'une chose appropriée dont l'essentiel des utilités est ouvert à tous » ; V. ég. J-P. CHAZAL, « La propriété : dogme ou instrument politique ? », *op cit.*, p. 763 : « Il ne s'agit pas de priver le propriétaire de sa chose ou des utilités de celle-ci pour les rendre communes, mais de construire une théorie qui permette de rendre compte de manière plus réaliste de certaines situations, d'expliquer en quoi l'exercice du droit de propriété a pour fonction à la fois de satisfaire les intérêts de son titulaire et d'œuvrer pour le bien commun, l'arbitrage politique entre ces deux pôles se faisant par la loi ou le juge ».

⁹³ M. CLÉMENT-FONTAINE, *Les œuvres libres*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, 2006, p. 403.

au faisceau de droits, d'imaginer le recours aux biens communs en l'absence de toute référence à la propriété. Si l'œuvre de l'esprit peut être comparée – sans correspondre – à un bien commun, son étude dans le cadre de la mise en œuvre de droits littéraires et artistiques présente un intérêt majeur. En étudiant le sort des biens communs, l'on peut alors déceler les risques et opportunités d'une distribution des utilités de l'œuvre entre auteur et utilisateur.

512. Finalité collective des biens communs. Il est ici primordial de circonscrire au mieux la notion de bien commun pour éviter toute erreur d'analyse. Le bien commun fait, notamment en droit, l'objet d'approches très hétérogènes⁹⁴. De plus, la définition des biens communs divergera entre le Droit et l'économie, cette dernière discipline, ne définissant pas le « bien » de façon identique à la première⁹⁵, distinguant communs et biens communs⁹⁶. La notion de bien commun fait donc l'objet d'approches divergentes entre les disciplines et au sein même des disciplines. Nonobstant ces discordances, ces biens se trouvent toujours caractérisés par un facteur essentiel : « ce qui les réunit est qu'ils renvoient peu ou prou à l'idée d'une destination collective, caractéristique qui en influence le régime »⁹⁷. Cette destination collective forme par conséquent l'essence des biens communs, peu important l'approche retenue. Au regard de cette caractéristique principale, les biens communs trouvent aujourd'hui une vocation naturelle dans deux domaines spécifiques : la culture et l'environnement⁹⁸. Cela s'explique en grande partie en raison de la finalisation d'une partie des biens communs. Selon le Professeur Judith Rochfeld, parmi les différents modèles de biens communs, certains permettent de justifier un partage des utilités entre les différents membres du groupe eu égard à la destination de la

⁹⁴ M. CORNU, « Biens communs (approche juridique) » in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD, *Dictionnaire des biens communs, op cit.*, p. 103 : « lorsque les auteurs mobilisent ce vocabulaire des biens communs, ils l'entendent dans des sens finalement assez différents ».

⁹⁵ P. DARDOT et C. LAVAL, « Commun » in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD, *Dictionnaire des biens communs, op cit.*, p. 217 : Dans l'approche économique « le bien est défini, non par son appropriabilité comme en droit, mais par la satisfaction du besoin qu'il permet, par le type de consommation qui lui est attaché et par le caractère de sa production ».

⁹⁶ B. CORIAT, « Biens communs (approche économique) » in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD, *Dictionnaire des biens communs, op cit.*, p. 99 : Les biens communs sont les « communs qui consistent en des ressources “ouvertes” ou en accès partagé, qui concernent des très grands nombres, pour lesquelles des règles d'accès et/ou d'usage existent mais qui présentent la caractéristique de n'être pas administrées par une structure de gouvernance clairement établie ».

⁹⁷ M. CORNU, « Biens communs (approche juridique) » in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD, *Dictionnaire des biens communs, op cit.*, p. 103.

⁹⁸ M. CLÉMENT-FONTAINE, « Un renouveau des biens communs : des biens matériels aux biens immatériels » in H-J LUCAS (en hommage à), *Les modèles propriétaires*, LGDJ, Presses universitaires juridiques de Poitiers, févr. 2012, p. 52 : « La notion de communauté a été éclipsée notamment sous l'effet de la personnification. Mais aujourd'hui, plusieurs facteurs commandent de renouer avec l'existence des communautés. Tout d'abord les enjeux environnementaux et culturels conduisent à faire prévaloir la communauté humaine sur l'individu. Ensuite, le développement de moyens d'échanges notamment numériques suscite le retour des communautés ».

chose⁹⁹. Les biens culturels et environnementaux intègrent nécessairement cette catégorie en vertu des enjeux qui les entourent. Dans une telle optique, l'œuvre, en qualité de bien commun de l'auteur et de l'utilisateur, aura alors vocation à être diffusée et accessible au plus grand nombre. L'utilité intellectuelle retirée du bien par les utilisateurs s'avère nécessairement supérieure à celle qu'en obtient le seul auteur¹⁰⁰, sans pour autant justifier que les utilités portant sur l'œuvre ne deviennent majoritairement communes. La finalité reconnue aux droits littéraires et artistiques rend donc la référence aux biens communs d'autant plus intéressante ici.

513. Distinction entre choses communes et biens communs. À ce stade, et dans un souci de clarté, le bien commun doit impérativement être distingué de la chose commune. Si le bien commun ne fait l'objet d'aucune définition dans les textes et présente un contenu parfois difficile à appréhender, ce n'est pas le cas de la chose commune¹⁰¹. Les *res communes*, dont l'air, l'espace aérien ou les océans, apparaissent ainsi comme non appropriables¹⁰². C'est ce dernier point qui marque la différence majeure qui les sépare des biens communs, qui peuvent légitimement faire l'objet d'une appropriation¹⁰³. Cette appropriation porte classiquement sur une ressource dont l'accès est partagé, un faisceau de droits précisant la répartition des prérogatives de chacun. La présence d'un organe de gouvernance de la ressource concernée, dont la présence peut être larvée, singularise également le bien commun de la chose commune¹⁰⁴. Le bien commun fait donc souvent l'objet d'une gestion au sein d'une communauté, et n'a pas systématiquement une vocation universelle dans son acception actuelle. Ce bien peut alors faire l'objet d'une certaine exclusivité, notamment en dehors du groupe concerné par la ressource.

⁹⁹ J. ROCHFELD, « Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux "communs" ? », *Revue internationale de droit économique*, 2014/3, t. 28, p. 365 : « le fait qu'un bien soit approprié n'empêcherait pas de le considérer comme "destiné" et qu'un certain nombre de personnes en bénéficient au titre de cette finalité collective ».

¹⁰⁰ C. ROSE, « The comedy of the commons: custom, commerce, and inherently public property », *University of Chicago law review*, 1986, vol. 53, n° 3, p. 774.

¹⁰¹ C. civ., art. 714 : « Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous ».

¹⁰² Y. EMERICH et F. RIVARD, « La résurgence des communs en droit des biens contemporain : étude sur les cohabitats écologiques et les ruelles vertes », *Revue générale de droit*, vol. 50, n° 1, 2020, p. 281 : « Contrairement aux choses communes, les biens communs peuvent être appropriés » ; V. ég. M-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, Thèse, Paris I, dir. G. LOISEAU, LGDJ, 2006, p. 67 et s.

¹⁰³ A. FAVREAU, « La valeur sociale des objets de la propriété intellectuelle », *RLDI*, n° 77, 1^{er} déc. 2011 : « les catégories de bien et de chose commune étant alternatives l'une de l'autre, tout ce qui sera qualifié de bien ne pourra pas l'être de chose commune ».

¹⁰⁴ B. CORIAT, « Communs (approche économique) » in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD, *Dictionnaire des biens communs*, op cit., p. 267 : le bien commun suppose « i) l'existence d'une ressource en accès partagé, ii) un système de droits et d'obligations (ou "faisceau de droits") qui précise les modalités de l'accès et du partage des bénéfices associés à la ressource entre les ayants droit et enfin, iii) l'existence d'une structure de gouvernance qui veille au respect des droits ».

514. **Rejet de la dénomination de chose commune pour l'œuvre.** Le régime de la chose commune est-il adapté pour décrire l'œuvre de l'esprit dans le cadre de droits littéraires et artistiques ? Dans notre modèle, l'accès portant sur une œuvre s'exerce en l'absence de pouvoir absolu de l'auteur. Néanmoins, le statut de chose commune ne permet logiquement pas de rendre compte de la situation de l'œuvre au sein des droits littéraires et artistiques. La chose commune se trouve effectivement ouverte à l'usage de tous sans aucune exclusivité, ce qui n'est pas le cas de l'œuvre de l'esprit qui, en dehors du droit d'accès réservé aux seuls utilisateurs, demeure soumise au droit d'exclure de l'auteur. Ainsi, l'assimilation de l'œuvre à une chose commune doit être strictement rejetée au sein des droits littéraires et artistiques.

515. **Distinction entre œuvre et bien commun.** L'œuvre de l'esprit n'étant pas une chose commune, on pourrait s'attendre à ce qu'elle intègre directement la catégorie des biens communs. Cette notion semble, en effet, davantage indiquée que celle de chose commune dans la mesure où, si l'usage se trouve notamment réservé à l'utilisateur, cette ressource se trouve attribuée à un nombre limité d'acteurs. Il n'en est toutefois rien, l'œuvre ne pouvant être qualifiée de bien commun au sens strict. Pour démontrer ce fait, nous devons non pas envisager l'œuvre comme un bloc, mais plutôt la dissocier entre deux valeurs essentielles. Comme le rappelle Monsieur le Professeur William Dross, tout bien présente deux formes de valeur, à savoir la valeur d'usage et la valeur d'échange¹⁰⁵. Partant, l'œuvre peut être envisagée comme un objet de jouissance pour l'auteur et le public, et comme un objet d'exploitation pour l'auteur. Nous allons démontrer que l'œuvre, que ce soit à l'aune de l'une ou l'autre de ces valeurs, ne peut, en elle-même, être qualifiée de bien commun.

516. **L'œuvre comme objet de jouissance, bien à péage.** L'œuvre peut tout d'abord être envisagée en qualité d'objet de jouissance quant à sa valeur d'usage. Il s'agit alors de considérer l'œuvre comme un bien dont il est possible de tirer une jouissance directe, comme le fait de lire un livre, admirer un bronze ou visionner un film. Considérée sous cet aspect, l'œuvre est un bien non rival, puisque l'utilisation de l'un ne diminuera jamais la jouissance que pourront en attendre les autres membres de la communauté. Au contraire, la valeur d'usage d'un bien réservé par le truchement de la propriété civiliste est naturellement limitée, le bien concerné étant ici rival. Si, dans l'état de nature, la jouissance de l'œuvre est non exclusive, l'objet du droit de la propriété intellectuelle est de reconnaître un pouvoir exclusif à l'auteur quant à l'usage du bien par autrui. Or, dans la classification économique, un bien non rival et

¹⁰⁵ W. DROSS, *Droit civil, les choses*, op cit., p. 13.

exclusif n'est pas qualifié de bien commun, mais de bien à péage, ce qui reflète bien l'effet du droit d'auteur concernant la jouissance de l'œuvre. Il en résulte que l'œuvre, envisagée sous sa seule valeur d'usage, ne constitue pas un bien commun.

517. **L'œuvre comme objet d'exploitation, bien privé.** Toutefois, au-delà de sa valeur de jouissance, l'œuvre présente encore une valeur d'échange bien distincte. Transposée au droit de la propriété littéraire et artistique, la valeur d'échange conduit à envisager la création comme un objet d'exploitation dont l'auteur pourra tirer un revenu, notamment par la cession ou la concession de ses droits. Cette manière d'aborder la création nous apparaît d'une grande importance puisque l'œuvre, en tant qu'objet d'exploitation, constitue un bien rival. En effet, l'exploitation de l'œuvre par un nombre croissant d'acteurs impacte nécessairement les revenus escomptés par chaque exploitant : les parts de marché ne sont pas illimitées contrairement à la jouissance. Or, l'œuvre de l'esprit est très fréquemment présentée, dans son entier, comme un bien non rival, sans prendre en compte sa valeur d'échange. Cette distinction a donc pour intérêt de montrer que si l'œuvre peut être communiquée sans préjudice en tant qu'objet de jouissance, sa valeur d'échange doit à tout prix être préservée afin d'assurer une rémunération adéquate de l'auteur. En outre, le droit d'accès à l'œuvre pouvant être soumis à une juste rémunération de l'auteur, la disparition d'une partie de l'exclusivité portant sur l'œuvre dans sa valeur d'usage ne peut sensiblement réduire sa valeur d'échange. L'exclusivité, issue de la loi, s'associant à la rivalité de l'œuvre en tant qu'objet d'exploitation, la création est alors considérée, sous cet angle, comme un bien privé. Il en résulte que l'œuvre de l'esprit ne peut être regardée, eu égard à sa seule nature, comme un bien commun, ce dernier statut impliquant à la fois que l'objet considéré soit rival et non exclusif.

518. **Intérêt d'une analogie entre œuvres de l'esprit et biens communs.** L'œuvre de l'esprit n'est cependant pas sans lien avec les biens communs, bien au contraire. D'une part, la création se rapproche naturellement du bien commun en ce que l'œuvre, peu important la volonté de l'auteur, se trouve intégrée à la culture populaire et fait ainsi, d'une certaine manière, l'objet d'un partage entre les membres de la communauté. De plus, la tragédie des communs – exposée dans les développements à venir –, si elle ne peut directement porter sur la valeur d'usage de l'œuvre, peut éventuellement exister quant à sa valeur d'échange. D'autre part, et surtout, certaines œuvres de l'esprit peuvent devenir des biens communs par la volonté de

leur propriétaire¹⁰⁶. C'est notamment le cas de certains *creatives commons* et de plusieurs licences libres¹⁰⁷ lorsque l'auteur renonce à son exclusivité sur la valeur d'exploitation de l'œuvre, bien rival. Ces nouveaux biens sont alors qualifiés de communs numériques¹⁰⁸, ce qui apparaît particulièrement adéquat au regard du rôle de la communauté dans le partage et l'élaboration de ces types de licences. En définitive, si les œuvres de l'esprit ne sont pas, dans leur nature, des biens communs, elles peuvent le devenir et conservent toujours une certaine proximité avec cette catégorie de biens. Dès lors, l'analogie entre bien communs et œuvres de l'esprit se trouve pleinement justifiée.

B : Risque d'un partage des utilités face à la tragédie des communs

519. La tragédie des communs : risque matériel. L'analogie entre l'œuvre et les biens communs peut légitimement susciter quelques inquiétudes au regard de certaines prédictions. À la fin des années soixante, l'écologue américain Hardin proposait une critique de la conception des biens communs et choses communes à travers l'exemple de l'utilisation des ressources naturelles. Dans un article intitulé « la tragédie des communs » il mettait en avant les risques liés à la surexploitation et l'absence de contrôle exercé sur bon nombre de ressources naturelles, tels les bancs de poissons¹⁰⁹, l'air ou les espèces animales de manière générale. Le risque pesant sur ces ressources est donc sensiblement identique à celui portant sur les biens corporels dès lors qu'ils font l'objet d'une surexploitation, ou d'une utilisation par un trop grand nombre d'acteurs : « la liberté dans un commun apporte la ruine à tous »¹¹⁰. Le statut de bien commun ou de chose commune serait alors impropre à assurer la préservation des ressources naturelles.

¹⁰⁶ J. PETROU-FRELING, *L'évolution du droit d'auteur à l'heure du livre numérique : les conditions de développement d'un nouveau marché*, Thèse, Paris I, dir. J. FARCHY, 2016, p. 208 : « Un bien et *a fortiori* un livre n'est pas naturellement un commun, ni naturellement inappropriable, ces caractéristiques supposent de renouveler le statut juridique qui l'entoure, ce qui peut ouvrir la voie à de nouvelles formes de droit d'auteur ».

¹⁰⁷ B. CORIAT, « Communs (approche économique) » in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD, *Dictionnaire des biens communs*, *op cit.*, p. 268.

¹⁰⁸ M. CLÉMENT-FONTAINE, « Communs numériques (approche juridique) » in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD, *Dictionnaire des biens communs*, *op cit.*, p. 279 : « On entend par communs numériques l'ensemble des éléments disponibles au public sous une forme numérique, soit qu'ils ne relèvent d'aucun monopole *ab initio*, soit qu'ils soient mis volontairement en partage ».

¹⁰⁹ G. HARDIN, « The tragedy of the commons », *Science*, 1968, vol. 162, n° 3859, p. 1245 : « the oceans of the world continue to suffer from the survival of the philosophy of the commons. Maritime nations still respond automatically to the shibboleth of the "freedom of the seas". Professing the believe in the "inexhaustible resources of the oceans", they bring species after species of fish and whales closer to extinction ».

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 1244 : « freedom in a commons brings ruin to all ».

520. **Tragédie des communs et œuvres de l'esprit.** Toutefois, un tel risque doit être écarté puisque, nous l'avons déjà indiqué, les œuvres sont, quant à leur jouissance, des biens non rivaux : la ressource ne peut s'épuiser. Cependant, la tragédie des communs pourrait théoriquement trouver un écho en droit de la création immatérielle. En effet, au-delà des risques pesant sur les droits moraux de l'auteur par un accès non régulé à l'œuvre, la question de la rétribution de la création est susceptible de devenir critique lorsqu'un parallèle est opéré entre œuvre et bien commun. Envisagée dans sa valeur d'échange, l'exploitation de l'œuvre par un grand nombre d'acteurs concurrents pourrait conduire à une forme de tarissement des ressources de l'auteur, limitant l'incitation à la création. Dès lors, en l'absence de toute régulation, le nombre d'œuvres livrées au public pourrait diminuer et la qualité de celles-ci pourrait également en pâtir, l'auteur ne pouvant consacrer autant de temps qu'il le souhaiterait à ses créations. Donc, la tragédie des communs, ainsi présentée, pourrait s'étendre à la création dans l'hypothèse où l'auteur serait privé d'une juste rémunération. Néanmoins, cette théorie, reposant sur une idée juste, tire des conclusions plus que contestables...

521. **Comédie des communs.** En réponse à la démonstration de Hardin, Madame le Professeur Carol Rose publiait un article habilement intitulé « la comédie des communs »¹¹¹. La juriste prolongeait l'analyse de l'écologue, selon laquelle les dérives liées à l'utilisation des ressources naturelles étaient liées à l'application du régime des biens communs. Selon elle, les comportements de surexploitation et de non-préservation des ressources se trouvent directement liés à l'absence ou la quasi-absence de régulation concernant certains biens communs et choses communes. Ce n'est donc pas le statut de ces biens qui présente une difficulté, mais le défaut de recours à des moyens de coercition en vue d'obtenir un usage non égoïste de la ressource visée¹¹². Les ressources naturelles communes n'ont pas cessé d'être des communs depuis la mise en place de quotas ou de taxes. Il en résulte que le statut de bien commun ne présente, en lui-même, aucun obstacle tangible à l'exploitation des ressources naturelles sur le long terme ; le problème réside avant toute chose dans la manière dont sont régulés les communs...

¹¹¹ C. ROSE, « The comedy of the commons: custom, commerce, and inherently public property », *op cit.*, p. 723 : « The commons was not tragic, but comedic, in the classical sense of a story with a happy outcome. And customary doctrines suggest that commerce might be thought a "comedy of the commons" not only because it may indefinitely expand out wealth, but also, at least in part, because it has been thought to enhance the sociability of the members of an otherwise atomized society ».

¹¹² G. HARDIN, « The tragedy of the commons », *op cit.*, p. 1245 : « the tragedy of the commons as a cesspool must be prevented by different means, by coercive laws or taxing devices ».

522. La tragédie des anticommons : risque juridique. La tragédie des communs qu'implique une absence totale de régulation n'est toutefois pas la seule source d'inquiétude dans le recours au fractionnement des droits sur un même bien. La tragédie des anticommons¹¹³ se présente ainsi, en quelque sorte, comme l'excès inverse de l'absence de régulation, à savoir la paralysie juridique du bien. Cette situation correspond à une hypothèse dans laquelle le commun est soumis à : « un régime juridique caractérisé par la difficulté d'accéder à et d'utiliser la ressource appropriée, que celle-ci soit matérielle ou immatérielle, tant la propriété qui y est attachée se trouve fragmentée »¹¹⁴. Le principal risque se situe ici dans l'éclatement trop important des prérogatives portant sur le droit d'exclure autrui de la ressource concernée. Si le refus opposé par un seul neutralise l'autorisation accordée par l'ensemble des autres parties prenantes, le risque est celui d'une sous-utilisation de la ressource¹¹⁵ en totale opposition avec la philosophie utilitariste. Une telle fragmentation des droits existe déjà, d'une certaine manière, pour certaines œuvres en droit de la propriété littéraire et artistique, notamment concernant les créations audiovisuelles dont le régime complexe provoque la répartition de droits au profits de nombreux acteurs¹¹⁶. C'est en partie en raison des effets de la tragédie des anticommons que le droit positif présente une aversion pour toute forme de propriété divisée¹¹⁷, y compris en matière de création intellectuelle. Pourtant, la tragédie des anticommons peut tout à fait être évitée par une adaptation du régime de l'œuvre, même en présence d'une forte fragmentation des droits portant sur la création.

523. Palliatifs à la tragédie des anticommons. La sous-utilisation de l'œuvre de l'esprit n'est pas inexorable dans un modèle s'inspirant des biens communs. En effet, la répartition des droits relatifs à l'œuvre ne suppose pas la fragmentation de l'ensemble des droits, ni même la réservation de la totalité des utilités. Dans un modèle où l'auteur ne peut s'opposer à l'accès à l'œuvre par les utilisateurs sous réserve de payer un juste prix, il ne peut être attribué un droit d'exclusion aux utilisateurs. En réalité, l'exclusivité se trouvera, dans cette

¹¹³ M. HELLER, « The tragedy of the anticommons : property in the transition from Marx to Markets », *Harvard law review*, janv. 1998, vol. 111, n° 3, p. 670.

¹¹⁴ A. ABOUKRAT, « Tragédie des anticommons » in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD, *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017, p. 1168.

¹¹⁵ *Ibidem* : « En présence d'anticommons, une multitude de propriétaires détiennent un droit d'exclure des tiers de l'utilisation d'une ressource, ce qui peut conduire à une sous-utilisation de la ressource ».

¹¹⁶ C. HUGON, *Le régime juridique de l'œuvre audiovisuelle*, Thèse, Montpellier, dir. J-M. MOUSSERON, Litec, 1993, p. 21 : « l' "atomisation" croissante des utilités rend la réservation des œuvres audiovisuelles de plus en plus difficile ».

¹¹⁷ N. NETANEL, « Copyright and a democratic civil society », *The Yale law journal*, vol. 106, 1996, n° 2, p. 283 : « Neoclassicists posit that divided ownership is inherently inefficient because it requires coordination to insure that each owner develops his share of the resource without interfering with or detracting from the value of the remaining attributes ».

hypothèse, neutralisée au sein des droits littéraires et artistiques. Ainsi, seul l'auteur demeure titulaire de la faculté d'exclure autrui de l'œuvre, mais, de surcroît, ce droit d'exclure sera purement et simplement inexistant face à l'utilisateur sollicitant l'accès à l'œuvre par voie numérique. Le risque de sous-exploitation de l'œuvre de l'esprit est alors évité en même temps que celui d'une exploitation non rémunérée qui conduirait au tarissement de la création. En somme, le modèle des droits littéraires et artistiques échappe à la tragédie des anticommons en relativisant le droit exclusif de l'auteur tout en limitant le champ des prérogatives reconnues à l'utilisateur.

524. Nécessité d'une catégorisation des utilités du bien. Nous avons ici présenté plusieurs outils conceptuels qui vont accompagner la détermination des droits littéraires et artistiques. Ces derniers seront appréhendés sous le prisme d'un faisceau de droits, ce dernier regroupant des prérogatives contenant des ensembles d'utilités déterminées. Il nous revient à présent d'aller plus en avant en déterminant concrètement la structure que peut revêtir le faisceau de droits, et donc de nous attacher à une certaine nomenclature des utilités portant sur le bien.

Section II : Appréhension ciblée de la nomenclature des utilités

525. Identification de catégories d'utilités et de droits. Afin d'aboutir à une répartition efficace des droits entre auteur et utilisateur, il est à présent indispensable d'identifier, non pas chaque utilité portant sur l'œuvre une à une, mais des catégories d'utilités, qui serviront à déterminer le contenu des droits de chacun. Cette étape se révèle indispensable, dans la mesure où la détermination des catégories d'utilités n'a rien d'évident. La discrimination des utilités de l'œuvre entre elles relève d'un choix arbitraire puisque qu'une infinité de dichotomies peuvent être envisagées. Nous serons ici notamment guidé par la destination commune des œuvres de l'esprit dans la détermination des catégories d'utilités portant sur la création ¹¹⁸. Dans cette perspective, nous nous inspirerons des travaux de juristes, mais également d'économistes en vue d'établir un modèle propre à l'identification des prérogatives et avantages caractéristiques de l'œuvre de l'esprit. Notre approche sera d'abord générale, centrée sur l'étude de différentes nomenclatures des biens, pour ensuite être appliquée

¹¹⁸ C. ATIAS, « La propriété immobilière privée en relation », *AJDI*, 2012, p. 477 : « La considération de la destination des biens, de leur utilité, de leur substance, contribue à la détermination des pouvoirs de chacun ».

au droit positif. Ce n'est qu'enfin, dans les développements à venir, que nous serons en mesure d'utiliser les outils ici présentés en vue de l'élaboration de droits littéraires et artistiques. Ainsi, nous examinerons, dans un premier temps, l'attribution des utilités en sciences économiques et juridiques (§1), avant, dans un second temps, de détailler la distribution des utilités de l'œuvre en droit de la propriété littéraire et artistique (§2).

§1 : Examen de l'attribution des utilités en sciences économiques et juridiques

526. Fractionnement et répartition des avantages tirés du bien. Dans le cadre d'une approche distributive des utilités et droits portant sur un bien, il est opportun de recourir à des repères déjà établis. Ceux-ci sont rendus nécessaires par le caractère innombrable et imparfaitement déterminable de la totalité des utilités relatives au bien. Il est alors nécessaire d'avoir recours à des catégories d'utilités en vue de mieux les appréhender, ce qui permettra leur réservation par l'intermédiaire de droits subjectifs par la suite. Plutôt que de tenter vainement de dénombrer les feuilles de l'arbre, l'analyse se portera essentiellement sur ses principales branches. Nous procéderons donc à la dissection du faisceau de droits en catégories d'utilités (I), avant d'en distribuer les utilités hors du droit de l'immatériel (II).

I : Dissection du faisceau de droits en catégories d'utilités

527. Analyse des utilités du bien. Dans l'optique d'une dissection efficace des avantages issus des biens, nous nous appuierons ici sur les travaux de juristes et économistes ayant mené des démonstrations en matière de droit civil, spécialement en droit des biens et en droit de l'environnement. Si les immeubles, meubles et ressources naturelles ne partagent pas la totalité de leurs caractéristiques avec les œuvres de l'esprit, les techniques de fragmentation des droits qui leurs sont appliquées pourront mener à des applications pertinentes en droit de la création immatérielle. Seront dans un premier temps étudiées les différentes méthodes d'appréhension du faisceau de droits (A), pour, dans un second temps, que soit empruntée la nomenclature des droits et utilités telle que dégagée par les Professeurs Elinor Ostrom et Edella Schlager (B).

528. **Le triptyque comme faisceau de droits.** La question pourrait avant tout se poser de savoir si le triptyque peut faire office de faisceau de droits efficace. Effectivement, *usus*, *fructus* et *abusus* présentent l'apparence d'un faisceau de droits et peuvent, dans une certaine mesure, y être assimilés. Toutefois, deux éléments tendent à drastiquement relativiser une telle analyse. Le point le moins problématique tient ici au nombre d'éléments composant le faisceau de droits. Si rien n'interdit qu'un faisceau de droits puisse ne discriminer que deux droits, comme le droit de reproduction et le droit de représentation, il faut admettre que le recours à une approche distributive présente un intérêt limité en présence du triptyque qui n'est constitué que de trois ensembles. Autre élément discréditant le triptyque, son caractère difficilement dissociable du droit de propriété. En effet, *usus*, *fructus* et *abusus* sont généralement conçus en référence directe à la propriété et ses démembrements. Le triptyque, n'étant conçu qu'à travers la logique propriétaire, ne peut se prêter naturellement à une analyse en termes de faisceau de droits. Toutefois, au-delà de ces deux motifs, c'est avant tout l'absence de prise en compte directe du pouvoir d'exclure de l'auteur qui nous conduit à ne pas adopter le triptyque comme fondement de notre modèle. La neutralisation de l'exclusivité de l'auteur apparaît ainsi peu évidente lorsque, chacun à un degré différent, *usus*, *fructus* et *abusus* intègrent une part d'exclusivité sans pour autant s'y résumer.

529. **Distinction des « *full rights* » et « *partial rights* » par Commons.** En 1893, le Professeur Commons, économiste à l'origine de l'expression de faisceau de droits, proposait une distinction entre les droits portant sur un même bien. Dans son ouvrage, *The distribution of wealth*, une différence était mise en exergue entre *full rights* et *partial rights*¹¹⁹. Les premiers sont ceux, à l'instar du droit de propriété, qui n'ont pas besoin d'être définis dans leur portée, puisqu'ils constituent le principe. Les *partial rights*, *a contrario*, regroupent des utilités strictement délimitées du bien, de sorte qu'une définition exhaustive s'impose en raison de leur statut de limite au principe. Se dessine alors une vision dans laquelle les utilités du bien sont principalement regroupées entre les mains d'un titulaire principal, tandis qu'une multitude d'avantages isolés sont accordés ponctuellement à certains tiers. Cette théorie apparaît tout à fait conforme à l'état du droit civil et du droit de la propriété littéraire et artistique. Toutefois, la conception en termes de *partial rights* invite naturellement à une analyse exhaustive des

¹¹⁹ J. COMMONS, *The distribution of wealth*, Macmillan and co., 1893, p. 92.

différents droits, bien au-delà de ce que conçoit le droit positif. Dans le cas d'un bien appartenant à une personne privée, ces droits représentent des utilités strictement définies qui appartiennent à l'État et aux collectivités ou à d'autres personnes privées. Sont cités à ce titre la taxation, l'hypothèque, le bail ou le droit de passage¹²⁰. Dans le cas le plus extrême, est prise en compte la précarité du droit de propriété sur lequel un risque latent d'expropriation par l'État existe. Le caractère temporaire du droit du titulaire principal intègre également ce modèle par la considération des droits des héritiers sur le bien. Dès lors, la propriété, mise à l'épreuve du faisceau de droits, apparaît assaillie de toutes parts et ne constitue plus un monolithe inaltérable. La disparition de la propriété au sein du droit de la création, par le retranchement d'une partie du droit d'exclusion de l'auteur, n'empêche pas de considérer que le droit de l'auteur demeure le droit principal. Toutefois, considérer le droit de l'auteur comme un *full right* et les droits de l'utilisateur comme des *partial rights* ne suffit pas à assurer une catégorisation satisfaisante des utilités du bien.

530. **Les prérogatives corollaires de Hohfeld.** En 1917, le recours à une logique de faisceau de droits s'impose à nouveau, cette fois-ci dans les écrits du juriste américain Hohfeld. Celui-ci répartit les prérogatives portant sur le bien en différents ensembles nommés droits, privilèges, pouvoirs et immunités. L'auteur effectue un corollaire entre ces prérogatives et les limites qu'elles imposent à autrui, à savoir les non-revendications, devoirs, incapacités et responsabilités¹²¹. L'important est ici que chaque prérogative sur le bien a pour corollaire une multitude de limitations impliquant une obligation de faire ou de ne pas faire. Une même norme fera alors naître à la fois des droits et devoirs¹²² : le droit de l'un impliquera par exemple la non-revendication de l'autre. Une telle vision de la répartition des droits et utilités sur le bien peut sembler, à première vue, anodine. Elle implique pourtant une profonde remise en cause de la distinction entre droits réels et personnels. En réalité, si l'on se base sur la conception hohfeldienne du droit des biens, il n'existe plus de droits réels, mais, *a minima*, autant de droits personnels qu'il existe d'individus. Au-delà de cet intérêt, l'analyse de l'auteur permet d'offrir une continuité dans l'analyse des prérogatives du bien sous l'angle du faisceau de droits et d'inviter à une conception nouvelle des droits portant sur le bien¹²³. Les prérogatives de la

¹²⁰ *Ibidem*, p. 93.

¹²¹ W. N. HOHFELD, *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, éd. Alpha, 2020, p. 64.

¹²² E. SCHLAGER et E. OSTROM, « Property-rights regimes and natural resources : a conceptual analysis », *Land economics*, vol. 68, 1992, n° 3, p. 250 : « To possess a right implies that someone else has a commensurate duty to observe this right. Thus rules specify both rights and duties ».

¹²³ P. SCHLAG, « How to do things with Hohfeld », *Law and Contemporary problems*, vol. 78, 2015, n° 1, p. 219 : « one of the virtues of Hohfeldian decomposition is that it allows us, at the analytical level, to consider how our current jural composites might be reconfigured ».

conception hohfeldienne (droits, privilèges, pouvoirs et immunités) forment un type de nomenclature des droits portant sur le bien, avec l'avantage de mettre particulièrement en évidence les non-droits qui en sont les corollaires. Tirant profit de cet apport, nous n'aurons toutefois pas directement recours à cette classification dans le cadre de la détermination et de la distribution des prérogatives de l'auteur et de l'utilisateur. Nous allons le découvrir, un autre modèle apparaît davantage adapté dans le cadre du droit de la création immatérielle.

531. Les incidents du droit de propriété de Honoré. Par la suite, l'avocat anglais Honoré proposait, en 1961 et dans la parfaite lignée de la théorie du faisceau de droits, une analyse fondée sur la propriété et ses « incidents ». Bien loin d'une analyse en phase avec le triptyque du droit français, le juriste proposait de reconnaître pas moins de onze dérivés du droit de propriété. Parmi ceux-ci, l'on peut citer l'usage, la possession, le droit aux fruits, la disposition à titre gratuit, la disposition à titre onéreux ou encore l'obligation de prévenir les dommages sur le bien¹²⁴. À l'instar de l'analyse hohfeldienne, sont ici reconnus des droits et devoirs, sans pour autant qu'une approche purement personnaliste des droits sur la chose ne prédomine. Bien que cette conception des droits et utilités portant sur un bien soit intéressante, nous ne la choisirons pas comme modèle de référence. La présence de onze droits partiels fait en effet craindre une trop grande complexité dans la mise en œuvre et la détermination des droits de chacun ; trouver une application concrète à ce modèle fait plus que jamais planer le risque d'une tragédie des anticommons. L'analyse proposée par Honoré, poussant la théorie du faisceau de droits dans de nouvelles limites, se présente donc comme un outil analytique, descriptif, mais moins comme un instrument fonctionnel. Or, cette dernière qualité s'avère primordiale dans le cadre d'une tentative d'élaboration de droits littéraires et artistiques construits en dehors de toute propriété.

532. L'approche distributive des Professeurs Elinor Ostrom et Edella Schlager. Dans le cadre d'une analyse dressée en matière de gestion des biens environnementaux, Mesdames les Professeurs Elinor Ostrom et Edella Schlager, économistes, avaient à leur tour recours à la théorie du faisceau de droits, appliquée cette fois-ci aux biens communs. Dans un article publié en 1992, les auteurs, soucieuses de décrire les prérogatives relatives aux ressources environnementales, tels des bancs de poissons, présentaient un ensemble de cinq

¹²⁴ A. HONORE, « Ownership », *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford University Press, Londres, 1961, p. 107 : Les incidents du droit de propriété sont alors les suivants : la possession, l'usage, la gestion, le droit aux fruits, le capital, la sécurité, la disposition à titre onéreux ou gratuit, l'absence de terme, le devoir de prévenir/réparer les dommages, l'obligation d'exécution et les caractères résiduels de la propriété. Au-delà de la difficile délimitation de ces catégories, leur utilisation s'avère difficile au regard de leur nombre.

droits susceptibles de rendre compte des utilités attachées à ces biens¹²⁵. Ces droits, dont le contenu sera détaillé par la suite¹²⁶, sont les suivants : droit d'accès, de prélèvement, de gestion, d'exclusion et d'aliénation. Si le rapprochement entre biens environnementaux et œuvres de l'esprit n'a, à première vue, rien d'évident, nous mettrons en exergue les similarités qui peuvent exister entre ces différents types de biens. Nous le verrons, la reconnaissance de l'exclusivité comme catégorie à part entière présente un intérêt particulier dans un système qui vise justement à réduire la portée du droit d'exclure du titulaire principal. L'approche adoptée par ces deux économistes, proche de celle de Commons, se trouve mise à l'épreuve du droit de propriété. Bien que la nomenclature proposée ne soit pas inéluctablement indissociable du système propriétaire, leur confrontation conduit inéluctablement à l'affaiblissement du droit de propriété¹²⁷. Ainsi, à travers l'ensemble des modèles que nous avons jusqu'ici étudiés, la théorie du faisceau de droits invite naturellement à établir un modèle libre de toute propriété, bien qu'il puisse impliquer l'existence d'une prérogative principale. Toutefois, lorsque l'analyse en termes de faisceau de droits se trouve appliquée à un régime propriétaire, ce dernier en ressort amoindri, voire dénaturé, notamment au regard de l'approche distributive des utilités, conduisant à de nombreuses remises en cause du droit d'exclure de l'auteur.

533. Faisceau de droits et *summa divisio* entre droits réels et personnels.

La théorie du faisceau de droits, par sa nature, pousse généralement à concevoir la chose non comme objet direct de droit, mais comme simple intermédiaire à l'expression d'un droit personnel¹²⁸. Partant, la théorie du faisceau de droits tend à remettre en question la *summa divisio* entre droits réels et personnels. Dans la plupart des approches décrites en amont, chaque prérogative sera davantage envisagée comme une relation entre le propriétaire et le reste du monde plutôt qu'entre le propriétaire et sa chose. Bien que cette distinction entre droits réels et personnels, que Kelsen tenait pour « fallacieuse »¹²⁹, ne soit pas au cœur de notre démonstration, il nous semble nécessaire de la justifier afin de préserver certains repères.

¹²⁵ E. SCHLAGER et E. OSTROM, « Property-rights regimes and natural resources : a conceptual analysis », *op cit.*, p. 249.

¹²⁶ V. *infra* n° 535 et s.

¹²⁷ M. NYSENS, F. PETRELLA et P. EYNAUD, « Comprendre la diversité des formes de gouvernance », *Juris associations*, 2014, n° 501, p. 23 : « dans le cas de l'économie sociale et solidaire [modèle proposé par Elinor Ostrom et Edella Schlager], les droits de propriété peuvent être considérés comme atténués ».

¹²⁸ Il en est de même de la mise en œuvre d'une approche finalisée du Droit : V. H. KELSEN, *Théorie pure du Droit*, LGDJ, 1999, [1^{ère} éd. 1934, trad. C. ENSEINMANN], p. 137 : « si l'on caractérise la propriété comme un rapport entre une personne et une chose, on dissimule sa fonction décisive du point de vue économique-social, cette fonction qui réside précisément dans la relation entre le propriétaire et tous les autres sujets, l'exclusion de ceux-ci de tout accès à la chose ».

¹²⁹ *Ibidem*, p. 136.

Si l'approche personnaliste peut sembler séduisante¹³⁰, notamment à l'aune des instruments ici présentés, elle n'en demeure pas moins critiquable¹³¹. Si Planiol voyait dans tout droit réel une forme d'obligation passive universelle¹³², il faut reconnaître que cette approche ne tient compte que de l'un des effets du droit : son opposabilité. Or, un droit portant sur une chose ne saurait se réduire à de telles considérations¹³³. Comment appréhender et justifier l'usage personnel que peut faire le titulaire de son bien en ne concevant le droit que comme une obligation passive universelle ? Il convient donc de réaffirmer l'intérêt d'une distinction entre droits réels et personnels, bien que notre démarche induise le recours à la théorie du faisceau de droits.

B : Sélection subséquente de la nomenclature des Professeurs Elinor Ostrom et Edella Schlager

534. Un quintette de prérogatives. La nomenclature proposée par Mesdames les Professeurs Elinor Ostrom et Edella Schlager, comprenant cinq prérogatives, nous servira de référence dans les développements à venir. Seront donc successivement présentés ces cinq éléments, qui sont conçus comme des droits par les auteurs. Toutefois, dans l'approche qui sera la nôtre par la suite, nous ne considérerons pas ces ensembles comme des droits à part entière, mais plutôt comme des catégories d'utilités. Ce n'est qu'en puisant au sein de ces cinq familles d'utilités que nous pourrions déterminer les droits subjectifs de l'auteur et de l'utilisateur. Par conséquent, cette nomenclature se trouve ici en partie détournée de sa fonction, celle-ci ne déterminant pas les droits en eux-mêmes, mais fournissant un quadrillage des utilités portant sur le bien. Toutefois, pour l'heure, il nous revient de présenter la théorie telle qu'établie par les deux économistes. Dans ce but, nous évoquerons successivement les éléments de ce quintette de prérogatives, à savoir les droits d'accès et de prélèvement qui forment un outil

¹³⁰ *Ibid.*, p. 136 : « Pour maintenir cette distinction entre droit réel et droit personnel, on définit le premier comme un droit d'un individu de disposer d'une chose d'une certaine façon ; on oublie de dire que ce droit consiste uniquement dans le fait que les autres individus sont obligés juridiquement de tolérer cette disposition, c'est-à-dire ne point l'empêcher ou l'entraver en aucune manière ; et par conséquent, le *jus in rem* est au moins aussi un *jus in personam* ».

¹³¹ P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit des biens*, LGDJ, 2021, 9^{ème} éd., p. 119.

¹³² M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, 1900, t. 1, n° 762.

¹³³ W. DROSS, *Droit civil, les choses, op cit.*, p. 284 : « Le vice qui infecte la théorie personnaliste est d'avoir confondu l'opposabilité des droits avec l'idée d'obligation et ainsi mis indûment sur le même plan la dimension interne du droit personnel et externe du droit réel » ; V. ég. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit des biens op cit.*, p. 120 : « L'obligation passive universelle n'est en réalité que le devoir qui incombe à tous les membres d'une société d'en respecter les lois ; elle n'a aucune valeur propre, n'est pas une véritable obligation » ; V. ég. J. LAURENT, *La propriété des droits*, Thèse, Paris I, dir. T. REVET, LGDJ, 2012, p. 88.

d'autorisation (1), ainsi que les droits de gestion, d'exclusion et d'aliénation qui constituent un instrument de contrôle (2).

1 : Les droits d'accès et de prélèvement : outils d'autorisation

535. Le droit d'accès. En regroupant les utilités relatives aux ressources naturelles, les auteurs aboutissent à la reconnaissance d'un premier droit : le droit d'accès. Ce dernier fait l'objet d'une définition relativement large car il consiste en un droit d'accéder à une propriété physique¹³⁴. Il s'agit donc du droit d'entrer sur un site, comme un espace naturel montagneux ou littoral. Ce droit pourra bénéficier à certaines personnes spécialement habilitées, voire à la totalité d'une population déterminée. En l'état de cette définition, le droit d'accès ne peut trouver aucune application en matière de droit de la création immatérielle. Toutefois, il suffit de reprendre l'image des choses-milieus pour opérer une transposition¹³⁵. Si l'on représente l'œuvre de l'esprit comme un domaine, l'accès revient à accorder une forme de droit de passage, une servitude sur la création. Un tel droit constituerait la faculté accordée à certains individus d'appréhender l'œuvre, d'y accéder. Dès lors, rien n'empêche d'ériger l'accès comme une catégorie d'utilités pouvant porter sur des biens immatériels. Les utilités liées à l'accès à l'œuvre permettraient ainsi de déterminer avec précision le droit des utilisateurs d'accéder au contenu de l'œuvre. Toutefois, cette prérogative ne pouvant être sans bornes, les utilités liées à l'accès à l'œuvre ne pourront toutes être réservées à l'utilisateur, et des limites l'accompagneront nécessairement, sous la forme de critères stricts. Dans ce contexte, l'auteur demeurera titulaire de la plupart des utilités relatives à l'accès à l'œuvre.

536. Le droit de prélèvement. Dans la théorie des Professeurs Elinor Ostrom et Edella Schlager, le droit d'accès se trouvera très fréquemment accompagné d'un droit de prélèvement sur la ressource naturelle. Ce droit est caractérisé pour la possibilité d'obtenir les « produits » de la ressource en question¹³⁶. Là aussi, la définition est suffisamment large pour englober un maximum d'utilités, notamment en raison de la référence aux « produits », qui s'avère très ouverte. La théorie est à nouveau principalement fondée sur un prélèvement

¹³⁴ E. SCHLAGER et E. OSTROM, « Property-rights regimes and natural resources : a conceptual analysis », *op cit.*, p. 250 : la définition exacte étant : « The right to enter a defined physical property ».

¹³⁵ S. VANUXEM, « Les choses saisies par la propriété, de la chose-objet aux choses-milieus », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2010/1, vol. 64, p. 168.

¹³⁶ E. SCHLAGER et E. OSTROM, « Property-rights regimes and natural resources : a conceptual analysis », *op cit.*, p. 250 : « The right to obtain the “products” of a resource ».

portant sur des ressources physiques, comme la pêche de poissons dans certaines zones ou l'extraction de ressources minières par suite de l'octroi de concessions par exemple. Si un parallèle avec le triptyque devait être osé, le droit de prélèvement pourrait être rapproché du *fructus*, sans pour autant lui correspondre parfaitement, de même que le droit d'accès ne peut purement s'analyser en un *usus*. Une transposition vers le droit de la création immatérielle n'est pas non plus exclue s'agissant de ce droit. Il est tout à fait possible d'établir, à partir de celui-ci une catégorie d'utilités non limitées aux seuls avantages matériels issus de l'œuvre. Là où le prélèvement s'entend de la possibilité de retirer les fruits pécuniaires de l'œuvre, il pourrait également s'entendre de la faculté d'opérer un prélèvement sur l'œuvre elle-même. Dès lors, le droit de prélèvement serait à même de permettre une forme d'utilisation de l'œuvre. Le prélèvement, tel que nous l'envisagerons par la suite, sera ainsi plus largement entendu que dans la théorie des deux auteurs.

537. **Le statut d'utilisateur autorisé.** Au sens des Professeurs Elinor Ostrom et Edella Schlager, dès lors qu'un individu réunit dans sa main les droits d'accès et de prélèvement, il obtient le statut d'utilisateur autorisé. Il s'agit alors d'une forme de privilège¹³⁷ opposable à l'ensemble des utilisateurs potentiels de la ressource et, notamment, à tout titulaire de droits qui prétendrait pouvoir exclure l'utilisateur autorisé de l'usage de la ressource naturelle. Il serait séduisant de rapprocher ce statut de celui de l'usufruitier. Certes, droit d'usage et droit aux fruits se trouvent, pour l'essentiel, répartis entre droit d'accès et de prélèvement, mais l'utilisateur autorisé ne sera presque jamais seul à disposer de ce statut vis-à-vis d'une ressource déterminée. Un secteur de pêche aura vocation à profiter à de nombreux marins, tandis que l'usufruit ne souffrira pas d'un tel partage. La comparaison entre le triptyque et la proposition des deux économistes présente donc des limites, démontrant l'originalité de leur théorie, celle-ci se prolongeant par la reconnaissance de droits permettant, cette fois-ci, d'exercer un véritable contrôle sur le bien.

2 : Les droits de gestion, d'exclusion et d'aliénation : outils de contrôle

538. **Le droit de gestion.** Aux deux droits permettant d'accéder au statut d'utilisateur autorisé, s'ajoute le droit de gestion de la ressource naturelle. Celui-ci est envisagé comme la

¹³⁷ M-A. CHARDEAUX, « Nommer la prérogative d'usage des choses communes », *D.*, 2019, p. 2195 : « La prérogative d'usage des choses communes semble revêtir les traits du "privilège" ».

faculté de réglementer les usages qui concernent la ressource, sans pour autant pouvoir porter atteinte aux droits consolidés des utilisateurs, mais également au droit d'apporter des modifications à la ressource concernée¹³⁸. En matière de pêcheries, le droit de gestion peut, à titre d'exemple, accorder le pouvoir de déterminer les quotas qui seront appliqués, les périodes durant lesquelles les utilisateurs seront autorisés à prélever les poissons, l'existence d'une redevance à verser pour chaque tonne pêchée, etc... Cette prérogative conditionne non la possibilité d'accès à la ressource en elle-même, mais les conditions qui vont entourer l'accès à cette ressource. Souvent, le droit de gestion sera confié à une autorité centrale ou à un ensemble de parties prenantes. Lorsqu'une personne dispose des droits d'accès, de prélèvement et de gestion, elle est qualifiée d'ayant droit (*claimant*).

539. **Le droit d'exclusion.** Le droit d'exclusion, sans doute celui qui présente le plus d'importance à nos yeux, est le quatrième élément de ce quintette. L'exclusion permet de reconnaître le statut d'utilisateur autorisé à un tiers, ainsi que les conditions dans lesquelles les autorisations délivrées par le titulaire du droit d'exclusion pourront être transférées¹³⁹. Le ou les titulaires du droit d'exclusion seront donc en droit de conditionner l'accès à la ressource à la délivrance d'une licence, et pourront également réguler l'éventuelle cession desdites licences. Une chose frappante est ici que l'exclusivité n'apparaît pas comme l'élément caractéristique du bien, comme elle peut l'être dans une approche purement propriétaire qui ne serait pas naturellement considérée sous l'angle du faisceau de droits¹⁴⁰. Dans cette théorie, l'exclusivité, n'apparaissant plus comme une évidence, est placée sur le même plan que les autres prérogatives¹⁴¹. Dans ces circonstances, il est tout à fait envisageable de proposer un partage du droit d'exclure, voire, une neutralisation de cette prérogative¹⁴². L'intérêt de la théorie des deux économistes dans la conceptualisation de droits littéraires et artistiques se fait ainsi de plus en plus évident. Dès lors qu'un titulaire disposera des droits d'accès, de prélèvement, de gestion

¹³⁸ E. SCHLAGER et E. OSTROM, « Property-rights regimes and natural resources : a conceptual analysis », *op cit.*, p. 251 : le droit de gestion est ainsi défini : « The right to regulate internal use patterns and transform the resource by making improvements ».

¹³⁹ *Ibidem*, p. 251 : pour une définition droit d'exclusion au sens du texte original : « The right to determine who will have an access right, and how that right may be transferred ».

¹⁴⁰ F. ORSI, « Réhabiliter la propriété comme *bundle of rights* : des origines à Elinor Ostrom, et au-delà ? », *Revue internationale de droit économique*, t. 28, 2014, n° 3, p. 384.

¹⁴¹ Ce fait est tout à fait original puisque l'exclusivité est davantage comprise comme étant au fondement du triptyque en droit civil : J. LAURENT, *La propriété des droits*, *op cit.*, p. 163.

¹⁴² S. BROCA, « Les communs contre la propriété ? Enjeux d'une opposition trompeuse », *Sociologies* [en ligne], Dossiers, Des communs au commun : un nouvel horizon sociologique ?, 2016, <http://journals.openedition.org/sociologies/5662> : Dans la théorie des Professeurs Elinor Ostrom et Edella Schlager « il existe des formes propriétaires où le droit d'aliénation et/ou le droit d'exclure sont absents ».

et d'exclusion, il accédera au statut – périlleusement traduisible – de « *proprietor* »¹⁴³. Un tel titulaire ne pourra cependant être parfaitement comparé à un propriétaire, dans la mesure où il sera dans l'impossibilité de disposer de son droit d'exclusion et, surtout, en raison du fait qu'il ne disposera tout simplement pas du droit d'aliénation.

540. Le droit d'aliénation. L'ultime prérogative de la théorie de Mesdames les Professeurs Elinor Ostrom et Edella Schlager s'incarne dans le droit d'aliénation. Ce dernier s'analyse en la faculté de contracter des actes de cession et de concession relatifs à la ressource¹⁴⁴. Ce n'est que par la réunion des cinq droits dégagés par les auteurs que le titulaire peut véritablement accéder au statut de propriétaire (*owner*). Très souvent, le droit d'aliénation ne fera l'objet d'aucun partage en vue d'éviter les difficultés théorisées au titre de la tragédie des anticommons. La plupart des parties disposeront donc simplement du statut d'utilisateur autorisé¹⁴⁵. À l'instar des autres droits dégagés par les deux économistes, nous aurons recours au droit d'aliénation, toujours envisagé comme une catégorie d'utilités. Néanmoins, le contenu du droit d'aliénation apparaît restrictif au regard de la nature même des biens concernés par cette théorie, à savoir les ressources naturelles. L'aliénation se limite strictement à la cession et la concession du bien, mais ne permet jamais de détruire celui-ci ou de constituer une hypothèque. Le statut de ressource naturelle impose la préservation des biens visés par les auteurs, raison pour laquelle il n'existe pas de droit de disposition plein et entier dans ce modèle. L'œuvre de l'esprit n'a pas, à première vue, besoin d'une telle limitation, raison pour laquelle nous retiendrons, en lieu et place du droit d'aliénation, un droit de disposition, regroupant davantage d'utilités. Toutefois, comme nous le démontrerons par la suite, la proximité entre biens environnementaux et œuvres de l'esprit s'avère parfois si forte que maintenir un droit d'aliénation en droit de la création immatérielle n'aurait rien d'incohérent¹⁴⁶.

¹⁴³ Il peut ici être important de rappeler que, si le propriétaire français ne correspond pas au *proprietor* nord-américain, le droit de propriété ne correspond pas plus au *property right*. Ce dernier se conçoit effectivement comme un droit fragmenté, en parfaite concordance avec la théorie du *bundle of rights*, tandis que la propriété française demeure unitaire ; V. B. GALOPIN, *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, Thèse, Paris XI, dir. P. SIRINELLI, IRPI, 2012, p. 123.

¹⁴⁴ E. SCHLAGER et E. OSTROM, « Property-rights regimes and natural resources : a conceptual analysis », *op cit.*, p. 251.

¹⁴⁵ M. NYSENS, F. PETRELLA et P. EYNAUD, « Comprendre la diversité des formes de gouvernance », *op cit.*, p. 23 : « Bien souvent, les usagers d'une ressource commune n'ont pas le droit d'aliénation ».

¹⁴⁶ V. *infra* n° 550 et s.

541. **Mise en pratique de l'approche distributive.** À la présentation de la méthode de fragmentation des droits à laquelle nous allons recourir doit succéder la mise en pratique de cette technique. Cette dernière sera donc ici aiguisée sur le fusil du droit positif, avant de pouvoir être testée dans le cadre de l'élaboration des droits littéraires et artistiques. Il s'agit d'une manière efficace de mettre à l'épreuve la méthode mise en œuvre, créant par la même occasion des points de repère au sein du droit existant. Nous ne prétendons pas ici à l'exhaustivité, la nature même des utilités rendant impossible d'atteindre un tel objectif. L'analyse portera dès lors sur les principaux droits reconnus dans les matières étudiées, ainsi que sur plusieurs utilités résiduelles intéressantes dans le cadre de la démonstration. Rappelons que notre approche consiste à reconnaître dans l'accès, le prélèvement, la gestion, l'exclusivité et la disposition non des droits, mais des catégories d'utilités. L'analyse du droit positif à l'aune de cet instrument ne suppose donc aucunement de redéfinir les droits de chacun, mais implique simplement un examen sous un point de vue différent. Dans cette perspective, nous analyserons l'attribution classique des utilités en droit des biens (A), avant d'étudier leur distribution spécifique en droit de l'environnement (B).

A : Attribution classique des utilités en droit des biens

542. **Simplicité apparente de l'attribution des utilités d'un immeuble.** Dans le cadre d'une analyse fondée sur les cinq catégories d'utilités que nous avons jusqu'ici retenues, le droit des biens apparaît comme un sujet de test incontournable. Cela est particulièrement le cas de la propriété des biens immeubles qui, plus qu'aucune autre, incarne l'objet de prédilection du système propriétaire. Le raisonnement en termes d'utilités peut apparaître, de prime abord, assez simpliste concernant ce type de bien. En effet, il existe ici une prérogative principale, la propriété, qui entraîne la captation d'une part écrasante des utilités attachées au bien. Ne dit-on pas que le propriétaire dispose de *l'usus*, du *fructus* et de *l'abusus*, qui sont censés réunir la totalité des utilités de la chose ? La propriété étant par essence absolue, offrant un pouvoir despotique à son titulaire¹⁴⁷, il est difficile d'envisager dans quelle mesure

¹⁴⁷ C. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens*, Durant, Pedone et Hachette, 1875, t. 1, p. 462 : Le propriétaire a presque tout en droit civil, ce qui lui octroie un « despotisme complet ».

ce droit pourrait être disputé. Toutefois, la théorie du faisceau de droits aboutit à une vision particulièrement originale de la propriété.

543. **Complexité latente d’attribution des utilités d’un immeuble.** Affirmer que le propriétaire est titulaire de la totalité des utilités qui peuvent intégrer *usus*, *fructus* et *abusus* est incorrect sous le prisme du faisceau de droits. Le titulaire principal des droits sur un immeuble ne disposera jamais de la totalité des utilités du bien, y compris concernant les familles d’utilités qui pourraient former son pré carré. Reprenant l’analyse menée par Commons, la faculté d’exproprier l’immeuble constitue, pour l’État, une utilité. Celle-ci porte directement sur le droit d’aliénation du propriétaire, qui peut virtuellement se trouver évincé de son bien à chaque instant, sous réserve d’utilité publique. L’État dispose également de nombreuses servitudes liées, notamment, au passage des réseaux, ce qui constitue, dans le meilleur des cas, une réserve d’utilités d’accès au profit de tiers, grevant d’autant les utilités d’exclusion du propriétaire. En dehors de la puissance publique, les tiers se trouvent également titulaires d’une myriade d’utilités, notamment liées à l’accès au bien comme nous allons le voir. Le partage des utilités relatives à l’immeuble révèle une complexité prodigieuse, renforçant à nouveau le constat selon lequel aucune énumération complète des utilités ne peut être sérieusement envisageable.

544. **Partage des utilités du bien fondée sur l’accès.** L’accès regroupe de nombreuses utilités qui, même en droit civil se trouvent, pour certaines, placées entre les mains des tiers. Cette réserve d’utilités précises au profit d’autrui s’explique notamment en raison de la fonction sociale attachée à certains fonds¹⁴⁸, mais encore à des raisons purement pratiques. À titre d’exemple, dans l’ancien droit coutumier, le droit de parcours¹⁴⁹ et la vaine pâture¹⁵⁰ représentaient des utilités d’accès spécifiques accordées aux tiers. Bien que le propriétaire demeurait libre de se clore¹⁵¹, la solution de principe était le libre pâturage durant une bonne

¹⁴⁸ M. POUMARÈDE, « La violation de la destination et de l’usage de l’immeuble », *Droit et ville*, 2015, vol. 2, n° 80, p. 33 : Dans un modèle mettant en avant la fonction sociale de la propriété immobilière « le bénéficiaire des utilités de l’immeuble n’est plus nécessairement le propriétaire de “l’enveloppe” ».

¹⁴⁹ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, 1928, 11^{ème} éd., t. 1, p. 807 : « Le droit de parcours ou d’entrecours, aujourd’hui aboli, n’était pas autre chose que la vaine pâture exercée au-delà des limites de la paroisse sur les territoires des communautés ou paroisses voisines ».

¹⁵⁰ *Ibidem* : « On appelle vaine pâture le droit qu’ont les habitants d’une même commune d’envoyer leurs bestiaux paître librement sur les champs de tout le monde, après l’enlèvement des récoltes et jusqu’à l’ensemencement, quand les terres peuvent être piétinées sans inconvénient ».

¹⁵¹ C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, Librairies techniques, 1961, 7^{ème} éd., t. 2, p. 240 : « Le propriétaire peut user de la faculté de se clore pour soustraire ses fonds à la vaine pâture communale, c’est-à-dire à la vaine pâture exercée par l’universalité des habitants ».

partie de l'année¹⁵². L'accès est également aujourd'hui garanti à des cas extrêmement spécifiques, comme en matière de chasse avec le droit de suite sur le gibier mortellement blessé, tel qu'il résulte de l'article L. 422-1 du Code de l'environnement. Dans cette hypothèse, le principe devient l'accès au fonds au profit du chasseur, pourvu que les conditions relatives à cet article soient respectées ; là où le propriétaire est théoriquement titulaire de la totalité des utilités attachées à son droit de chasse, une légère partie lui est retirée au profit des tiers. Un autre exemple, peut-être plus frappant, est celui relatif aux servitudes de passage s'exerçant sur les propriétés riveraines du domaine public maritime, dites servitudes longitudinales¹⁵³. Celles-ci, issues de l'article L. 160-6 du Code de l'urbanisme, imposent au propriétaire d'un immeuble directement situé sur la côte, de souffrir du passage de piétons souhaitant accéder à la mer et longer le littoral. Est alors réservée une utilité précise d'accès au bien au profit de toute personne physique, pourvu qu'elle s'aventure sur l'immeuble sans véhicule. Il serait possible d'objecter qu'aucune servitude ne bénéficie directement aux tiers, ce qui est vrai. Le fonds dominant est ici le domaine public maritime, et non la propriété de chaque piéton entrant sur le site. Toutefois, la nature de cette servitude et sa fonction conduisent, très concrètement, à réserver les utilités au profit des usagers, ce qui ne porte donc pas atteinte à la validité du raisonnement. Si l'objectif poursuivi est ici de désenclaver le domaine public maritime, la solution conduit à réduire une partie du droit d'exclure du propriétaire, ce dernier s'exposant à une contravention de cinquième classe en cas d'obstruction. Toutefois, la servitude peut être envisagée en dehors du droit d'accès, témoignant alors de l'attribution d'une multitude d'utilités résiduelles.

545. La servitude comme outil d'attribution d'utilités résiduelles. Sans aboutir à la reconnaissance de droits à part entière, la servitude se présente comme un instrument à même d'assurer la réservation des utilités les plus modestes. En réalité, face à la concentration des prérogatives sur la chose entre les mains du propriétaire, la servitude constitue la technique la plus évidente d'attribution d'utilités au profit des tiers en matière de biens immeubles. Elle s'impose puisque, face à un droit théoriquement tout puissant, elle permet des aménagements chirurgicaux du droit de propriété ; son avantage est de neutraliser une partie très ciblée du droit d'exclure de l'auteur¹⁵⁴. Une telle analyse s'avère parfaitement compatible

¹⁵² Le nouveau Code forestier continue à consacrer des droits de pâturage, de glandée ou d'affouage sur les bois et forêts de l'État en ses articles R. 241-17 et s.

¹⁵³ C. LINO, « Quelques repères juridiques appliqués au "sentier du littoral" », *Juris tourisme*, 2020, n° 234, p. 30.

¹⁵⁴ F. ROUVIÈRE, *Le droit civil*, « Que sais-je ? », PUF, 2019 [2^{ème} éd., 2022], p. 53 : Avec la servitude « le propriétaire du fonds servant est privé d'une partie de son usage exclusif ».

avec les prérogatives corollaires dégagées par Hohfeld. La mise en œuvre du faisceau de droits face à la propriété immobilière met donc en évidence le fait que le propriétaire n'est pas seul avec sa chose. Il doit systématiquement composer avec d'autres que lui puisqu'il ne dispose jamais de la totalité des utilités portant sur son bien. Par conséquent, le partage des avantages relatifs à la chose est une réalité en droit des biens. Celle-ci s'avère toutefois encore plus prégnante en droit de l'environnement.

B : Attribution spécifique des utilités en droit de l'environnement

546. Diversité de statuts des biens environnementaux. Les biens environnementaux constituent des objets d'études intéressants dans le cadre d'une analyse fondée sur le faisceau de droits. La théorie développée par Mesdames les Professeurs Elinor Ostrom et Edella Schlager, rappelons-le, a initialement vocation à étudier les prérogatives entourant les biens environnementaux qui peuvent être, pour la plupart, qualifiés de biens communs. Toutefois, il est important de prendre en compte que tout bien environnemental ne sera pas nécessairement un bien commun, quoique l'environnement soit qualifié de patrimoine commun¹⁵⁵ des êtres humains¹⁵⁶ ou de la nation¹⁵⁷. La notion de bien environnemental s'avère en effet relativement étendue, pouvant englober l'eau, des récifs coralliens ou encore des espèces animales. Nous retiendrons ici trois ensembles susceptibles d'appropriation au sein des biens environnementaux. Il existe tout d'abord des ressources faisant l'objet d'une appropriation directe par l'État ou les collectivités qui seront qualifiées de « propriété publique à finalité environnementale »¹⁵⁸. Il est également possible de nommer les ressources faisant l'objet d'une gestion collective de la part de multi-parties prenantes : ce sont les biens communs visés par la théorie des deux économistes sus-évoquées. Enfin, existent des propriétés privées ne faisant l'objet que d'une gestion individuelle, alors même qu'ils sont au cœur d'enjeux environnementaux, à l'instar de terrains privés situés sur des espaces naturels protégés.

¹⁵⁵ M-J. DEL REY, « La notion controversée de patrimoine commun », *D.*, 2006, p. 388 : « la notion de patrimoine non seulement contient, mais aussi dépasse les notions de *res nullius*, de ressources voire de *res communis* ».

¹⁵⁶ Charte de l'environnement, 1^{er} mars 2005, considérant 3.

¹⁵⁷ Code de l'environnement, art. L. 110-1-I : « Les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, les êtres vivants et la biodiversité font partie du patrimoine commun de la nation. Ce patrimoine génère des services écosystémiques et des valeurs d'usage ».

¹⁵⁸ M. DEFFAIRI, *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, Thèse, Paris I, dir. M. DEGUERGUE-BOURGOIN, IRJS, 2015, p. 698 ; à titre d'exemple, des gisements éoliens situés sur le domaine public maritime ou des sources se trouvant dans le domaine public de l'État peuvent intégrer une telle catégorie.

Si de telles propriétés connaissent des limites en raison de leur emplacement ou de leur nature, notre analyse portera ici principalement sur les deux premiers types de biens environnementaux : les biens communs et les propriétés publiques à finalité environnementale. Lorsque nous évoquerons ici la catégorie des biens environnementaux, ce sont donc à ces deux types de biens que nous ferons référence.

547. Efficacité contestable du système propriétaire dans la gestion des biens environnementaux. Qu'il s'agisse d'une propriété publique à finalité environnementale ou d'un bien commun, le régime applicable, en droit positif, au-delà du cas des *res nullius*, demeure un régime de type propriétaire¹⁵⁹. L'application d'un tel régime n'apparaît pas optimale pour les biens environnementaux¹⁶⁰, de sorte que la propriété environnementale fait l'objet d'un sort particulier, comme en témoigne les contraintes visant la protection de la ressource en elle-même. C'est, par exemple, pour cette raison que l'État peut faire l'objet de condamnations en cas d'inaction en matière de préservation de la qualité de l'air. L'attribution d'une propriété non régulée serait bien souvent néfaste en matière de biens environnementaux¹⁶¹ et conduirait à la tragédie des communs telle que décrite par Hardin. Il ne faut toutefois pas noircir le trait plus que de raison ; l'attribution d'une propriété faiblement régulée sur un bien environnemental ne conduit pas systématiquement à l'épuisement ou la dégradation de la ressource concernée¹⁶². Le risque de dérive est toutefois suffisamment important pour qu'une contrainte s'exerce sur le propriétaire. C'est ainsi que des stratégies de gestion collective se mettent en place autour de biens environnementaux devenant progressivement communs, ou que la puissance publique assure la protection de certains espaces et certaines espèces, restreignant ses propres droits et également ceux des usagers. Peu à peu, le droit de l'environnement érige des normes qui vont à l'encontre des droits du titulaire principal, à l'instar de la servitude longitudinale. Le système propriétaire, pour être efficace en matière de biens environnementaux, fait donc l'objet d'adaptation afin de limiter les risques

¹⁵⁹ Nous n'assimilerons pas ici purement la propriété des personnes privées et des personnes morales.

¹⁶⁰ À vrai dire, dans leur nature même, les biens communs tendent à endiguer les effets de la propriété civiliste : V. T. REVET, « À propos de l'article de Bernard Beignier "Pour un nouveau code civil" », *D.*, 2019, p. 1011 : « L'autre phénomène qu'il faudrait que le nouveau code civil reçoive dans le droit commun serait celui dit des "communs", lesquels regroupent toutes les tentatives de limitation, d'exclusion et d'alternative à une propriété privative qui n'a cessé et ne cesse, depuis la rupture moderne, d'étendre son empire ».

¹⁶¹ E. SCHLAGER et E. OSTROM, « Property-rights regimes and natural resources : a conceptual analysis », *op cit.*, p. 259 : « Assigning full ownership rights does not guarantee an avoidance of resource degradation and overinvestment ».

¹⁶² G. BRAMOUILLE, « Droits de propriété et biens environnementaux » in M. FALQUE et M. MASSENET, *Droits de propriété et environnement*, Dalloz, 1997, p. 153 : l'auteur donne ici l'exemple d'une forêt québécoise de grande superficie dont la gestion était mieux assurée par une association que par l'État, ce dernier ayant renoncé à réguler l'accès au site par un système de péage pour réguler les entrées.

environnementaux. Ces ajustements passent, en matière de biens communs, par l'élaboration collective des règles relatives à l'accès, le prélèvement, la gestion ou l'exclusion de la ressource¹⁶³. Concernant les propriétés publiques à finalité environnementale, la régulation s'exerce, entre autres, par la mise en œuvre d'obligations réelles environnementales ou de servitudes à finalité environnementales. Par ce dernier mécanisme, est opérée une neutralisation de certaines utilités liées au droit d'exclusion du propriétaire, accordant parfois aux usagers des utilités d'accès ou de prélèvement¹⁶⁴. Toutefois, cette servitude environnementale, pour être établie, dépend du bon vouloir du propriétaire qui doit accepter sa création, ce qui n'apparaît pas pleinement satisfaisant, notamment au regard de la prééminence des enjeux environnementaux, mais demeure cohérent avec le régime des servitudes en droit des biens.

548. **Fonction sociale du droit de l'environnement.** La limitation des prérogatives du propriétaire d'un bien environnemental s'explique, en grande partie, par la finalité sociale qu'attache le droit de l'environnement à son bien. Cette discipline fait l'objet de l'une des finalisations les plus apparentes de tout le Droit, à tel point qu'il apparaît superflu d'en présenter l'esprit, qui traduit une volonté de préservation des biens environnementaux. Ces derniers sont alors appréhendés, en eux-mêmes, comme des valeurs¹⁶⁵, puisqu'ils sont de première nécessité pour la pérennité de la vie humaine. L'ajustement des droits du propriétaire, à l'aune de cette fonction sociale, apparaît évident dans ces circonstances : « la fonction sociale de la propriété privée perçue dans sa dimension écologique justifie une remise en cause permanente des usages de la propriété »¹⁶⁶. La fonction sociale d'une matière donnée est donc tout à fait apte à remettre en cause la propriété sur laquelle elle a été édifiée. Cette propriété, quelle que soit la matière – même lorsqu'elle lui donne son nom –, n'est qu'un outil, substituable à un autre, dans la poursuite d'une certaine finalité sociale.

549. **Partage des utilités en droit de l'environnement.** Au regard de cette fonction sociale spécifique, le droit de l'environnement commande un partage des utilités qui ne

¹⁶³ E. SCHLAGER et E. OSTROM, « Property-rights regimes and natural resources : a conceptual analysis », *op cit.*, p. 251.

¹⁶⁴ M. DEFFAIRI, *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, *op cit.*, p. 655 : « ces différentes servitudes administratives [à finalité environnementale] prévues dans l'intérêt général sont formellement établies au profit de l'État ou d'une personne publique, mais leurs véritables bénéficiaires ne sont autres que le public, voire, directement les ressources naturelles ».

¹⁶⁵ E. NAIM-GESBERT, *Droit général de l'environnement*, LexisNexis, 2019, 3^{ème} éd., p. 9 : « l'approche finaliste fait de l'environnement une valeur. En soi et pour soi ».

¹⁶⁶ C. HERNANDEZ-ZAKINE, « La propriété privée au service du patrimoine commun » in J. DE MALAFOSSE (en l'honneur de), *Mélanges en l'honneur du Professeur Jehan de Malafosse : entre nature et humanité*, dir. J. FROMAGEAU, C. HUGLO et F-G. TRÉBULLE, LexisNexis, 2016, p. 31.

correspond évidemment pas à celui que connaît le droit civil. En fonction du bien concerné, le droit d'accès pourra être garanti au profit des tiers de manière générale, ou d'un groupe particulier. Il en va de même pour le droit de prélèvement, qui pourra être ouvert à autrui dans certaines circonstances, bien qu'un régime de type propriétaire s'applique. En matière d'accès et de prélèvement, l'exemple de l'eau s'avère assez révélateur. Il est en effet reconnu que : « l'usage de l'eau appartient à tous et chaque personne physique, pour son alimentation et son hygiène, a le droit d'accès à l'eau potable dans des conditions économiquement acceptables par tous »¹⁶⁷. L'accès à l'eau, en tant que patrimoine commun¹⁶⁸, doit non seulement être garanti au profit de tous, mais il faut encore que cet accès puisse être rendu effectif par un prix raisonnable. L'accès à l'eau étant intimement lié au droit à la vie, de même qu'au respect de la dignité humaine, l'imposition de « conditions économiques acceptables » ne pose aucune difficulté, alors même qu'elles constituent d'importantes contraintes pour le propriétaire de la ressource. Ce dernier voit l'assiette de ses utilités d'exclusion particulièrement atteinte, et son droit de gestion se trouve également limité face à l'obligation de fournir la ressource à un prix dont les autorités publiques imposent qu'il soit « acceptable ». Dans cette hypothèse, l'encadrement du droit de gestion représente un exemple frappant des droits et devoirs de chacun¹⁶⁹. Ainsi, concernant les biens environnementaux, on observera bien souvent, chez le propriétaire, une perte de certaines utilités liées au droit de gestion ainsi qu'au droit d'exclusion. De plus, le droit de l'environnement, s'il réduit les prérogatives du propriétaire d'un bien environnemental en matière de gestion et d'exclusion, semble parfois même réduire à néant son droit de disposition.

550. Neutralisation du droit de disposition en droit de l'environnement.

La fonction sociale du droit de l'environnement, commandant la préservation des biens environnementaux, conduit naturellement à grandement limiter les facultés de disposition du propriétaire. Certes, pour certains biens, une cession ou concession demeurera envisageable, souvent sous la supervision d'une autorité publique. Toutefois, de nombreux biens

¹⁶⁷ Code de l'environnement, art. L. 210-1 al. 2.

¹⁶⁸ M-J. DEL REY, « La notion controversée de patrimoine commun », *op cit.*, p. 388 : « La reconnaissance récemment accordée à l'eau en tant que patrimoine commun ne signifie pas que l'État s'approprie l'eau comme son patrimoine, mais vise à renforcer sa légitimité à intervenir en qualité de bras séculier de la nation dans l'intérêt de la collectivité qui est susceptible de s'opposer aux intérêts particuliers. Autrement dit, la qualification de patrimoine commun induit une préférence pour l'intérêt collectif ».

¹⁶⁹ J. DE MALAFOSSE, « Le droit des autres à la nature » in J. DE MALAFOSSE (en l'honneur de), *Mélanges en l'honneur du Professeur Jehan de Malafosse : entre nature et humanité*, dir. J. FROMAGEAU, C. HUGLO et F-G. TRÉBULLE, LexisNexis, 2016, p. 384 : « Pour gérer l'espace naturel, c'est-à-dire pour l'exploiter tout en le protégeant, on doit coordonner les droits et devoirs des différents utilisateurs ».

environnementaux ne sont pas sujets à des actes de disposition. Plus encore, au regard de leur importance, la destruction de l'écrasante majorité des biens environnementaux par leur propriétaire sera proscrite, neutralisant d'autant les utilités liées à la disposition du bien. Cette limitation des droits du propriétaire entraîne une obligation à sa charge : celle consistant dans la préservation du bien environnemental. La négligence du propriétaire dans l'usage ou l'entretien du bien, sur lequel il dispose pourtant théoriquement d'un droit discrétionnaire, pourra ici lui être reprochée¹⁷⁰. En réalité, bien que le régime applicable relève d'une propriété adaptée à la nature du bien, le titulaire d'un bien environnemental en est davantage dépositaire que propriétaire.

551. Proximité entre biens environnementaux et œuvres de l'esprit. Nous l'avions annoncé, il existe une certaine proximité entre biens environnementaux et œuvres de l'esprit, dans leur nature et leur régime. Certes, les biens environnementaux seront souvent rivaux, contrairement aux œuvres de l'esprit dont l'accès est nécessairement non rival. Toutefois, bon nombre de choses communes, comme l'air et sa qualité, sont encore perçues comme non rivales. De plus, le bien environnemental et l'œuvre de l'esprit intéressent tous deux la société au plus haut point, bien plus qu'un simple consommable. Le bien environnemental suscite l'intérêt au regard de la fonction qu'il remplit dans un écosystème nécessaire à la survie humaine. L'œuvre de l'esprit représente, quant à elle, un outil d'élévation de l'esprit humain. Ces biens ayant, dans une certaine mesure, une vocation universelle et étant, pour certains, inépuisables, la distribution accrue d'utilités au profit des tiers s'impose concernant les œuvres de l'esprit et biens environnementaux.

552. Limites de l'analogie entre œuvres et biens environnementaux. Œuvre de l'esprit et bien environnemental intègrent une catégorie, qualifiable de patrimoine commun¹⁷¹, qui implique une limitation importante des prérogatives naturellement allouées au titulaire principal. La redistribution des utilités entre un titulaire principal et les tiers – qui ne le sont pas tant en réalité – apparaît donc légitime face à ces deux catégories d'objets. La référence à ceux-ci en tant que patrimoines communs suppose également la prise en compte des générations futures dans la gestion des droits de chacun. Là où le droit de l'environnement préserve les

¹⁷⁰ L'on peut même avancer que tout individu, notamment lorsque l'accès lui est garanti, est tenu d'assurer la conservation du bien environnemental : M-J. DEL REY, « La notion controversée de patrimoine commun », *op cit.*, p. 388 : « Tous les hommes ayant des droits sur les éléments naturels, tous ont le devoir de les conserver ».

¹⁷¹ C. GROULIER, « Quelle effectivité juridique pour le concept de patrimoine commun ? », *AJDA*, 2005, p. 1034 : « Le concept de patrimoine commun fait voler en éclats la plénitude de l'*abusus* : le propriétaire d'une œuvre d'art classée ne pourra la vendre librement ou la détruire car elle revêt un intérêt dépassant la sphère privée ».

biens environnementaux afin qu'ils puissent jouir aux générations à venir¹⁷², le droit de la création immatérielle doit assurer une diffusion optimale de l'œuvre, couplée à une juste rémunération de l'auteur, conduisant à la préservation des œuvres existantes et à la pérennité de la création d'œuvres futures. Néanmoins, le parallèle entre droit de la création immatérielle et droit de l'environnement ne doit pas être artificiellement étendu au-delà de ces considérations. Le statut du bien environnemental ne peut confiner à celui de l'œuvre de l'esprit, ne serait-ce qu'en raison de la place qu'occupe l'auteur dans le processus créatif. Sa légitimité ordonne une parfaite prise en compte de ses intérêts et donc une attribution des utilités qui lui soit favorable, sans pour autant exclure par principe les tiers des avantages de la chose. À ce titre, envisageons à présent l'attribution des utilités en droit de la propriété littéraire et artistique.

§2 : Examen de l'attribution des utilités en droit de la propriété littéraire et artistique

553. Fragmentation de la propriété littéraire et artistique. Après avoir mis à l'épreuve le faisceau de droits à travers une analyse en droit civil et en droit de l'environnement, il est possible de proposer une fragmentation de la propriété littéraire et artistique sous le prisme de cet instrument. Nous nous cantonnerons ici à une étude du droit positif tel qu'il existe en l'absence de toute intervention contractuelle portant directement sur l'œuvre de l'esprit. Nous envisagerons donc l'auteur comme titulaire principal de l'œuvre, en dehors de toute intervention d'un cessionnaire ou concessionnaire des droits patrimoniaux, ce qui constitue, en soi, l'état initial du droit d'auteur. De plus, nous n'envisagerons la répartition des utilités qu'à travers le droit exclusif de l'auteur, ses droits moraux et certaines exceptions accordées au public, sans pouvoir entrer dans le détail de la réservation de chaque utilité. L'approche se veut dès lors, à l'instar des derniers développements, synthétique en vue de mettre en évidence certains éléments clés. L'appréhension de la répartition des utilités sur l'œuvre en droit positif nous permettra de proposer une distribution aménagée dans le cadre des droits littéraires et artistiques. Seront donc successivement envisagées les utilités exclusivement réservées à l'auteur (I), et les utilités reconnues au public ainsi qu'au propriétaire du support physique (II).

¹⁷² J. DE MALAFOSSE, « Le droit des autres à la nature » *op cit.*, p. 380 : « l'intérêt général, c'est les autres. Et les autres ce ne sont pas seulement les voisins ou les catégories nouvelles d'utilisateurs du milieu naturel, ce sont aussi et surtout les générations futures ».

554. D'une approche synthétique à une analyse exhaustive des utilités de l'œuvre. Dans les pays de *Common law*, si l'analyse en termes de faisceau de droits fait l'objet d'un accueil favorable en droit des biens, cela est d'autant plus vrai s'agissant du *copyright*¹⁷³. Toutefois, c'est à nouveau sans surprise que l'approche française, à travers le droit d'auteur, ne se prête pas facilement à une analyse en termes de faisceau de droits – quoique l'exercice soit plus aisé qu'en droit civil des biens. En vertu de l'absoluité de la propriété conférée à l'auteur sur son œuvre, la concentration des prérogatives du titulaire principal sur sa chose apparaît particulièrement importante. À l'image de la situation initialement rencontrée dans le cadre du droit civil des biens, il est ici possible de craindre que l'analyse présente un intérêt limité, la majorité des prérogatives étant réservée à l'auteur. Cependant, comme nous allons le constater, il n'en est rien ! En effet, la propriété littéraire et artistique ne peut exclure, dans son seul principe, une analyse sous l'angle du faisceau de droits. Dans son essence, cette matière procède déjà à la distinction de plusieurs sous-ensembles. D'une part, existe une opposition entre droits moraux et droits patrimoniaux. D'autre part, ces derniers font l'objet d'une catégorisation explicite entre droit de reproduction, droit de représentation¹⁷⁴. Les quatre droits extrapatrimoniaux de l'auteur sont également discriminés entre eux directement par la lettre du CPI comme nous l'avons évoqué plus haut. La matière, si elle présente une approche synthétique¹⁷⁵, ne se révèle donc pas définitivement fermée à une analyse sous le prisme du faisceau de droits.

555. Fractionnement des droits de l'auteur. Au-delà de la simple approche synthétique des droits de l'auteur, la doctrine et la jurisprudence ont progressivement procédé à un fractionnement méthodique des droits de l'auteur. Ainsi, le droit d'exploitation, déjà décomposé en deux ensembles, voit ceux-ci être à leur tour fragmentés dans l'optique d'une appréhension toujours plus fine. Droit de traduction, droit de destination, droit d'adaptation, droit de distribution, droit de communication au public, autant de

¹⁷³ L. MURRAY et S. TROSOW, *Canadian copyright citizen's guide*, éd. Between the lines, 2013, 2^{ème} éd., p. 54 : « The first owner has not one copyright but rather a series of distinct rights – or in the usual copyright metaphor, a bunch of sticks in a bundle ».

¹⁷⁴ C. NEIRAC-DELEBECQUE, *Le lien entre l'auteur et son œuvre*, Thèse, Montpellier, dir. J. RAYNARD, 1999, p. 291 : « Le droit d'exploitation comporte celui de représentation et celui de reproduction. Ces deux usages, regroupés sous la dénomination générique d'exploitation, sont eux-mêmes constitués d'une infinité de modes d'exploitation de l'œuvre ».

¹⁷⁵ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 2020, 6^{ème} éd., p. 299.

prérogatives sous-jacentes mises en lumière par la poursuite de l'essence du droit d'auteur. Pour autant, ces prérogatives, dont la liste s'avère nécessairement incomplète, ne permettent pas de dresser un tableau purement descriptif des utilités liées à l'œuvre. Le fractionnement des droits et utilités portant sur le bien pourrait néanmoins s'appuyer sur une liste exhaustive de ces différents droits. Toutefois, deux obstacles viennent s'opposer à une telle solution. D'une part, la multiplication des droits induite par un tel choix semble excessive. Envisager les seuls droits patrimoniaux de l'auteur via plus d'une dizaine de sous-faisceaux de droits risque de rendre l'œuvre de déstructuration chaotique. D'autre part, droit de traduction, droit de distribution ou droit d'adaptation regroupent des utilités très diverses, rendant difficile une analyse claire des droits de l'auteur et de l'utilisateur sur l'œuvre. C'est pour ces raisons que nous continuerons à utiliser les catégories d'utilités dégagées plus tôt. Celles-ci présentent l'avantage de regrouper les utilités au sein d'ensembles dont la structure apparaît plus adaptée à la mise en œuvre d'une approche distributive. Répartir les utilités liées à la gestion ou l'exclusion du bien sera plus aisé et intuitif que de fragmenter les droits de destination ou d'adaptation qui ne se prêtent pas aussi facilement au partage.

556. Attribution d'utilités au profit de l'auteur. Parmi les utilités attribuées à l'auteur, celles attachées aux droits moraux apparaissent les plus légitimes. La nomenclature des utilités sur le bien utilisée ici peut tout à fait englober les droits moraux de l'auteur¹⁷⁶. Par exemple, le droit de divulgation présente des utilités qui concernent l'accès à l'œuvre et son exclusion. Pareillement, le droit au respect de l'œuvre rassemble des utilités liées à l'accès et au prélèvement, les usages et reprises de l'œuvres étant de nature à porter atteinte à l'esprit de l'œuvre et à la personne de l'auteur. L'interdit entourant la destruction du support physique suppose que certaines utilités liées à la disposition dudit support soient neutralisées entre les mains de son titulaire¹⁷⁷. Toutefois, ces utilités ne concerneront que le support physique : la destruction du support relève également du droit des biens.

557. Les utilités d'accès, de prélèvement et de gestion de l'auteur. Concernant les utilités purement économiques, notons d'abord que l'auteur est le titulaire de principe de la

¹⁷⁶ Rappelons que notre modèle permet de mobiliser, au-delà des seules utilités économiques des utilités morales et intellectuelles.

¹⁷⁷ Dans la même dynamique, l'on peut se risquer à affirmer que le droit de retrait rassemblerait des utilités logées au sein de l'accès, de la gestion et de l'exclusion, tandis que le droit de paternité concernerait essentiellement l'accès, le prélèvement et la gestion.

totalité des utilités liées à l'accès¹⁷⁸ et au prélèvement. L'auteur est le premier à jouir de sa propre œuvre et à pouvoir en effectuer des reprises. Il ne disposera toutefois pas de la totalité des utilités liées à l'accès et au prélèvement. Au contraire, ces deux catégories d'utilités, comme en droit civil et en droit de l'environnement, sont les plus disputées entre le titulaire principal et les tiers. Concernant le droit de gestion, les atteintes portées au droit de l'auteur peuvent exister, mais elles seront réduites. Si la gestion collective peut être obligatoire en matière de copie privée, la plupart des utilités liées à la gestion de l'œuvre ne seront pas neutralisées. En l'absence de cession de l'œuvre, l'auteur demeurera donc en parfaite possession d'une écrasante majorité des utilités liées à la gestion de l'œuvre.

558. Les utilités d'exclusion et disposition de l'auteur. S'agissant des utilités rattachées au droit d'exclusion de l'auteur, celle-ci seront plus que jamais concentrées dans les mains du titulaire principal, le droit d'auteur connaissant des limites moins importantes que la propriété civiliste. Seules les limites internes et externes au droit d'auteur seront en mesure de neutraliser certaines des utilités qui devraient, par principe, être réservées à l'auteur. Ainsi, en dehors des exceptions et de limites telles que l'épuisement des droits, toutes les utilités liées à l'exclusion appartiennent à l'auteur. Les utilités liées à la disposition de l'œuvre, si elles ne feront l'objet d'aucun partage, demeureront soumises à d'importantes limitations, même en droit positif¹⁷⁹. Si l'on se place dans le sillage de Commons, plusieurs neutralisations du droit de disposition de l'auteur peuvent être recensées. Le droit de suite, lorsqu'il existe, n'est par exemple pas un droit disponible, de même que les droits moraux qui, par leur nature, ne peuvent, en théorie, être exploités à des fins économiques. Également, la limitation temporelle des droits patrimoniaux en la matière apparaît comme une limite au droit de disposition de l'auteur, en même temps qu'il limite son droit d'exclusion. Il ne convient toutefois pas de poursuivre l'analyse puisque, en réalité, en droit positif, la meilleure manière d'appréhender les utilités réservées au titulaire principal est encore d'identifier celles qui ne lui sont pas acquises...

¹⁷⁸ A. STROWEL, « L'émergence d'un droit d'accès en droit d'auteur ? Quelques réflexions sur le devenir du droit d'auteur » in C. DOUTRELEPONT et F. DUBUISSON, *Le droit d'auteur adapté à l'univers numérique*, Bruylant, 2008, p. 61 : « le contrôle d'accès fait depuis toujours partie du droit d'auteur ».

¹⁷⁹ M. OUTTERS BALIGAND, *Les propriétés intellectuelles à l'aune du triptyque*, Thèse, Paris I, dir. G. LOISEAU, 2015, p. 609 : « au stade de sa disponibilité, le pouvoir d'*abus* de l'auteur ne s'applique pas à la chose prise dans sa globalité, il s'applique uniquement à certaines utilités de celle-ci ».

559. Utilités accordées et soustraites au titulaire du support physique de l'œuvre.

Si la propriété du support n'intègre pas les droits portant sur l'œuvre en elle-même, les utilités portant sur l'œuvre sont nécessairement connectées au réceptacle de l'œuvre de l'esprit. L'hypothèse de départ est celle dans laquelle la propriété du support de l'œuvre a été cédée à un tiers, celui-ci exerçant un droit de propriété indépendant de la propriété intellectuelle du créateur. La concurrence entre propriété civiliste et propriété littéraire et artistique aura ici un impact sur les utilités disponibles pour les deux titulaires. À ce titre, le propriétaire du support peut, par principe, s'opposer à ce que l'auteur accède à l'objet mettant l'œuvre en forme¹⁸⁰. L'article L. 111-3 du CPI prévoit en effet que le refus de mise à disposition du support ne dérive en abus qu'en cas d'entrave au droit de divulgation de l'auteur. Ce même article, excluant que le titulaire du support ne puisse disposer des utilités de l'œuvre, s'oppose également à ce que l'auteur puisse bénéficier d'une trop grande utilité d'accès au bien corporel.

560. Accès au support par l'auteur et jouissance du support par son propriétaire.

Néanmoins, une utilité d'accès au support est très spécifiquement accordée à l'auteur pour le seul exercice de son droit de divulgation : il s'agit d'un accès ponctuel accordé dans le seul but de permettre l'exercice de ses droits moraux par l'auteur. En dehors de cette hypothèse ciblée, une jouissance paisible du support est garantie au profit de son titulaire : « si l'auteur a droit au respect de son œuvre, le propriétaire du support a le droit d'en jouir de manière exclusive, ce qui implique que l'auteur ne puisse s'immiscer dans cette jouissance »¹⁸¹. La propriété du titulaire du support sera également sujette à aménagements afin de prévenir de potentielles atteintes au droit au respect de l'œuvre. La modification du support ne pourra dès lors avoir lieu, de même que la modification du lieu d'exposition de celui-ci dans certaines circonstances. Plus important encore, le propriétaire du support n'aura pas le droit de procéder à sa destruction¹⁸² et sera tenu de l'entretenir de façon raisonnable. Voici comment est opérée la conciliation entre les deux régimes propriétaires, renforçant, de manière tout à fait cohérente, la distinction cruciale entre propriété de l'œuvre et propriété du support. La propriété du support

¹⁸⁰ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., p. 298 : « le refus d'accès peut être légitime et il s'impose à l'auteur ».

¹⁸¹ M. OUTTERS BALIGAND, *Les propriétés intellectuelles à l'aune du triptyque*, op. cit., p. 172.

¹⁸² M-A. PASCAL, *Etude comparée du droit d'auteur et des droits de la personnalité*, Thèse, Montpellier, dir. A. ROBIN, 2011, p. 433 : « Le pouvoir reconnu à l'auteur de continuer à contrôler l'*abusus* de l'acquéreur du support procède d'un intérêt supérieur : celui de protéger les œuvres d'art contre toute altération ».

sera donc une propriété civiliste à part entière¹⁸³, présentant les mêmes utilités réservées à tout autre propriétaire, sauf à ce que soit retranchée une partie de ses droits de gestion, d'exclusion et d'aliénation, ceux-ci se trouvant neutralisés lorsqu'ils portent atteinte au droit moral de l'auteur.

561. Les utilités réservées au public, frontière des droits de l'auteur. Le droit positif n'appréhendant pas l'utilisateur comme nous avons pu le faire jusqu'ici, il est préférable, dans l'étude du droit de la propriété littéraire et artistique, de ne pas distinguer les tiers entre eux, recourant ainsi à la notion de « membres du public ». Ces derniers bénéficient nécessairement de certaines utilités relatives à l'œuvre¹⁸⁴, puisque l'auteur ne peut rassembler la totalité des avantages liés au bien entre ses mains¹⁸⁵, ni exercer sans limite ceux dont il dispose¹⁸⁶. La plupart des utilités réservées au public trouveront naturellement leur source dans les limites aux droits de l'auteur¹⁸⁷. Néanmoins, l'identification des utilités rattachées aux limites internes et externes aux droits de l'auteur ne peut avoir lieu que par leur regroupement par catégories d'utilités. À nouveau, à défaut de mentionner la totalité des avantages réservés au public, nous nous contenterons de regrouper les principaux au sein des catégories d'utilités dégagées jusqu'ici.

562. Les avantages réservés au public, utilités communes. Si le droit positif ne reconnaît pas le statut de droit aux exceptions au droit d'auteur, la question peut se poser de savoir comment qualifier les utilités réservées au public. Il ne peut s'agir d'une propriété

¹⁸³ G. CHARPENTIER, *De la prétendue propriété littéraire et artistique*, éd. Charpentier, 1862, p. 3 : « L'œuvre littéraire s'adresse à tous et peut être possédée par tous ; l'œuvre matérielle a été fabriquée par un seul et ne peut être possédée que par un seul ».

¹⁸⁴ Dans l'état du droit positif, c'est souvent le défaut de valeur exploitable par l'auteur qui justifie l'absence d'exclusivité : V. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, « De la propriété comme modèle » in A. COLOMER (offert à), *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 288 : « L'absence d'exclusivité en dehors du faisceau de prérogatives légales, c'est-à-dire quand il ne s'agit plus d'avantage ou de privilège économique, n'est, donc, pas pour surprendre : il n'y a plus alors, droit d'auteur ou de brevet, c'est-à-dire droit de propriété, parce qu'il n'y a plus d'objet de droit, de bien, de valeur économique, par conséquent ».

¹⁸⁵ J. GINSBURG, « Access to copyrighted works in the "digital millenium copyright act" » in S. DUSOLLIER, *Le droit d'auteur : un contrôle de l'accès aux œuvres*, Bruylant, 2000, p. 72 : « From a user's point of view, the owner's "bundle of rights" never extended to all uses of works » ; V. ég. C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, 2003, p. 395 : « le monopole de l'auteur, s'il tend à réserver à son titulaire l'utilité économique de la chose, ne réserve pas toutes les utilités économiques ».

¹⁸⁶ R. BOFFA, *La destination de la chose*, Thèse, Montpellier, dir. M.-L. MATHIEU, Lextenso, 2008, p. 57 : Par exemple : « Destinée à rencontrer le public, l'œuvre se pare d'une utilité collective, renforcée par sa dimension culturelle qui est protégée par l'État. Dès lors, l'auteur n'est pas pleinement maître du choix de la destination, et un contrôle du juge judiciaire s'effectue afin de relever les abus dans le choix de la destination de l'œuvre ».

¹⁸⁷ S. DUSOLLIER, « Droit d'auteur » in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD, *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017, p. 413 : « de nombreuses exceptions et limitations au droit d'auteur introduisent des usages communs et non-exclusifs de l'œuvre, que ce soit à des fins d'expression, d'éducation, d'accès au savoir ou de libre concurrence ».

collective des tiers, l'idée même de propriétés simultanées, entre l'auteur et le public en l'occurrence, étant tenue en horreur par la propriété littéraire et artistique. En réalité, l'analyse du droit positif peut conduire à penser que les exceptions sont sources d'utilités communes : « tandis que les utilités affectées exclusivement au créateur suivent le régime des choses réservées, s'arrimant tantôt au droit réel tantôt au droit extrapatrimonial, c'est au contraire le régime juridique des choses communes qui s'applique aux utilités affectées à cet usage commun »¹⁸⁸. Cette vision est intéressante dans la mesure où elle ne postule pas que l'œuvre serait commune pour le tout, mais simplement pour la part laissée librement à l'usage du public. Dès lors, l'on ne peut pas affirmer que les utilités concernées soient véritablement « réservées » au public ; ce sont davantage certaines utilités de l'auteur qui se trouvent neutralisées, empêchant toute exclusion. La chose commune étant indisponible, considérer les utilités du public comme communes coïncide avec l'indisponibilité des utilités issues des exceptions en droit positif. Reste encore à fournir plusieurs exemples d'utilités accordées au public.

563. Limites aux droits de l'auteur et utilités communes. Sans procéder à un véritable inventaire, il est possible d'identifier une multitude d'utilités laissées à l'usage du public en droit positif. Les exceptions de représentation dans le cadre familial et de reproduction pour copie privée peuvent tout à fait être considérées comme des utilités communes¹⁸⁹ car elles échappent, par essence, à l'emprise de l'auteur. La représentation au sein du cercle familial constitue une utilité relative à l'accès à l'œuvre du point de vue du public. L'exception de copie privée est, quant à elle, rattachée au droit de prélèvement, mais également au droit d'accès qui justifie la copie. De manière générale, qu'il s'agisse de la parodie, du pastiche, du pantomime, de la revue de presse ou de toute autre exception, les utilités réservées au profit du public relèveront la plupart du temps de l'accès à l'œuvre et, parfois du droit de prélèvement. C'est notamment le cas de la courte citation qui suppose la reprise d'une partie de l'œuvre, autorisant un prélèvement auquel l'auteur n'est pas en droit de s'opposer, pourvu que les conditions liées à l'exercice de cette exception soient remplies. L'application des conditions relatives à chaque exception vient délimiter avec précision les contours de l'utilité devenant commune. Dans le cadre du prêt en bibliothèque, l'utilité visée consiste par exemple au prêt d'une œuvre diffusée sous forme de livre, dès lors que l'établissement en question accueille du

¹⁸⁸ M. OUTTERS BALIGAND, *Les propriétés intellectuelles à l'aune du triptyque*, op. cit., p. 743.

¹⁸⁹ M-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, Thèse, Paris I, dir. G. LOISEAU, LGDJ, 2006, p. 374 : « en dehors de cette sphère publique et lucrative, l'exclusivité de l'auteur s'efface pour laisser place à l'usage commun ».

public et qu'un contrat d'édition sur l'œuvre a été signé¹⁹⁰. Il est possible d'y ajouter l'existence d'une rémunération au profit de l'auteur lorsqu'un prêt en bibliothèque est effectué. L'assiette de l'utilité commune est donc non seulement faible, mais également conditionnée au versement d'une contrepartie financière. Au-delà des seules exceptions, l'épuisement des droits est également source d'utilités communes au profit du public, qui voit l'accès à l'œuvre un peu plus libéré, de même que les prérogatives liées à la gestion du support physique circulant librement. La limitation temporelle des droits apparaît également comme étendant le champ des utilités communes. Les utilités purement économiques réservées à l'auteur sont alors des utilités communes latentes au profit du public. Cette énumération non exhaustive pourrait trouver une continuité en puisant au sein des limites externes au droit d'auteur, le droit de la propriété industrielle et le droit de la concurrence venants accroître les rangs des utilités propulsées dans la sphère commune.

¹⁹⁰ CPI. L. 133-1 al. 1.

Conclusion du chapitre I

564. Expérimentation d'une approche distributive des utilités.

Un bouleversement tel que celui induit par l'absence de propriété au sein du droit d'auteur n'est pas sans supposer de profondes mutations conceptuelles. La modification de la matière impliquant l'emploi d'une méthode déterminée, nous avons ici fait le choix de retenir le faisceau de droits comme outil à même d'assurer la transition entre propriété littéraire et artistique et droits littéraires et artistiques. La description de cet instrument ne s'est pas faite sans l'appui de la notion d'utilité, dont l'étendue englobera ici non plus la seule sphère économique, mais également le domaine intellectuel. Un parallèle ayant été dressé entre œuvres de l'esprit et biens environnementaux, les catégories de droits dégagées par Mesdames les Professeurs Elinor Ostrom et Edella Schlager¹⁹¹ ont ici été retenues dans le cadre d'une approche en termes de faisceau de droits. À ce titre, accès, prélèvement, gestion, exclusion et aliénation ont été identifiés comme des catégories d'utilités à même de rendre compte de la répartition des droits entre auteur et public en droit positif, et de l'accentuer dans la perspective de droits littéraires et artistiques. C'est dans cette optique que la technique du faisceau de droits a été confrontée à différentes branches du droit positif, en ce compris le droit civil des biens et le droit de la propriété littéraire et artistique.

565. **Achèvement des préparatifs à l'élaboration d'un modèle alternatif.** Si les exceptions prévues au sein du droit positif tendent à une harmonisation des prérogatives de chacun au sein du droit de la propriété littéraire et artistique¹⁹², l'ensemble des démonstrations menées jusqu'ici démontre l'insuffisance du dispositif en vigueur. Dans ce contexte, la répartition des utilités de l'œuvre entre auteur et utilisateur va nous conduire à reconnaître de véritables droits subjectifs au profit de l'utilisateur¹⁹³. La proposition de ces droits n'aurait pu avoir lieu sans l'intégralité des développements qui viennent d'être exposés. En effet, la présentation de l'ensemble des outils auxquels nous allons avoir recours, ainsi que leur

¹⁹¹ E. SCHLAGER et E. OSTROM, « Property-rights regimes and natural resources : a conceptual analysis », *Land economics*, vol. 68, 1992, n° 3, p. 250 et s.

¹⁹² C. CARON, « Les exceptions au monopole, zone de turbulences du droit d'auteur », *JCP G*, 15 avr. 2013, n° 16, p. 431 : « le droit d'auteur a utilisé les exceptions en tant que curseur pour (r)établir le grand équilibre qui constitue la clé de voute de cette discipline ».

¹⁹³ J. LESUEUR, « Les droits opposés dans le champ des propriétés incorporelles », *CCE*, juill. 2008, n° 7-8, étude 15 : « les revendications du public qui bénéficient d'une reconnaissance textuelle sont passées de la catégorie des intérêts à celle des droits. Tel est le cas des droits à l'information, à la santé et des exceptions en droit d'auteur ».

confrontation au droit positif était un préalable indispensable à l'élaboration d'un modèle alternatif au droit de la propriété littéraire et artistique. Ces instruments ayant été étudiés en détail et éprouvés, nous sommes à présent parfaitement préparés pour les démonstrations à venir. Il est donc temps de proposer un partage effectif des utilités de l'œuvre de l'esprit entre auteur et utilisateur.

Chapitre II : Distribution consécutive des utilités de l'œuvre au profit de l'auteur et de l'utilisateur

566. **La reconnaissance de droits au profit de l'utilisateur.** Le faisceau de droits n'étant qu'un moyen, il convient ici d'en faire un usage cohérent en vue d'atteindre l'équilibre au sein du droit de la création immatérielle. Cet équilibre, nous l'avons indiqué, suppose que soit accordée une plus grande place à l'utilisateur, qui n'est pas qu'un simple bénéficiaire de l'œuvre, mais qui participe également au mouvement culturel qui anime perpétuellement la société. Par son rôle, et par l'apport significatif de la culture dans l'amélioration de la condition humaine, l'utilisateur s'avère parfaitement légitime à devenir destinataire de droits subjectifs sur l'œuvre. Pour extirper l'utilisateur du statut précaire dans lequel il se trouve placé, une désignation précise doit accompagner chaque droit reconnu à son profit¹. Les catégories d'utilités, non appréhendées comme des droits, ne peuvent remplir cette fonction. Seront alors proposés un nombre limité de droits subjectifs à même de donner à l'utilisateur toute la place qui lui revient dans le droit de la création immatérielle. Le régime de ces droits fera l'objet d'une présentation et d'une analyse en vue de donner une description précise du visage que pourraient présenter les droits littéraires et artistiques.

567. **La préservation de droits au bénéfice de l'auteur.** Dans le même temps, il convient de réaffirmer que les intérêts de l'auteur ne sauraient être purement et simplement sacrifiés sur l'autel de l'accès à une culture dont il est le principal contributeur. L'intérêt du plus grand nombre ne saurait justifier toute fin, l'approche utilitariste ne pouvant s'appliquer de façon absolue, puisque « le poids de la foule ne brise pas le lien entre l'auteur et son œuvre »². Dès lors, si les droits du créateur feront l'objet de nécessaires amputations, nous veillerons à préserver au maximum ses intérêts les plus essentiels. La propriété de l'auteur n'existant purement et simplement plus dans le modèle des droits littéraires et artistiques, il conviendra d'offrir une nouvelle dénomination aux prérogatives du créateur. Le régime des droits tant patrimoniaux que moraux fera également l'objet d'une réévaluation au regard des finalités initialement reconnues. Ainsi, avant d'acter la pérennisation de droits sur l'œuvre au

¹ M. OUTTERS BALIGAND, *Les propriétés intellectuelles à l'aune du triptyque*, Thèse, Paris I, dir. G. LOISEAU, 2015, p. 742 : « lorsque d'autres que lui [l'auteur] usent de la création, il faut qualifier le titre en vertu duquel ils y sont autorisés, aux fins de déterminer le régime juridique de ces prérogatives ».

² R. BOFFA, *La destination de la chose*, Thèse, Montpellier, dir. M-L. MATHIEU, Lextenso, 2008, p. 228.

bénéfice de l'auteur (section II), nous procéderons à l'affectation de droits sur l'œuvre en faveur de l'utilisateur (section I).

Section I : Affectation de droits sur l'œuvre en faveur de l'utilisateur

568. L'utilisateur, protagoniste à part entière des droits littéraires et artistiques.

La reconnaissance de droits au profit de l'utilisateur présente l'avantage indéniable de raffermir sa situation en lui reconnaissant une véritable place au sein du droit de la création immatérielle. À l'appui de l'utilisateur, les droits et libertés fondamentaux viennent repousser le champ de la contrefaçon³, dont l'étendue déraisonnable sape l'autorité du droit positif. De nombreux usages raisonnables de l'œuvre, peu préjudiciables à l'auteur et bénéfiques à la vie culturelle de la cité sont alors légitimés, faisant de l'utilisateur un protagoniste à part entière des droits littéraires et artistiques. La mise en œuvre de prérogatives au profit de l'utilisateur a le mérite de recentrer le débat sur la nature de l'œuvre de l'esprit et sur le rôle qu'elle a à jouer au sein du corps social. Dans ce contexte, l'œuvre de l'auteur se trouve alors soumise à une forme « d'hypothèque sociale »⁴, celle-ci désavouant l'absoluité des prérogatives du créateur sur sa réalisation. Cette hypothèque prendra ici les traits de plusieurs prérogatives complémentaires : le droit d'accès à l'œuvre et le droit d'échantillonnage de celle-ci. Un droit de courte représentation sera par la suite proposé en complément du droit d'échantillonnage. Ces prérogatives, portant sur l'œuvre en elle-même et ne constituant pas de simples angles morts dans le panel de prérogatives de l'auteur, sont proposées en vue de réconcilier le droit de la création immatérielle avec sa fonction sociale. Il sera ainsi procédé à la reconnaissance d'un droit d'accès à l'œuvre (§1), puis d'un droit d'échantillonnage au bénéfice de l'utilisateur (§2).

³ M. DELMAS-MARTY, « Le paradoxe pénal » in M. DELMAS-MARTY et C. LUCAS DE LEYSSAC, *Libertés et droits fondamentaux*, Le Seuil, 2^{ème} éd., 2002, p. 438 : « Le principal effet de la prise en compte des libertés et droits fondamentaux dans le champ pénal s'analyse en une limitation de la répression ».

⁴ A. FAVREAU, « La valeur sociale des objets de la propriété intellectuelle », *RLDI*, n° 77, 1^{er} déc. 2011 : « Nous pouvons considérer que les objets qui étaient à l'origine affectés à l'usage commun (catégorie des choses communes), illégitimement appropriées, sont grevés d'une forme "d'hypothèque sociale" ».

569. L'accès à l'œuvre, pendant du droit d'accéder à la culture. La première et plus importante des prérogatives reconnues à l'utilisateur va ici être le droit d'accès à l'œuvre. Ce droit découle, notamment, du droit d'accéder à la culture dont il tire une partie de sa justification. L'accès à la culture implique que, sous certaines conditions strictement déterminées, l'utilisateur soit en droit de se confronter au contenu culturel de l'œuvre, et, ce faisant, d'accéder à celle-ci. Seront successivement déterminés la nature du droit d'accès à l'œuvre (I) et le régime de ce droit d'accès à la création (II).

I : Détermination de la nature du droit d'accès à l'œuvre

570. Les droits fondamentaux culturels, fondements du droit d'accès à l'œuvre. Afin de prendre la pleine mesure de la nature du droit d'accès à l'œuvre reconnu à l'utilisateur, il convient de revenir sur son fondement. Nous l'avons déjà évoqué plus tôt – et nous n'insisterons ainsi pas sur ce point ici –, des droits fondamentaux culturels sont reconnus aux personnes physiques, certains ayant, en l'état actuel, une invocabilité limitée. Au-delà du droit de jouir des arts⁵ ou de la liberté d'expression, il convient de donner une ampleur plus importante au droit de participer à la vie culturelle de la communauté et à la liberté artistique, aboutissant à la reconnaissance d'un droit d'accéder à la culture. L'ensemble de ces libertés et droits fondamentaux, entremêlés, forment le terreau nécessaire à la reconnaissance de droits subjectifs au profit de l'utilisateur. Il en résulte que le droit subjectif d'accès à l'œuvre, distinct du droit fondamental d'accéder à la culture, trouve de multiples fondements. La mise en avant des sources du droit d'accès à l'œuvre permet de souligner le lien existant entre l'œuvre, l'auteur et l'utilisateur. Certes, le lien entre l'auteur et son œuvre demeure le plus robuste et le plus sacré, mais il ne doit plus éclipser l'intérêt essentiel unissant l'utilisateur aux œuvres. Or, l'environnement numérique apparaît comme le lieu idéal d'exaltation des droits culturels de l'utilisateur, permettant, dans une meilleure mesure, la convergence optimale d'intérêts trop souvent concurrents.

⁵ Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 déc. 1948, art. 27.

571. **Notion de droit d'accès en droit d'auteur.** La notion de droit d'accès mérite, avant de se voir abondamment employée, d'être cernée, notamment dans la mesure où le droit d'accès est une notion déjà mobilisée dans certaines hypothèses en droit de la création immatérielle. Il convient liminairement d'indiquer ce que le droit d'accès, dans notre conception, n'est pas, même partiellement, un droit de l'auteur. Il ne s'agit pas de l'un des attributs patrimoniaux du droit de l'auteur⁶, ni d'une forme de droit de contrôle sur les usages de l'œuvre qui pourrait intégrer le droit de destination⁷. Il ne s'agit pas non plus d'un pouvoir de fait de certains intermédiaires leur permettant de contrôler, en partie, la destination de l'œuvre du fait de leur position⁸. Dans notre conception, le droit d'accès constitue une prérogative de l'utilisateur, personne physique agissant en dehors de tout but commercial. Il s'agit d'un droit permettant à son titulaire d'accéder au contenu de l'œuvre afin de s'en enrichir sur le plan personnel. Ce droit, s'il devait être comparé au droit positif, pourrait imparfaitement s'analyser en une composante du droit de représentation, teinté d'un droit de reproduction pouvant accompagner l'accès à l'œuvre. Sans empiéter sur la question du régime de ce droit subjectif, nous pouvons indiquer, comme dégagé auparavant, que cette prérogative ne peut s'exercer que moyennant une contrepartie financière consistant en une juste rémunération au profit de l'auteur et des éventuels ayants droit⁹. Le droit d'accès à l'œuvre impliquant la neutralisation d'une partie du pouvoir d'exclusion de l'auteur, il sera la source, nous le verrons, d'une forme de licence légale.

572. **Nature du droit d'accès.** Le droit d'accès à l'œuvre ne fait pas l'objet d'une véritable reconnaissance en droit positif. Tout juste peut-on le deviner au détour de certaines décisions, comme simple conséquence d'un droit fondamental. C'est notamment le cas dans le cadre de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme qui, dans une décision de 2010¹⁰, avait mis en avant, dans des rapports verticaux, le nécessaire accès du public aux

⁶ N. MIKAEILIAN, *La mutation des droits d'auteur dans l'environnement numérique : l'émergence d'un droit d'accès*, Thèse, Nice, dir. G. GOURDET, 2004, p. 138 : « Se met peu à peu en place un droit sur l'accès et sur les utilisations ; celui-ci ne constitue pas un droit exclusif mais, mais un droit essentiellement économique destiné à rentabiliser l'œuvre dont l'utilisation est exponentielle dans l'environnement numérique ».

⁷ J. GINSBURG, « From having copies to experiencing works : the development of an access right in U.S. copyright law », Columbia law school, *Public law and legal theory working paper group*, 2000, n° 8.

⁸ J. RIFKIN, *L'âge de l'accès : la révolution de la nouvelle économie*, La Découverte, 2000, p. 11 : « Les pourvoyeurs de l'offre continuent à être propriétaires de biens matériels ou immatériels, mais ils en contrôlent désormais l'accès à travers diverses procédures de location, de leasing, de concession, de droits d'admission, d'adhésion ou d'abonnement qui en définissent l'usage provisoire ».

⁹ V. *supra* n° 398.

¹⁰ Cour EDH, 16 févr. 2010, n° 41056/04, *Akdas c/ Turquie*, (D., 2010, p. 1051, note J-P. MARGUÉNAUD et B. DAUCHEZ ; *Légipresse*, 2010, n° 271, p. 78, note A. ZOLLINGER ; *JCP G*, 2010, p. 261, obs. M. LEVINET ; *JCP G*, 2010, p. 859, obs. F. SUDRE).

œuvres de l'esprit. La Cour opérait ici une censure des mesures prises par les autorités Turques en vue d'interdire l'accès à un ouvrage littéraire osé de Guillaume Apollinaire en indiquant que : « la reconnaissance accordée aux singularités culturelles, historiques et religieuses des pays membres du Conseil de l'Europe, ne saurait aller jusqu'à empêcher l'accès du public d'une langue donnée, en l'occurrence le turc, à une œuvre figurant dans le patrimoine littéraire européen »¹¹. Ainsi, en l'état actuel, si un droit d'accès à l'œuvre devait exister, ce ne serait que par procuration, via l'autorité de la liberté d'expression. La question se pose alors de savoir s'il ne serait pas opportun, plutôt que d'y voir un droit subjectif, d'ériger le droit d'accès à l'œuvre au rang de droit fondamental. Bénéficiant d'une telle assise, une grande portée lui serait alors conférée, assurant sa juste prise en compte dans l'équilibre des droits. Néanmoins, il est préférable de reconnaître dans l'accès à l'œuvre un simple droit subjectif. En effet, le droit d'accès à l'œuvre possède des fondements naturellement ancrés au sein des libertés et droits fondamentaux. C'est notamment le cas du droit d'accéder à la culture qui ne manquera pas d'intervenir si un contrôle de proportionnalité devait s'imposer face aux droits de l'auteur. Il apparaît ici inutile de reconnaître artificiellement un nouveau droit fondamental là où les droits existants et proposés forment des fondements adaptés. De plus, le recours au droit subjectif est une technique permettant non seulement de décrire avec plus de précision les prérogatives reconnues à l'utilisateur, mais autorisant également plus facilement des adaptations du dispositif si nécessaire. Le droit d'accès à l'œuvre sera donc purement envisagé en tant que droit subjectif.

573. Le droit d'accès, droit personnel ? Faut-il considérer le droit d'accès comme un droit personnel dont bénéficierait l'utilisateur à l'encontre de l'auteur ? Le recours au faisceau de droits, invitant à une approche personnaliste, rend cette question parfaitement naturelle. Toutefois, la qualification peine à convaincre puisque l'utilisateur ne peut être perçu comme créancier, pas plus que l'auteur ne serait débiteur. À travers le droit d'accès à l'œuvre, nous ne souhaitons effectivement pas tant créer un lien entre auteur et utilisateur qu'une connexion entre œuvre et utilisateur. Considérer le droit d'accès en tant que droit personnel ne permettrait pas de rendre compte de la place qu'occupe l'utilisateur au sein de l'œuvre de l'esprit. Ainsi, l'utilisateur ne dispose pas d'un droit par l'intermédiaire de l'auteur : il est en prise directe avec l'œuvre.

¹¹ *Ibidem*.

574. **Le droit d'accès, droit réel ?** Dès lors, faut-il voir dans le droit d'accès à l'œuvre un droit réel ? Au regard du rejet de la qualification de droit personnel, le droit d'accès à l'œuvre de l'utilisateur pourrait être un droit réel, entendu comme tout « droit qui porte directement sur une chose (*jus in re*) et procure à son titulaire tout ou partie de l'utilité économique de cette chose »¹². Toutefois, dans l'approche retenue, d'autres utilités que celles étant strictement économiques sont englobées dans l'utilité totale, comme les droits moraux de l'auteur. Le recours à la notion de droit réel doit ici être exclue puisqu'« il ne peut exister deux droits réels au contenu identique sur une seule et même chose, car chaque droit réel est nécessairement exclusif, puisqu'il est un pouvoir direct d'exclure, d'interdire aux tiers l'accès à telle ou telle utilité de la chose »¹³. La totalité des utilisateurs ne peuvent effectivement prétendre à des droits portant sur un même objet et possédant une assiette strictement identique si l'on qualifie leur prérogative de « droit réel ». Il en résulte que le droit d'accès à l'œuvre ne peut ainsi être qualifié de droit réel.

575. **Le droit d'accès, droit intellectuel.** Le droit d'accès à l'œuvre attribué à l'utilisateur ne présentera pas une nature patrimoniale en raison d'un obstacle majeur. Voir dans le droit d'accès à l'œuvre un droit de nature patrimoniale revient à admettre que celui-ci puisse faire l'objet d'une cession. Or, le droit d'accès est conféré aux seuls utilisateurs, et à tout utilisateur dès lors que certaines conditions sont réunies. Cette prérogative est directement conférée dans le but que l'utilisateur puisse jouir du contenu de l'œuvre sans entraves. Au regard de ces considérations le droit d'accès doit, par nature, demeurer incessible et indisponible puisque l'utilisateur ne doit raisonnablement pas pouvoir céder, même partiellement, son droit d'accéder à la culture. Ce droit se trouve intimement attaché à la personne de l'utilisateur, ce dernier ne pouvant volontairement y renoncer. L'utilisateur, loin d'être en mesure de monnayer son droit, ne peut que choisir de l'exercer ou non. Se trouve alors caractérisée l'essence extrapatrimoniale du droit d'accès de l'utilisateur, le rapprochant naturellement du statut reconnu aux droits moraux de l'auteur. Cette prérogative se révélera ainsi perpétuelle, imprescriptible, inaliénable, insaisissable en plus d'être d'ordre public. Le droit d'accès contient donc ce que nous avons précédemment qualifié d'« utilité intellectuelle », avantage non économique compris dans le faisceau de droits portant sur l'œuvre. Il n'est pas ici question de qualifier le droit d'accès à l'œuvre de droit moral, cette notion désignant efficacement et de longue date les prérogatives extrapatrimoniales de

¹²G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2022, 14^{ème} éd., V. Réel (droit).

¹³M. OUTTERS BALIGAND, *Les propriétés intellectuelles à l'aune du triptyque*, *op. cit.*, p. 598.

l'auteur. Par conséquent, nous emploierons ici le qualificatif de « droit intellectuel » pour désigner les prérogatives intimement attachées à la personne de l'utilisateur. Notons que cette nature extrapatrimoniale peut parfaitement s'exprimer dans le lien unissant l'utilisateur à l'œuvre à l'instar de celui liant l'auteur et sa création par l'intermédiaire du droit moral.

576. Accueil potentiel du droit d'accès à l'œuvre. Au regard de sa nature, le droit d'accès, tel que décrit en amont, est fortement susceptible de se heurter à un accueil hostile. Certes, aux premières heures de son existence, le droit d'auteur mettait plus qu'aujourd'hui l'accent sur l'accès aux œuvres¹⁴, mais la bascule vers la conception du droit d'auteur comme droit égoïste a entériné le principe d'une propriété par principe fermée à autrui. Dans la logique d'autarcie matérielle dans laquelle l'œuvre se trouve plongée¹⁵, la proposition d'un droit d'accès à l'œuvre apparaît purement incompatible avec le droit positif, raison pour laquelle l'abolition de la propriété s'impose dans une telle perspective. Si l'idée d'un droit d'accès, quelle que soit sa forme, émerge progressivement¹⁶, celle-ci fait face à d'importantes résistances. L'accès, aujourd'hui pré carré de l'auteur¹⁷, entraînerait aux yeux de certains, s'il devait être garanti à l'utilisateur, une négation des prérogatives de l'auteur¹⁸. Pour les tenants de l'approche purement personnaliste, le droit d'accès constitue une imposture, un simple « droit à » surabondant comme l'exprime Monsieur le Professeur Frédéric Pollaud-Dulian¹⁹. Si un droit d'accès se combine effectivement mal au droit de la propriété littéraire et artistique, une matière n'ayant nullement recours au mécanisme propriétaire pourrait bien plus légitimement voir germer une telle prérogative. En effet, si le droit d'accès altère nécessairement la teneur personnaliste du droit de la création immatérielle, il ne la nie pas pour

¹⁴ N. MIKAELIAN, *La mutation des droits d'auteur dans l'environnement numérique : l'émergence d'un droit d'accès*, op. cit., p. 133 : « Le droit d'auteur a été, à ses débuts, en France et aux États-Unis, un instrument d'éducation du public et de diffusion du savoir, ce qui signifie que droit d'auteur et accès aux œuvres allaient en principe de pair ».

¹⁵ J. ROCHFELD, « Accès (enjeux théoriques) » in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD, *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017, p. 8.

¹⁶ M. FAVALE, « The right of access in digital copyright : right of the owner or right of the user ? », *The journal of world intellectual property*, 2012, vol. 15, n° 1, p. 16 : « Twenty years ago, no copyright scholar would have thought of a stand-alone access right stemming from the exclusive right of the author or from the freedom of information of the user. However, this changed with the advent of the Digital Era ».

¹⁷ T. PERROUD, « Accès (enjeux pratiques) » in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD, *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017, p. 13 : « Traditionnellement, l'accès est la prérogative unique du propriétaire ».

¹⁸ V-L. BENABOU, « Droit d'accès aux contenus culturels », *Juris art etc.*, 2015, n° 26, p. 36 : « Ce terme de "droit d'accès" hérisse les titulaires qui y voient comme une négation de leur droit singulier et y préfèrent des "tolérances" ou des exceptions au monopole ».

¹⁹ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination : le sort des exemplaires en droit d'auteur*, Thèse, Paris II, dir. A. FRANÇON, LGDJ, 1989, p. 496 : « quant au prétendu droit d'accès aux œuvres, c'est une idée qui nous paraît dangereuse, car elle ouvre la porte à toutes les réductions des acquis du droit d'auteur, et fausse, car la propriété intellectuelle est liée à la personnalité de l'auteur et le fruit d'un travail ».

autant. L'établissement d'un droit d'accès strictement conditionné, offrant des garanties à l'auteur quant au respect de son œuvre ainsi qu'à la rémunération qu'il doit en retirer est compatible avec la reconnaissance du lien sacré unissant l'œuvre et son auteur. En ce sens, le système propriétaire ne saurait être le seul représentant de l'approche personnaliste, en dehors duquel les intérêts de l'auteur seraient systématiquement et largement négligés. De plus, la reconnaissance d'un droit de nature extrapatrimoniale au profit de l'utilisateur n'est pas non plus annonciatrice du crépuscule de l'approche personnaliste. L'utilisateur personne privée peut, pour une modeste part, lui aussi intégrer la dimension sacrée du droit d'auteur, sans pour autant détruire la substance de ce dernier.

II : Détermination du régime du droit d'accès à l'œuvre

577. Titulaires du droit d'accès à l'œuvre. La nature du droit d'accès ayant fait l'objet d'éclaircissements, reste à déterminer son régime concret, en commençant par la détermination de ses titulaires. Si cette question a déjà pu être abordée en amont²⁰, il convient de justifier les choix précédemment opérés. Comme évoqué auparavant, les utilités portant sur l'œuvre font principalement l'objet d'un partage entre auteur et utilisateur. Ce dernier s'entend de toute personne physique n'agissant pas à titre commercial. Dès lors, non seulement tout sujet de droit ne sera pas concerné par cette prérogative, mais une discrimination est également opérée entre les personnes physiques en fonction de l'usage concerné. Une telle condition s'impose au regard de l'un des buts poursuivis par les droits littéraires et artistiques, à savoir le libre accès à l'œuvre auquel les personnes morales ne peuvent que difficilement prétendre. L'absence de reconnaissance d'un droit d'accès au titre de toute activité s'impose, quant à elle, afin de préserver les intérêts de l'auteur. La personne physique agissant à titre commercial ne sera pas en mesure d'invoquer de droit d'accès afin de bénéficier du contenu de l'œuvre, évitant qu'un préjudice ne soit causé à l'auteur. Le droit d'accès est donc reconnu à toute personne, mais, son champ étant restreint, il ne saurait être invoqué dans n'importe quelle circonstance. Ainsi, un concurrent ne sera pas en mesure d'exiger une communication de

²⁰ V. *supra* n° 283.

l'œuvre et encore moins en droit de l'exploiter commercialement, proscrivant une solution telle que connue dans l'arrêt Magill en matière d'information²¹.

578. Œuvres concernées par le droit d'accès. Le droit d'accès pourrait faire l'objet d'assiettes très diverses. La reconnaissance d'un droit d'accès aux seules œuvres présentant un intérêt culturel, nous l'avons déjà indiqué, serait périlleuse pour certains principes fondateurs du droit de la création immatérielle. Exclure les petites monnaies du droit d'accès à l'œuvre impliquerait d'opérer une appréciation subjective s'accommodant difficilement aux canons du droit d'auteur. De plus, une telle distinction provoquerait une dualité de régimes en droit de la création immatérielle, impliquant une complexification importante et peu opportune de la matière. C'est pour cette raison que toute œuvre, dès lors qu'elle se trouve divulguée en France, verra naître sur elle un droit d'accès au profit de l'utilisateur.

579. Durée du droit d'accès à l'œuvre. Concernant la durée du droit d'accès à l'œuvre, s'agissant d'un droit intellectuel, donc répondant à un régime similaire à celui du droit moral de l'auteur, la réponse semble évidente : cette prérogative sera perpétuelle ou, *a minima*, viagère. Effectivement, on ne saurait limiter la durée du droit d'accès à l'œuvre de l'auteur. Toutefois, à la différence du créateur, les droits de l'utilisateur ne seront pas transférés à ses héritiers, un tel transfert étant sans objet puisque toute personne bénéficie, dans ce modèle, du droit d'accès à l'œuvre. En ce sens, le droit d'accès à l'œuvre embrasse pleinement sa qualité de droit de la personnalité. Cependant, il ne faudrait pas que la durée du droit de l'utilisateur ne devienne une charge insupportable pour l'auteur et ses héritiers. En effet, l'accès, pour s'exercer, peut supposer un comportement actif de l'auteur ou de ses héritiers, afin que l'œuvre soit mise à disposition sous un format numérique. Il ne serait alors pas équitable que les héritiers de l'auteur soient à jamais contraints de mettre l'œuvre à disposition, alors même que la durée des droits patrimoniaux de l'auteur se trouve limitée. C'est la raison pour laquelle le droit d'accès ne s'exercera pas de la même manière suivant que les droits patrimoniaux seront arrivés à terme ou non. L'accès sera alors garanti par l'exploitant durant la durée des droits patrimoniaux, tandis qu'une fois ces droits expirés, l'œuvre s'élevant au domaine public, elle sera généralement librement accessible à tous sur les réseaux numériques. Toutefois, il serait illusoire de considérer que, à lui seul, le domaine public permettrait systématiquement

²¹ CJCE, 6 avr. 1995, n° C-241/91P, *Radio Telefis c/ Commission des Communautés européennes* (D., 1996, p. 128, chron. B. EDELMAN ; *RTD com.*, 1995, p. 606, obs. A. FRANÇON ; *RTD eur.*, 1995, p. 835, obs. G. BONET ; *RTD eur.*, 1995, p. 859, chron. J-B. BLAISE et L. IDOT ; *RTD eur.*, 1996, p. 567 et 747, chron. J-B. BLAISE et L. IDOT ; *RJDA*, 1995, n° 8, p. 735, note L. DE GAULLE).

d'accéder à l'œuvre. Dès lors, dans l'hypothèse où l'œuvre serait introuvable après des recherches diligentes, l'utilisateur sera en droit d'exiger que le support fasse l'objet d'une mise à disposition ponctuelle auprès de tout détenteur avéré de l'original ou d'une copie. Par ce dispositif, l'impératif d'accès à l'œuvre se trouve concilié avec l'intérêt de l'auteur et de ses ayants droit.

580. Le droit d'accès, prérogative de l'utilisateur. Le droit d'accès, envisagé en tant que droit subjectif, dispose d'un contenu et d'une portée dépassant largement ceux des exceptions aux droits de l'auteur. Il s'agit non plus d'une tolérance, mais davantage d'un droit de l'utilisateur. Partant, l'auteur ne pourra utiliser les mesures techniques de protection dans le seul but d'empêcher l'accès effectif à l'œuvre pour l'utilisateur. L'utilisation de telles mesures techniques pourrait ainsi dégénérer en abus si au moins une partie du contenu de l'œuvre venait à être dissimulée à l'utilisateur, ou si une contrepartie pécuniaire supplémentaire lui était demandée en vue de lever les restrictions techniques. Également, comme conséquence du droit d'accès, l'auteur et ses ayants droit ne pourraient jamais s'opposer, par principe, à la traduction de l'œuvre dans une autre langue²². Il ne s'agit pas de contraindre les ayants droit à effectuer une traduction de l'œuvre dans l'ensemble des langues existantes, ce qui représenterait un coût important pour les œuvres modestes, mais d'empêcher toute neutralisation d'une traduction fidèle de l'esprit de l'œuvre par un tiers organisant une redistribution des sommes perçues au profit des titulaires de droits. Néanmoins, dans un tel dispositif, l'auteur devra nécessairement bénéficier d'un privilège concernant le choix du traducteur. Il est ainsi possible d'imaginer que la traduction fidèle ne soit libre qu'au titre d'une licence non volontaire, passé un certain délai après la divulgation de l'œuvre et en l'absence de toute traduction avalisée par le créateur dans la langue concernée²³.

581. Mise en œuvre du droit d'accès. Le droit de l'utilisateur s'exercera non systématiquement à l'encontre de l'auteur, mais auprès de l'exploitant de l'œuvre. L'œuvre faisant très majoritairement l'objet d'une concession, c'est au producteur ou éditeur concessionnaire que reviendra la tâche de mettre l'œuvre à la disposition des utilisateurs. Cette mise à disposition, il convient de le rappeler, ne doit avoir lieu que sous un format numérique, sans qu'un support ne puisse jamais être réclamé par les bénéficiaires. L'accès se traduira ainsi par la commercialisation continue de l'œuvre durant toute la durée de la

²² Nous avons bien conscience que la traduction ne se limite pas à la seule question de l'accès, mais relève également des utilités de gestion liées à l'œuvre.

²³ Sur les licences non volontaires, V. *infra* n° 642.

concession, ce qui ne présentera aucune difficulté pour l'écrasante majorité des œuvres. Lorsque la création ne fera l'objet d'aucune concession, c'est à l'auteur que reviendra la tâche de mettre l'œuvre à disposition à titre gratuit ou onéreux par voie numérique. Comme évoqué précédemment, une telle obligation demeure raisonnable car pouvant être accomplie par la mise en place d'un site dédié à la diffusion des œuvres de l'artiste, ou, plus probablement, d'un répertoire agréant les œuvres de plusieurs auteurs. En cas de refus ou de carence grave du concessionnaire ou, à défaut, de l'auteur, dans la mise à disposition de l'œuvre, une licence obligatoire pourra être prononcée en vue d'assurer l'accès effectif à l'œuvre. Ce point fera l'objet de développements plus détaillés en aval.

582. **Droit d'accès et titulaire du support physique de l'œuvre.** L'émergence d'un droit d'accès n'emporte toutefois pas que des effets vis-à-vis de l'auteur et ses ayants droit. Au titre de cette prérogative, un lien peut se manifester entre utilisateur et titulaire du support physique de l'œuvre. Ce lien pourrait être d'une nature très similaire à celui existant aujourd'hui entre l'auteur et ce même titulaire du support. Actuellement, si l'auteur est contraint de respecter le droit de propriété du tiers, il n'en demeure pas moins qu'il peut s'opposer à toute résistance abusive du propriétaire empêchant la copie ou la divulgation de l'œuvre. Dans la législation russe, une telle prérogative est d'ailleurs expressément qualifiée de droit d'accès²⁴. Dans l'hypothèse où aucune copie de l'œuvre ou aucune captation de l'image de l'œuvre n'existe, le droit d'accès de l'utilisateur doit permettre de réclamer que l'œuvre soit mise à la disposition des ayants droit afin que l'image de l'œuvre puisse faire l'objet d'une diffusion. Il est alors possible d'imaginer qu'une action soit menée concurremment par l'auteur et un certain nombre d'utilisateurs en vue d'obtenir la mise à disposition ponctuelle de l'œuvre. Bien entendu, une telle prérogative n'aura essentiellement d'intérêt que pour les œuvres pour lesquelles il n'existe qu'un faible nombre d'œuvres originales. Les créations faisant l'objet d'une numérisation *ab initio* n'auront donc recours à cette mesure qu'en cas de perte de l'intégralité des copies. Dès lors, le droit d'accès permettra, dans ce cas particulier, d'exiger la mise à disposition brève de l'œuvre au profit de l'exploitant en vue d'en assurer une numérisation permettant la diffusion de la création sur Internet. Les toiles, sculptures et autres œuvres graphiques et plastiques sont ainsi, elles aussi, pleinement couvertes par le droit d'accès.

²⁴ C. civ. russe, art. 1292 al. 1 : « The author of a work of fine arts is entitled to claim from the owner of an original work that an opportunity be given to him to exercise his right to reproduce his work (right of access). In this case, the owner of the original work shall not be asked to deliver the work to the author ».

583. **Visage du droit d'accès à l'œuvre.** Les principes essentiels du droit d'accès à l'œuvre ayant été évoqués, il demeure nécessaire de rendre compte de la forme que pourrait adopter une telle prérogative. Voici donc le visage que pourrait présenter ce droit d'accès à l'œuvre.

« Dès qu'une œuvre de l'esprit a été divulguée et reproduite en France, l'accès au contenu de cette œuvre par voie dématérialisée est autorisé par le concessionnaire des droits patrimoniaux ou, à défaut d'exploitation par un tiers, par l'auteur lui-même, aux personnes physiques agissant en dehors de tout but commercial et pour une utilisation personnelle ou dans un cercle de famille, ou dans l'exercice de leurs droits d'échantillonnage et de courte représentation. Le droit d'accès à l'œuvre est également reconnu aux associations de défense et de promotion de la culture dès lors qu'elles agissent en dehors de tout but commercial.

Cet accès, incluant le droit de fixer l'œuvre sur un support numérique, peut être soumis à une juste contrepartie financière. Tout bénéficiaire de cette prérogative est en droit d'exiger une mise à disposition ponctuelle de l'œuvre auprès du détenteur avéré d'une copie, dès lors que l'accès au contenu de celle-ci se révèle impossible après des recherches diligentes. Cette mise à disposition s'opère auprès de l'auteur et de ses ayants droit et, à l'expiration des droits patrimoniaux, auprès de l'utilisateur en ayant fait la demande ».

584. **Analyse du droit d'accès à l'œuvre.** Plusieurs remarques s'imposent à la suite de cette proposition. Notons que la notion d'accès au contenu emporte le droit de voir l'œuvre représentée ainsi que fixée sur un support numérique. Le droit d'accès ne se limite donc pas à un simple droit de représentation de l'œuvre, mais implique également une reproduction de l'œuvre. Précisons d'ailleurs immédiatement que l'auteur pourra invoquer ce droit pour un usage strictement personnel ou dans un cercle de famille, cette disposition venant se substituer à l'exception de représentation dans le cercle familial prévue à l'article L. 122-5 1° du CPI. Ici, l'exception se trouve pleinement consacrée en tant que droit. Également, cette condition étant alternative à l'utilisation personnelle ou dans le cadre familial, le droit d'accès permettra la fixation de l'œuvre dans l'exercice du droit d'échantillonnage dont le régime sera très prochainement détaillé. Toutefois, quelle que soit l'hypothèse, la nécessité d'agir dans un but non commercial demeure une condition *sine qua non* à l'accès à l'œuvre. Affirmer que ce droit est garanti par l'exploitant ou, à défaut, l'auteur, implique que l'utilisateur sera en droit d'exiger la mise à disposition de l'œuvre par voie numérique auprès d'eux et par voie judiciaire en cas de résistance abusive.

585. **Une juste contrepartie financière pour l’auteur.** Concernant l’existence d’une contrepartie financière, celle-ci est laissée au libre choix de l’auteur et toujours négociée avec le concessionnaire si l’œuvre fait l’objet d’une exploitation non directement pilotée par l’auteur. La mention selon laquelle la contrepartie doit être « juste » présente une double implication. D’une part, elle suppose que, si l’auteur décide de monnayer la mise à disposition de l’œuvre, aucun taux dérisoire ne peut lui être imposé, que ce soit par le concessionnaire, l’utilisateur ou le juge. D’autre part, la juste contrepartie implique également que l’auteur ne puisse appliquer un prix prohibitif qui conduirait à exclusion, *de facto*, l’utilisateur. Ainsi, dans le cadre du droit d’accès à l’œuvre, la mise à disposition de cette dernière devra s’effectuer dans des conditions économiques raisonnables et respectueuses tant des tarifs et taux pratiqués dans le secteur déterminé que de la notoriété de l’auteur²⁵.

586. **Attribution d’utilités d’accès à l’œuvre à l’utilisateur.** Quant à la mise à disposition ponctuelle de l’œuvre liée à l’impossibilité de trouver celle-ci malgré des recherches diligentes, il faut ici entendre l’impossibilité de trouver, dans des conditions matérielles et économiques raisonnables, un exemplaire d’une œuvre déterminée tant sous format numérique que physique. Au regard des conditions entourant l’exercice du droit d’accès à l’œuvre, l’on peut réaffirmer que l’intégralité des utilités d’accès liées à la création ne seront pas attribuées à l’utilisateur. En réalité, la plupart des utilités liées à l’accès à l’œuvre, demeurent, en l’état actuel, dans la sphère du créateur. Les utilités d’accès confiées à l’utilisateur, sans être sporadiques, présentent une étendue limitée, ménageant au mieux les intérêts de l’auteur, une fois ceux-ci conciliés avec les droits fondamentaux culturels. Il ne s’agit donc pas d’un accès sauvage et absolu qui serait mis entre les mains de tout sujet de droit, mais d’un accès réservé aux personnes physiques dans des conditions spécifiques et en contrepartie de garanties offertes à l’auteur.

587. **Mise en application du droit d’accès à l’œuvre.** Afin de démontrer l’intérêt de ce modèle, mettons-le en application. Par exemple, un livre divulgué par son auteur et faisant l’objet d’une cession pour son exploitation devra être impérativement mis à disposition par l’exploitant sous forme numérique, même s’il se désintéresse de l’œuvre. Cela présente un intérêt pour l’auteur qui verra l’œuvre faire l’objet d’une exploitation continue, mais également pour l’utilisateur qui disposera d’un accès garanti à l’œuvre littéraire. Un tel accès ne saurait

²⁵ Dans ce contexte, les critères de détermination de la juste rémunération de l’auteur pourraient être inspirés de l’analyse relative aux licences obligatoires : V. *infra* n° 649.

être paralysé par la mise en œuvre du droit d'auteur ou d'un droit voisin, le droit d'accès neutralisant certaines utilités relatives au pouvoir d'exclure des titulaires de droit. Autre exemple, celui d'une très ancienne œuvre cinématographique en langue catalane inaccessible au public et dont un seul exemplaire demeure aux mains d'un collectionneur. Dans cette situation, une association à but non lucratif de promotion de la culture catalane serait en droit d'exiger la remise de l'exemplaire auprès du titulaire actuel des droits pour qu'il en effectue une copie, sans exiger pour autant des frais liés à l'éventuelle restauration de l'œuvre. Une fois la reproduction effectuée, l'œuvre devra être mise en ligne par le titulaire des droits. Un parti politique régionaliste ne pourra ici faire valoir un quelconque droit d'accès pour diffuser l'œuvre au cours d'un rassemblement, démontrant l'absence de vocation universelle de cette prérogative. Nouvelle illustration, celle d'un ballet donné par l'Opéra de Paris dont l'image n'aurait pas été captée. Dans cette hypothèse, il ne pourrait être exigé la reproduction du ballet au titre du droit d'accès, une telle prérogative ne s'exerçant que lorsque l'œuvre a fait l'objet d'une reproduction. Enfin, concernant les œuvres graphiques et plastiques, si l'œuvre a fait l'objet d'une modélisation en trois dimensions ou d'une simple photographie par le titulaire de droits, la mise en ligne gratuite ou payante de cette reproduction devra avoir lieu au titre du droit d'accès.

588. Un droit d'accès poursuivant la fonction sociale du droit de la création immatérielle. Rappelons que, à notre sens, la fonction sociale du droit de la création immatérielle réside dans trois éléments essentiels : la protection de la personne de l'auteur, l'incitation à la création et la diffusion de l'œuvre au plus grand nombre. D'abord, le droit d'accès permet d'assurer directement cette diffusion en la garantissant au profit de l'utilisateur, sans pour autant qu'il ne permette toute forme d'utilisation de l'œuvre. On objectera que le fonctionnement du marché permet déjà, de fait, d'assurer un accès à l'utilisateur. Le recours à un nouveau droit subjectif serait alors parfaitement superflu. Il est vrai que, dans la plupart des occurrences, l'accès à l'œuvre n'est pas compromis durant son exploitation. Néanmoins, demeurent, comme nous l'avons mis en évidence en amont, des situations dans lesquelles le droit exclusif se trouve mobilisé en vue de mettre fin à toute mise à disposition ou dans lesquelles l'œuvre n'est tout simplement plus exploitée par simple désintérêt²⁶. C'est notamment pour cette raison que la mise en œuvre d'un droit d'accès, reconnaissant au surplus l'intérêt de l'utilisateur sur l'œuvre, présente une utilité. De plus, le droit d'accès ne

²⁶ V. *supra* n° 232.

vient pas réduire l'incitation à la création procurée par le droit de la création immatérielle. La mise à disposition de l'œuvre, si elle demande un comportement actif, ne sera à la charge de l'auteur que dans l'hypothèse où il exploite lui-même l'œuvre, situation qui est loin d'être systématique. Également, quand bien même l'auteur devrait lui-même assurer cette mise à disposition, des agrégateurs de contenus et plateformes de taille plus modeste se tiendraient à sa disposition afin d'assurer la mise en ligne de la création. Enfin, le droit d'accès ne constitue pas une atteinte à la personne de l'auteur. Il faut admettre que le respect de l'auteur n'implique pas nécessairement la reconnaissance d'un pouvoir d'exclure quasi total à son profit. Tant que les droits moraux et le droit à rémunération font l'objet d'une reconnaissance satisfaisante, la protection de l'auteur nous semble assurée. Toutefois, le droit d'accès ne constitue pas l'unique prérogative que les droits littéraires et artistiques confient à l'utilisateur. En effet, le droit d'accès conditionne une seconde prérogative, celle de procéder à l'échantillonnage de l'œuvre.

§2 : Reconnaissance d'un droit d'échantillonnage de l'œuvre au bénéfice de l'utilisateur

589. Le droit d'échantillonnage, prolongement du droit d'accès à l'œuvre.

Le droit d'accès à l'œuvre, s'il marque un premier pas en faveur des droits de l'utilisateur, ne permet cependant pas de parfaitement satisfaire la finalité du droit de la création immatérielle. Certes, l'accès permet une utilisation personnelle ou familiale de l'œuvre, mais il n'assure pas un véritable partage autour de l'œuvre. La diffusion de la création et de ses dérivés existe pourtant, notamment via une véritable « remix culture »²⁷ entourant les œuvres de l'esprit. Cependant, l'emprunt d'œuvres préexistantes au profit d'œuvres nouvelles, dans un dialogue à l'échelle des civilisations, s'exerce aujourd'hui dans le plus total mépris de la propriété littéraire et artistique. Sans légitimer tous les usages transformatifs d'œuvres de l'esprit, il nous apparaît nécessaire d'apporter davantage de garanties aux utilisateurs dans le cadre de l'élaboration d'œuvres dérivées. C'est dans cette optique que sera déterminée la nature d'un droit d'échantillonnage, s'inscrivant dans le prolongement du droit d'accès à l'œuvre, (I), avant que son régime ne soit analysé (II).

²⁷ P-E. MOYSE, « Le droit des utilisateurs au Canada », *Juris art etc.*, 2015, n° 25, p. 30.

590. **Notion d'échantillonnage.** La seule mention d'un potentiel « échantillonnage » permet légitimement d'imaginer un lien naturel entre ce droit et les utilités liées au prélèvement dans la théorie de Mesdames les Professeurs Elinor Ostrom et Edella Schlager. C'est effectivement le cas, mais, nous le verrons, l'échantillonnage ne concerne pas exclusivement les utilités de prélèvement et l'octroi d'un droit d'échantillonnage n'implique pas le transfert de la totalité de ces utilités à l'utilisateur. L'échantillonnage peut également, *a priori*, faire penser au seul droit de reproduction. Toutefois, nous le constaterons progressivement, tel que nous l'entendons ici, il ne peut être tenu compte d'un droit d'échantillonnage sous le seul prisme des droits de reproduction, bien au contraire. Encore faut-il cependant déterminer la notion même d'échantillonnage. Naturellement, nous pourrions être enclins à assimiler strictement l'échantillonnage avec des notions telles que le *sampling* ou les *mash-up*. Il faut pourtant se garder de voir dans ces termes des notions parfaitement équivalentes. En réalité, le *sampling* est une pratique consistant à utiliser des extraits d'une œuvre en vue de la création d'une œuvre nouvelle, mais dans le domaine des phonogrammes. Or, le droit que nous souhaitons ici reconnaître a vocation à concerner toute œuvre de l'esprit et non une catégorie déterminée. De même, la notion de *mash-up* est encore davantage spécifique que celle de *sampling*, puisqu'elle désigne une pratique consistant à croiser, toujours dans le domaine musical, les extraits de plusieurs œuvres en vue de créer une œuvre nouvelle. Le *mash-up* constitue donc le paroxysme du *sampling* en ce que les extraits repris constituent, collectivement, l'écrasante majorité de l'œuvre nouvelle. Bien que le *sampling* et le *mash-up* soient utilisés en vue de créer des œuvres composites, nous ne recourrons pas à ces termes dans la désignation du droit subjectif en construction, ces notions présentant une étendue trop faible. Cependant, la question du *sampling* étant fréquemment traitée par les tribunaux, nous nous y intéresserons dans l'étude du droit positif, au même titre que l'exception de courte citation. Ainsi, nous qualifierons d'échantillonnage la pratique consistant à utiliser des extraits d'une ou plusieurs œuvres de l'esprit en vue de la création et de la diffusion d'une œuvre composite. Il aurait également été possible d'employer la notion « d'emprunt et emploi »²⁸ dans la désignation d'un tel procédé.

²⁸ *Ibidem*, p. 30.

591. **Intrication entre échantillonnage et œuvre composite.** La question de l'échantillonnage est intimement liée à celle de l'œuvre composite. Les enjeux sont ici naturellement communs puisque l'échantillonnage désigne l'action qui mènera à la création et la représentation de l'œuvre composite. Dans cette perspective, nous serons donc fréquemment amenés à employer l'expression « œuvre composite », directement issue du CPI²⁹. Toutefois, nous emploierons indistinctement la notion d'œuvre composite avec celle d'œuvre dérivée, issue de la Convention de Berne³⁰, ou encore celles d'œuvre transformative³¹ ou transformatrice³², davantage inspirées du droit anglo-saxon.

592. **Sampling et droit positif.** La compréhension de l'état du droit positif en matière d'œuvre composite amène à se pencher sur deux exemples révélateurs : ceux du *sampling* et de la courte citation. En matière musicale, il est intéressant de noter que jusqu'au début du XIX^{ème} siècle, la reprise de motifs musicaux sans autorisation ni contrepartie financière était une pratique tolérée³³. Toutefois, l'émergence d'un droit d'auteur moderne a conduit à encadrer ce type d'usage pour assurer la préservation des droits du créateur. Aujourd'hui, la possibilité de recourir au *sampling* sans autorisation de l'auteur et des ayants droit est centrée autour de la question du caractère identifiable de l'extrait. En effet, les juges du fond ont déjà admis que si l'extrait remixé n'est pas reconnaissable par un auditeur moyen dans le cadre d'un *sampling*, la contrefaçon n'est pas caractérisée³⁴. Une telle solution s'impose nécessairement en vue de ne pas entraver excessivement les créateurs d'œuvres futures et dans l'optique de ménager l'intérêt

²⁹ CPI, art. L. 113-2 et L. 113-4.

³⁰ Si l'article 2.3 de la Convention de Berne évoque la « transformation » de l'œuvre première, la table des matières fait en effet une référence expresse aux « œuvres dérivées ».

³¹ La notion « d'œuvre transformative » apparaît cependant comme un oxymore pour certains qui ne conçoivent l'œuvre que comme un travail définitivement achevé : V. CSPLA, *Rapport de mission sur les œuvres transformatives*, 2013, p. 13.

³² P. LÉGER, *La recherche d'un statut de l'œuvre transformatrice : contribution à l'étude de l'œuvre composite en droit d'auteur*, Thèse Paris I, dir. P. SIRINELLI, LGDJ, 2018, p. 208 : « L'œuvre transformatrice désignerait dès lors l'œuvre nouvelle, conçue en utilisant tout ou partie de l'œuvre d'autrui, en vue de procurer au public une utilité qui n'existait pas auparavant, c'est-à-dire de développer une nouvelle fonction à partir d'une œuvre préexistante ».

³³ L. T. MCDONAGH, « Is the creative use of musical works without a licence acceptable under copyright law ? », *International review of intellectual property and competition law*, Springer, volume 43, n° 4, 2012, p. 402 : « It is notable that up until the 19th century, many composers felt above to “copy” and re-arrange material from their own, and each other's, previous works. For instance, it was not illegal, nor was it seen as “unoriginal” or “wrong” for composers to re-use melodies and to compose variations on themes which had originated with other composers ».

³⁴ CA Toulouse, 3^{ème} chambre, 16 mars 2000 ; V. ég. F. POLLAUD-DULIAN, « *Sampling* et droit de reproduction : exceptions et liberté de création à l'assaut du droit exclusif », *RTD com.*, 2020, p. 74, note ss. CJUE, 29 juill. 2019, n° C-476/17 : « le *sample* réutilisé sous une forme non reconnaissable, ne saurait être qualifié de reproduction : il est libre ».

général³⁵. Toutefois, un tel choix implique que, lorsque l'œuvre première sera reconnaissable, la contrefaçon sera très souvent caractérisée. Le régime du *sampling* interdit donc la majorité des reprises spontanées et identifiables d'un phonogramme. Une telle solution apparaît quelque peu restrictive et particulièrement péremptoire puisque l'importance de l'emprunt n'est aucunement discutée dès lors que l'œuvre est identifiable. L'argument tiré de l'adage *de minimis non curat praetor* ne peut effectivement prospérer pour rejeter la demande de l'ayant droit. Aux États-Unis en 2004, une cour d'appel fédérale était amenée à se prononcer sur l'existence d'actes de contrefaçon constitués par l'utilisation d'un extrait musical reconnaissable d'une durée de deux secondes³⁶. Dans une décision – qui aboutirait sensiblement au même résultat en droit français – l'argument tiré de la faiblesse du préjudice causé à l'auteur était rejeté. Encore une fois, la logique inflexible du droit de la création immatérielle conduit à qualifier d'emblée de contrefaçon des faits dont la gravité mérite, *a minima*, d'être relativisée, quand le *sampling* n'implique pas des effets bénéfiques pour le titulaire de l'œuvre première³⁷...

593. Œuvre composite et droit positif. Le régime général de l'œuvre composite, pas plus que celui du *sampling*, ne présente pas de véritable souplesse au profit du créateur de l'œuvre seconde. La situation de ce dernier est en effet assujettie à celle de l'auteur de l'œuvre première puisque « l'œuvre composite est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante »³⁸. Il en résulte un véritable contrôle de l'auteur de l'œuvre première sur le sort de l'œuvre composite³⁹. Un tel contrôle s'étend dans de larges frontières puisque « même s'il a donné son accord de principe, l'auteur de l'œuvre première dispose encore d'un droit de veto au vu du résultat »⁴⁰. Une telle solution, si elle a le mérite d'une grande clarté, n'en demeure pas moins insatisfaisante à l'heure où l'échantillonnage

³⁵ N. MAXIMIN, « Soumission du sampling à l'autorisation du producteur de phonogrammes », *Dalloz IP/IT*, 2019, p. 465, note ss. CJUE, gr. ch., 29 juill. 2019, n° C-476/17, *Pelham c/ Hutter* : le principe doit être l'absence de contrefaçon lorsque l'œuvre n'est pas reconnaissable car « admettre l'inverse méconnaîtrait l'exigence de juste équilibre entre, d'une part, l'intérêt des titulaires des droits d'auteur et des droits voisins à la protection de leur droit de propriété intellectuelle et, d'autre part, la protection des intérêts et des droits fondamentaux des utilisateurs d'objets protégés ainsi que de l'intérêt général ».

³⁶ United States Court of Appeals, Sixth circuit, 7 sept. 2004, n° 02-6521 et 03/5738, *Bridgeport Music c/ Dimension Films*.

³⁷ J. FARCHY, C. MÉADEL et G. SIRE, *La gratuité, à quel prix ?*, Presses des mines, 2015, p. 29 : Le *sampling* permet en effet de « familiariser le public avec des produits qui lui étaient jusqu'alors inconnus et à encourager ainsi l'achat ultérieur ».

³⁸ CPI, art. L. 113-4.

³⁹ P. SIRINELLI, *Propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 2016, 3^{ème} éd., p. 79 : « L'auteur de l'œuvre composite devra demander l'accord de l'auteur de l'œuvre première quant au principe d'exploitation de l'œuvre seconde »

⁴⁰ *Ibidem*.

constitue, plus que jamais, un mode d'expression à part entière. Toutefois, l'exception de courte citation peut, de ce point de vue, apparaître comme une disposition d'ouverture.

594. Échantillonnage et courte citation. Il existe un lien évident entre œuvre composite et exception de courte citation. Cette dernière, en permettant la reprise d'une partie d'une œuvre pour l'intégrer dans un autre contenu, participe à la création d'œuvres composites, peu important l'étendue de l'emprunt en comparaison de l'œuvre nouvelle. La courte citation étant une exception au droit d'auteur, celle-ci se trouve strictement délimitée par une batterie de critères. Au sens de l'article L. 122-5 3° du CPI, pour que l'exception soit invocable, la citation doit être effectuée au sein d'une œuvre de l'esprit qui doit identifier clairement l'auteur de l'œuvre citée ainsi que sa source. Surtout, la citation doit être courte et justifiée au regard d'un caractère critique, polémique, pédagogique, informationnel ou scientifique. La citation ne peut dès lors être purement gratuite, en ce qu'elle trouve sa légitimité dans un but précis, ledit but étant notamment sous-tendu par la liberté d'expression. Également, la citation doit être courte, notion non définie et assez largement laissée à l'appréciation des juges du fond. Si le droit européen exige qu'une exception de citation intègre la législation des États membres, il est intéressant de noter qu'il n'impose jamais que l'emprunt soit court⁴¹. Toutefois, le résultat demeure substantiellement le même, l'importance de l'emprunt étant nécessairement évalué au regard du droit communautaire. Le droit de la propriété littéraire et artistique présente donc un dispositif semblant, à première vue, à même d'assurer un équilibre entre les intérêts de chaque créateur, qu'il soit emprunteur ou emprunté. Néanmoins, à l'analyse, la courte citation ne peut représenter un mécanisme satisfaisant d'harmonisation des intérêts de l'œuvre première et de l'œuvre seconde.

595. Insuffisance de l'exception de courte citation. Rappelons avant toute chose que la courte citation ne constitue, en l'état actuel, pas un droit subjectif, mais une simple exception au droit de l'auteur. De plus, et il s'agit là d'un élément central, le champ d'application de l'exception de courte citation apparaît bien trop limité. Bien entendu, suivant les critères fournis par le CPI, la courte citation ne se voit pas explicitement limitée à certaines œuvres en particulier. Comme souvent rappelé par la jurisprudence et la doctrine, la notion de citation ne vient pas en elle-même restreindre l'applicabilité de l'exception aux seules œuvres littéraires. Toutefois, malgré ces rappels incessants, il faut bien admettre que la

⁴¹ Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, art. 5 3) d).

courte citation peine à exister hors du domaine littéraire⁴². Comment « citer » un extrait de film sans en représenter une simple image, qui constitue une œuvre intégrale en elle-même ? Suivant le même raisonnement, comment « citer » une œuvre graphique ou plastique ou tout objet dont on ne peut raisonnablement rendre compte partiellement ? C'est en raison du caractère insoluble de ce problème que la courte citation se fait aussi rare qu'un corbeau blanc hors du domaine littéraire. L'exception apparaît donc, dans les faits, bien limitée dans son champ d'action, réduisant considérablement les possibilités offertes au public. C'est pour cette raison précise que la courte citation a pu être, à juste titre, qualifiée d'exception « trop engoncée »⁴³. Partant, l'œuvre composite se trouvant prisonnière d'un régime au sein duquel elle étouffe, il convient d'en favoriser l'échantillonnage.

596. Justifications d'un droit d'échantillonnage. L'évolution des modes d'expression et de communication vers les réseaux numériques tend à accorder une place grandissante aux œuvres composites. Bien souvent, la citation d'une œuvre littéraire est suivie de celle d'une image représentant une œuvre en intégralité, d'un extrait musical ou d'une séquence d'œuvre audiovisuelle⁴⁴. Ces usages, devenus banals, n'en sont pas moins théoriquement réprimés par le droit positif alors même qu'ils s'inscrivent pleinement, pour certains, dans l'exercice de la liberté de création artistique⁴⁵. Un assouplissement du régime de l'œuvre composite semblerait ainsi nécessaire pour concilier les intérêts en présence. Toutefois, lorsque le caractère personnaliste du droit d'auteur dévore le droit de la création

⁴² M. VIVANT, « Pour une compréhension nouvelle de la notion de courte citation en droit d'auteur », *JCP G*, 1989, p. 3372 : « En ces domaines de la création artistique [autres que le domaine littéraire], prise sous un tir croisé, la citation ou prétendue telle ne peut donc jamais, dans cette optique, être licite... voire tout simplement être ».

⁴³ L. MARINO, « Les droits fondamentaux émancipent le juge : l'exemple du droit d'auteur », *JCP G*, n° 30-34, 26 juill. 2010, doct. 829.

⁴⁴ J. REDA, *Projet de rapport sur la mise en œuvre de la directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, Parlement européen, Commission des affaires juridiques, janv. 2015, p. 13 : « Les activités qui servent l'objectif de citation se basent désormais de plus en plus sur du matériel audiovisuel ; comme dans la pratique en ligne fréquente d'illustrer des déclarations ou des émotions avec des images gif animées qui reprennent de petites séquences de célèbres films, séries TV ou événements sportifs. Pour que les exceptions remplissent leur objectif de protéger la liberté d'expression et d'information dans l'environnement numérique, elles ne doivent pas se limiter aux références écrites, mais englober explicitement le matériel audiovisuel, tout en étant formulées d'une manière suffisamment ouverte pour reprendre de nouvelles formes éventuelles d'expression culturelle ».

⁴⁵ CJUE, gr. ch., 29 juill. 2019, n° C-476/17, *Pelham c/ Hutter*, (D., 2019, p. 1742, note G. QUERZOLA ; *Dalloz IP/IT*, 2019, p. 465, obs. N. MAXIMIN ; *Légipresse*, 2019, p. 452, obs. V. VARET ; *Légipresse*, 2020, p. 69, ét. C. ALLEAUME ; *RTD eur.*, 2019, p. 927, obs. E. TREPPOZ ; *CCE*, 2019, n° 75, obs. C. CARON ; *RTD com.*, 2020, n° 1, p. 74, note F. POLLAUD-DULIAN ; *Prop. Intell.*, 2019, n° 73, p. 41, note A. LUCAS) ; V. J.-M. BRUGUIÈRE, « L'équilibre des droits en matière de droit d'auteur selon la Cour de justice : toutes les exceptions, rien que les exceptions mais pas que les exceptions », note ss. CJUE, gr. ch., 29 juill. 2019, n° C476/17, *JCP G*, 30 sept. 2019, n° 40, p. 992 : « la technique de "l'échantillonnage" (*sampling*), [...] constitue une forme d'expression artistique qui relève de la liberté des arts, protégée par l'article 13 de la Charte ».

immatérielle, la moindre modification de l'œuvre apparaît insupportable⁴⁶. La question se pose alors de savoir jusqu'où doit être poussée la sacralisation de l'auteur ? Doit-elle nécessairement impliquer l'immutabilité de l'œuvre et la sujétion de l'ensemble des œuvres secondes à la volonté du créateur originel ? La réponse qu'apporte le droit positif à ces interrogations conduit, hélas, à conférer au droit de la création immatérielle une rigidité contraire à sa fonction sociale et tenant imparfaitement compte des intérêts légitimes de chacun. Or, les défauts du droit positif témoignent de l'importance d'un régime assurant l'indépendance de l'œuvre composite vis-à-vis de l'œuvre première pour certains usages déterminés⁴⁷. La mise en œuvre d'un droit d'échantillonnage, maillon manquant dans le chaînon des droits de l'utilisateur, semble à même d'assurer l'affranchissement de l'œuvre composite des contraintes aujourd'hui induites par le régime propriétaire.

597. Le droit d'échantillonnage, droit intellectuel. Sans réelle surprise, au regard des éléments que nous venons d'exposer, le droit d'échantillonnage présentera nécessairement une nature identique à celle du droit d'accès à l'œuvre. Une telle solution s'impose notamment au regard de l'intérêt entourant la création d'œuvres composites. Le droit d'échantillonnage sera une prérogative intellectuelle, donc perpétuelle, imprescriptible, inaliénable, insaisissable et d'ordre public. Comme le droit d'accès, le droit d'échantillonnage ne saurait être limité dans le temps car directement attaché à la personne de l'utilisateur. Impossible d'ériger le droit d'échantillonnage en droit patrimonial, dans la mesure où l'utilisateur ne dispose d'aucune légitimité lui octroyant un intérêt patrimonial sur l'œuvre première. L'utilisation de la création dans un but purement personnel est intrinsèquement dissociée de tout usage commercial⁴⁸, permettant de limiter les droits de l'utilisateur au seul champ des droits de la personnalité.

⁴⁶ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 1978, 3^{ème} éd., p. 538 : « Si l'économie des droits d'auteur était aménagée dans l'intérêt de la collectivité, dans une perspective sociale, toute altération ne serait pas condamnable, car plus d'une retouche, à laquelle l'auteur prétend s'opposer, a pour un esprit impartial un effet bienfaisant et améliore la qualité de l'œuvre ».

⁴⁷ S. CARRE, *L'intérêt du public en droit d'auteur*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, 2004, t. 2, p. 741 : « Priver l'auteur du droit d'interdire la courte citation, l'analyse, la parodie, c'est permettre à d'autres auteurs de créer librement, de s'exprimer librement et selon la forme choisie » ; V. ég. C. CARON, « Les droits de l'homme réconciliés avec le droit d'auteur », *D.*, 2001, p. 2504 : « la fugacité de la communication au public, même très rapide, devrait être à l'audiovisuel ce que la brièveté de la citation est au domaine des œuvres littéraires ».

⁴⁸ N. ELKIN-KOREN, « Copyright in a digital ecosystem : a user-rights approach » in R. OKEDIJI, *Copyright in an age of limitations and exceptions*, Cambridge university press, 2017, p. 132 : « such rights [les droits des utilisateurs] may cover the adaptation of digital content for personal use and the remixing of digital content for self-expression and non-commercial purposes ».

598. L'échantillonnage, représentation non soumise à autorisation de l'auteur.

Cela est acté, le droit d'échantillonnage doit aboutir à l'émancipation de certaines œuvres composites vis-à-vis de l'œuvre première. En l'absence de véritable droit d'échantillonnage en droit interne, il convient de se tourner vers d'autres sources d'influence, notamment du côté du Canada et de l'Allemagne. Seront donc d'abord étudiées les inspirations hétéroclites du droit d'échantillonnage (A), avant que ce dernier ne soit articulé, de façon inédite, avec un droit de courte représentation (B).

A : Inspirations hétéroclites du droit d'échantillonnage

599. Approche souple de l'échantillonnage par la Cour constitutionnelle allemande. Le regard porté par la Cour constitutionnelle allemande sur la pratique du *sampling* peut ici être une source d'inspiration dans l'élaboration d'un régime moins contraignant au bénéfice de l'œuvre composite. C'est en 2016, dans la décision *Kraftwerk*⁴⁹, que la juridiction d'outre-Rhin a considéré que l'échantillonnage musical reconnaissable ne pouvait systématiquement faire l'objet d'une condamnation, y compris lorsque l'exception de courte citation ne trouve pas application. Invoquant la liberté de création, la Cour imposait un contrôle de proportionnalité entre les intérêts des différents ayants droit, laissant apparaître un parallèle avec l'arrêt *Klasen*⁵⁰. Certes, l'action n'était ici pas intentée par l'auteur de l'œuvre première, mais par son producteur. L'importance de cette décision demeure pour autant non négligeable par le signal qu'elle donne, et par le raisonnement qu'elle met en œuvre. En effet, les magistrats allemands empruntent ici une approche – enfin – raisonnable du droit de la création immatérielle : « la protection constitutionnelle de la propriété intellectuelle n'exige pas que le producteur de phonogrammes se voie attribuer toutes les options d'exploitation économiques imaginables, mais vise plutôt à garantir qu'il reçoive une rémunération globale raisonnable pour sa prestation »⁵¹. Dès lors, l'œuvre composite, lorsqu'elle n'est pas à l'origine d'un préjudice disproportionné, pourra être librement créée et divulguée, sans encourir une action en

⁴⁹ Tribunal constitutionnel fédéral allemand, 1 BvR 1585/13, 31 mai 2016, *Kraftwerk*, (*Propr. Intell.*, 2016, n° 61, p. 457, obs. A. LUCAS).

⁵⁰ A. LUCAS, « L'échantillonnage légitimé par la liberté de création », *L'essentiel Droit de la propriété intellectuelle*, sept. 2016, n° 8, p. 3.

⁵¹ Tribunal constitutionnel fédéral allemand, 1 BvR 1585/13, 31 mai 2016, *Kraftwerk*, n° 87.

contrefaçon des titulaires de droits voisins. Cette solution s'impose au regard du résultat issu d'un contrôle de proportionnalité, parfaitement résumé par la Cour constitutionnelle : « il y a une légère ingérence dans le droit de produire des enregistrements sonores sans désavantages économiques importants, par opposition à une atteinte significative à la liberté d'activité et de développement artistiques »⁵². Cette décision est d'autant plus intéressante et significative que ce même argument pourrait parfaitement jouer dans un contentieux opposant le créateur de l'œuvre seconde à l'auteur de l'œuvre première. Cette décision marque donc un premier repère vers un droit d'auteur davantage tolérant envers l'auteur d'œuvres composites.

600. **Une appréciation *in concreto* de l'échantillonnage ?** La solution rendue par la Cour constitutionnelle impose sans ambiguïté une approche *in concreto* du *sampling* auquel il est procédé. Le simple fait que l'œuvre concernée soit un phonogramme se trouve directement pris en compte. De manière encore plus fine, l'appartenance de l'œuvre première au genre du hip hop joue également en faveur du titulaire de l'œuvre composite, car le *sampling* est une pratique extrêmement fréquente pour ce genre musical, participant en partie à sa définition. Le recours à l'échantillonnage en matière de phonogramme verra ainsi sa légitimité étudiée au cours d'une appréciation *in concreto* à laquelle d'autres critères pourront s'ajouter⁵³. Bien entendu, l'importance de l'emprunt ne peut être éludée et exclut définitivement toute approche *in abstracto* de l'échantillonnage. L'œuvre composite identifiable ne saurait, par principe, encourir la contrefaçon, de même que toute œuvre composite ne saurait y échapper sans discussion. L'approche *in concreto* se poursuit par la prise en compte du préjudice que l'œuvre dérivée fait encourir à l'auteur de l'œuvre première. Dans l'arrêt *Kraftwerk*, la Cour relève à ce titre l'absence de « risque apparent de baisse des ventes pour les plaignants »⁵⁴ pour justifier sa décision. D'aucuns pourraient objecter qu'il existe nécessairement un préjudice, le producteur de l'œuvre première n'ayant pas perçu les revenus liés à l'octroi d'une licence. Les juges répondent toutefois immédiatement à cet argument qu'ils considèrent inopérant, car l'octroi d'une licence peut être arbitrairement refusé par le jeu du droit d'auteur, empêchant l'exercice des libertés artistiques de l'auteur de l'œuvre seconde⁵⁵. Cette décision, au-delà de son esprit, permet donc efficacement d'identifier plusieurs critères dont certains

⁵² *Ibidem*, n° 107.

⁵³ *Ibid.*, n° 99.

⁵⁴ *Ibid.*, n° 102.

⁵⁵ *Ibid.*, n° 98.

seront plus tard repris dans l'appréciation du droit d'échantillonnage de l'utilisateur ou dans l'étude du contrôle de proportionnalité.

601. **Une approche moins permissive du *sampling* par la CJUE.** À la suite de la décision *Kraftwerk*, la Cour fédérale allemande posa une série de six questions préjudicielles à la CJUE, toutes relatives à question du *sampling*. C'est par trois arrêts rendus en grande chambre le 29 juillet 2019⁵⁶, dont l'arrêt *Pelham*, que la juridiction européenne répondit en faisant montre de bien moins de souplesse que la Cour constitutionnelle. En effet, la CJUE s'en tient logiquement à réaffirmer l'état du droit positif, globalement hostile à la pratique du *sampling* identifiable. La seule marge d'appréciation accordée aux États concerne l'appréciation de l'identification de l'œuvre, ainsi que la question de savoir si l'extrait peut être couvert par l'exception de courte citation⁵⁷. Ce dernier point s'avère d'une importance capitale, puisque l'existence ou non d'une courte citation sera déterminante sur le sort réservé à l'œuvre composite.

602. **Rigidité du régime du *sampling* à l'aune des décisions de la CJUE.** L'analyse des arrêts du 29 juillet 2019 conduit à reconnaître trois cas de figure face au *sampling*, la Cour précisant expressément que le résultat auquel elle parvient résulte d'une mise en balance préalable des intérêts et droits fondamentaux en présence. D'abord, existe l'hypothèse déjà évoquée d'un extrait musical non identifiable. Ce cas ne présente aucune difficulté puisque, dans cette hypothèse, la contrefaçon ne sera jamais encourue par l'auteur de l'œuvre dérivée. Ensuite, deuxième cas de figure, l'œuvre première est reconnaissable, mais il existe un dialogue entre celle-ci et l'œuvre seconde. En réalité, il s'agit de la proposition dans laquelle l'œuvre seconde bénéficie de l'exception de courte citation. C'est effectivement le droit de l'Union européenne qui pose cette exigence de dialogue entre œuvre citante et œuvre citée au titre de cette exception⁵⁸. Ce critère, s'il est subjectif, n'en demeure pas moins intéressant et suppose

⁵⁶ CJUE, gr. ch., 29 juill. 2019, n° C-476/17, *Pelham c/ Hutter* et n° C-516/17, *Spiegel Online c/ Volker Beck*, (*Légipresse*, 2019, p. 451, obs. V. VARET ; *Légipresse*, 2020, p. 69, ét. C. ALLEAUME ; *RTD eur.*, 2019, p. 927, obs. E. TREPPOZ ; *Dalloz IP/IT*, 2020, p. 317, obs. A. LATIL ; *RTD com.*, 2020, p. 83, obs. F. POLLAUD-DULIAN) et n° C-469/17, *Funke Medien NRW GmbH c/ République fédérale d'Allemagne*, (*Dalloz IP/IT*, 2019, p. 464, obs. N. MAXIMIN ; *Légipresse*, 2019, p. 451, obs. V. VARET ; *Légipresse*, 2020, p. 69, ét. C. ALLEAUME ; *RTD eur.*, 2019, p. 927, obs. E. TREPPOZ ; *Dalloz IP/IT*, 2020, p. 317, obs. A. LATIL ; *RTD com.*, 2020, p. 53 et 83, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *Gaz. Pal.*, 2019, n° 36, p. 29, note P. PIOT ; *Propr. Intell.*, 2019, n° 73, p. 32, note J-M. BRUGUIÈRE).

⁵⁷ G. QUERZOLA, « Sampler n'est pas jouer », *D.*, 2019, p. 1742 : « il reviendra aux juridictions nationales de décider si les *samples* d'œuvres ouvertement reconnaissables [...] répondent à l'exigence d'identification et sont couverts par l'exception de citation ».

⁵⁸ CJUE, gr. ch., 29 juill. 2019, n° C-476/17, *Pelham c/ Hutter* : « lorsque le créateur d'une nouvelle œuvre musicale utilise un échantillon sonore prélevé sur un phonogramme et reconnaissable à l'écoute de cette nouvelle œuvre, l'utilisation de cet échantillon sonore peut, en fonction des circonstances de l'espèce, constituer une

que, pour qu'il soit légitime, l'emprunt doit trouver une justification. Néanmoins, l'idée d'un dialogue entre les œuvres, si elle semble intuitive en matière littéraire, s'avère bien plus nébuleuse dans d'autres domaines, notamment les œuvres plastiques ou encore audiovisuelles, ce qui peut conduire à restreindre excessivement l'application de l'exception. Enfin, existe l'hypothèse très commune dans laquelle l'œuvre première, identifiable, n'entre pas en dialogue avec l'œuvre première. En l'absence de courte citation, une sanction pénale accompagne théoriquement l'emprunt. Cependant, ce type de reprise est, sur Internet, celui qui se trouve le plus représenté, sans pour autant qu'on ne puisse affirmer qu'il soit constitutif d'un préjudice important pour l'auteur et les titulaires de droits voisins. Bien entendu, on ne saurait reprocher une telle solution à la Cour de justice, celle-ci ayant pour mission d'accompagner l'harmonisation des dispositifs juridiques des États membres. Il ne lui appartenait ainsi pas, par l'intermédiaire d'une réponse à une question préjudicielle, d'élargir le champ des exceptions au droit d'auteur⁵⁹. Encore une fois, nous constatons que la courte citation n'est pas un dispositif à même de permettre une libre expression, ne serait-ce qu'artistique, en matière d'œuvre composite. L'existence d'un dialogue entre œuvre citante et œuvre citée, si elle apparaît *a priori* séduisante, se révèle trop restrictive, ce critère se trouvant donc, pour la suite, écarté du régime du droit d'échantillonnage.

603. L'exception de contenu non commercial généré par l'utilisateur au Canada.

La législation canadienne se montre particulièrement favorable aux droits de l'utilisateur comme nous l'avions démontré lors de l'étude d'une décision de la Cour suprême du Canada de 2004⁶⁰. Si les juges d'outre-Atlantique tendent à placer droits de l'auteur et exceptions sur un pied d'égalité, le législateur canadien n'a pas tardé, lui non plus, à promouvoir l'intérêt des utilisateurs. C'est en effet au début des années 2010 que le Canada, notamment sous la pression du public, a consacré une exception de contenu non commercial généré par l'utilisateur. Aux termes de ce texte, l'on apprend que : « ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait, pour une personne physique, d'utiliser une œuvre ou tout autre objet du droit d'auteur ou une copie de ceux-ci – déjà publiés ou mis à la disposition du public – pour créer une autre œuvre ou un autre objet du droit d'auteur protégés et, pour cette personne de même que, si elle les y autorise, celles qui résident habituellement avec elle, d'utiliser la nouvelle œuvre ou le

“citation” [...] pour autant que ladite utilisation a pour objectif d'interagir avec l'œuvre sur laquelle l'échantillon a été prélevé ».

⁵⁹ G. QUERZOLA, « Sampler n'est pas jouer », *op. cit.*, p. 1742.

⁶⁰ Cour suprême du Canada, 4 mars 2004, *CCH Canadienne Ltée c/ Barreau du Haut-Canada*, n° 48.

nouvel objet ou d'autoriser un intermédiaire à le diffuser »⁶¹. Rappelons que, bien que l'appellation d'exception perdure ici, l'approche de la Cour suprême du Canada tend à rapprocher cette exception du statut d'un véritable droit. Cette prérogative se trouve toutefois conditionnée par une batterie de critères supplémentaires qu'il convient de préciser. Premier critère, et non le moindre, l'œuvre composite ne doit être utilisée qu'à des fins non commerciales. *Exit* donc toute reprise de l'œuvre première dans une optique lucrative. Deuxième critère, la source de l'œuvre, les noms des auteurs, des artistes-interprètes et la dénomination des producteurs et radiodiffuseurs doivent être mentionnés, lorsque leur identité peut être déterminée. En ce sens, ce critère recoupe certaines des exigences qu'implique l'exception de courte citation. Troisième critère, l'utilisateur doit raisonnablement croire que l'œuvre ou la copie ne sont pas contrefaites. L'utilisateur doit dès lors, comme en matière de copie privée, faire preuve d'une certaine bonne foi concernant la source depuis laquelle le contenu de l'œuvre a été puisé. Enfin, quatrième critère, l'œuvre composite ne doit avoir aucun effet négatif important pour le titulaire de l'œuvre première, que ce soit sur le plan patrimonial, en matière de notoriété ou de toute autre manière. Cette dernière condition n'est évidemment pas sans rappeler l'un des critères du *fair use* ainsi que l'ultime exigence portée par le triple test. En vigueur depuis près d'une décennie à présent, cette exception démontre que la reconnaissance de prérogatives fortes au profit du public n'a rien d'utopique en droit d'auteur⁶² et qu'elle ne conduit pas à la dévastation des intérêts du créateur.

604. **Analyse du dispositif canadien.** L'exception de contenu non commercial généré par l'utilisateur appelle de nombreuses remarques. Cette mesure est d'abord réservée aux seules personnes physiques, tandis qu'aucun usage commercial n'est englobé dans l'exercice de cette prérogative. Il existe dès lors une très grande proximité entre l'utilisateur canadien et l'utilisateur tel que nous l'envisageons au titre des droits littéraires et artistiques. Cela s'explique par la *ratio legis* de l'exception de contenu non commercial généré par l'utilisateur. Certes, celle-ci n'est absolument pas présentée au sein du texte, mais l'on peut aisément déduire des conditions posées par le texte l'objectif ici visé : l'exercice de la liberté de création. L'important est notamment que l'œuvre peut être librement créée et diffusée par son auteur ou les membres de sa famille qui y sont autorisés, ne cantonnant pas l'usage de l'œuvre dérivée au seul cadre privé. L'œuvre composite peut, au titre de cette exception,

⁶¹ Loi sur le droit d'auteur canadien, art. 29.21.

⁶² P-E. MOYSE, « Le droit des utilisateurs au Canada », *op. cit.*, p. 30 : « L'échantillonnage numérique, perçu il y a une vingtaine d'années comme un phénomène menaçant, n'a ni disparu ni provoqué les affres qu'on lui avait prêtées ».

faire l'objet d'une diffusion sans autorisation de l'auteur, tant que l'œuvre ne fait pas l'objet d'une exploitation. L'auteur de l'œuvre transformative est également efficacement protégé par la mention selon laquelle il n'est responsable que dans la mesure où il ne peut raisonnablement croire que l'œuvre et sa copie ne sont pas contrefaites. Ainsi, le créateur de l'œuvre composite ne sera pas condamné par principe dès lors que la source sera illicite. Face à des utilisateurs dont un certain nombre sont profanes et non avertis⁶³, cette interprétation *in favorem* pourrait, *a priori*, sembler opportune. Notons également que le texte tend à préserver au maximum les intérêts de l'auteur de l'œuvre première, non seulement par l'impossibilité d'exploitation commerciale de l'œuvre seconde, mais également par la sanction de tout effet négatif important de l'œuvre dérivée sur l'œuvre première. La prise en compte d'effets négatifs non patrimoniaux est ici cruciale pour assurer la pleine protection de l'auteur, à l'instar de la sanction accompagnant toute forme de trouble anormal dans l'utilisation de l'image d'un bien par un tiers.

605. Difficultés issues de la mise en œuvre de l'exception canadienne.

Si l'exception de contenu non commercial généré par l'utilisateur apparaît particulièrement souple, son régime peut cependant être perçu comme relativement complexe⁶⁴. Certes, la multiplication des conditions n'est pas de nature à rendre le texte particulièrement accessible. Toutefois, l'on objectera que les conditions de mise en œuvre des multiples exceptions de l'article L. 122-5 du CPI sont elles aussi relativement nombreuses. Néanmoins, il est au moins un point sur lequel les critiques de l'exception canadienne apparaissent parfaitement fondées : celui relatif à la frontière équivoque entre utilisation commerciale et non commerciale. En effet, si le critère d'utilisation non commerciale ne présente, *a priori*, aucune difficulté, la remise en contexte de cette exception laisse entrevoir un obstacle de taille : « cette exception, inspirée du *fair use* américain, présente l'inconvénient d'imposer la délimitation d'un secteur non marchand dans un monde où l'imbrication entre le gratuit et le commercial est ténue »⁶⁵. Effectivement, la distinction de la mise à disposition gratuite et de ce qui relève d'une exploitation de l'œuvre composite apparaît, sur les plateformes numériques, extrêmement difficile. Doit-on qualifier d'utilisation commerciale une œuvre « gratuitement »

⁶³ *Ibidem* : « cette croyance qui ne peut s'évaluer qu'à partir d'une appréciation subjective constitue un véritable sauf-conduit pour le copieur ».

⁶⁴ V. NABHAN, « L'exception de contenu non commercial généré par l'utilisateur en droit canadien », *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 156 : « à l'arrivée le législateur s'est fendu d'un texte d'une complication extrême pour peu que l'on tente d'en pénétrer les arcanes ».

⁶⁵ P. HENAFF, « Sécuriser l'œuvre transformative sans remettre en cause le monopole de l'auteur de l'œuvre préexistante ? », *CCE*, avr. 2016, n° 4, étude 8.

mise à disposition sur le site *Youtube*, dès lors que des revenus publicitaires, mêmes modiques, sont générés au profit de l'utilisateur ? Il semble que la réponse doit ici être positive. Peu importe le mode de rémunération de l'auteur et peu importe le montant des sommes perçues, une telle œuvre ne saurait bénéficier de l'exception de contenu non commercial généré par l'utilisateur. Notons que la directive du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché numérique a esquivé cette difficulté. En effet, dans l'hypothèse de l'obtention d'une autorisation d'un service de partage de contenus en ligne sur une œuvre, cette autorisation s'étend aux utilisateurs en l'absence d'utilisation commerciale ou « lorsque l'œuvre ne génère pas de revenus significatifs »⁶⁶. Cette souplesse, bienvenue en droit de l'Union, aurait très certainement été utile au sein du dispositif canadien.

606. **Revenus attribués aux intermédiaires de l'œuvre composite.** Une question bien plus épineuse peut cependant être amenée à se poser : l'exception peut-elle être retenue lorsque, en l'absence de rémunération versée au créateur de l'œuvre seconde, un intermédiaire profite de la diffusion de l'œuvre dérivée ? Pour reprendre notre exemple, imaginons que l'auteur de l'œuvre transformative ait choisi de ne pas bénéficier de revenus publicitaires auprès de la plateforme, mais que cette dernière profite elle-même de revenus publicitaires et d'une plus grande attractivité du fait de l'ajout d'une œuvre nouvelle. La réponse ne peut être tranchée qu'en déterminant ce qui peut être qualifié d'utilisation. Si l'interprétation des juges conduit à exclure toute idée « d'utilisation » de l'œuvre seconde par la plateforme, alors l'exception fonctionnera sans difficulté. Cette interprétation semble être la seule à même de prospérer, sauf à vider l'exception de sa substance, alors même qu'elle prévoit explicitement une autorisation de diffusion au profit des intermédiaires auxquels l'œuvre se voit confiée. Cette interprétation acte cependant un enrichissement infondé de l'intermédiaire, alors même que l'auteur de l'œuvre première et le créateur de l'œuvre seconde ne bénéficient d'aucun revenu sur leurs créations⁶⁷. Cette question s'avère fondamentale dans le cadre des droits littéraires et artistiques puisque les droits de l'utilisateur sont conditionnés à une utilisation non commerciale. Ce critère étant bien évidemment maintenu, nous présenterons une proposition pour pallier la difficulté induite par la porosité entre usages commerciaux et non commerciaux.

⁶⁶ Directive 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, art. 17.2.

⁶⁷ V. NABHAN, « L'exception de contenu non commercial généré par l'utilisateur en droit canadien », *op. cit.*, p. 156 : « il peut paraître inique que les auteurs dont les œuvres ont été utilisées ne puissent pas profiter des retombées économiques dont bénéficient les intermédiaires suite à la diffusion de leurs œuvres ».

Maintenant que ces différentes sources d'inspiration ont été présentées, nous pouvons envisager l'élaboration d'un droit d'échantillonnage ainsi que d'un droit de courte représentation.

B : Articulation inédite entre droits d'échantillonnage et de courte représentation

607. Exception pour œuvre transformative ou droit d'échantillonnage ? Avant de consacrer un droit d'échantillonnage, peut être posée la question de savoir si un équilibre satisfaisant ne pourrait pas être atteint par la mise en place d'une simple exception pour œuvre transformative. Bien que la courte citation apparaisse trop étreinte, il serait parfaitement envisageable d'ajouter une nouvelle exception à l'inventaire proposé par le CPI. La simple reconnaissance d'une exception pour œuvre composite aurait un impact significatif en droit de la propriété littéraire et artistique, à tel point qu'elle fait bien souvent l'objet de réserves⁶⁸. Cette prudence, se muant parfois en hostilité, n'exclue cependant pas certaines propositions de la part de membres de la doctrine, envisageant la combinaison de plusieurs exceptions⁶⁹. Néanmoins, la logique demeure ici celle de l'exception que l'œuvre composite ne semble jamais pouvoir dépasser sous les auspices du droit positif. Néanmoins, rappelons ici que le raisonnement n'est pas mené à partir d'un système propriétaire, et que, en présence de droits fondamentaux de l'auteur et de l'utilisateur, la reconnaissance de prérogatives directes au profit de l'utilisateur ne se voit pas péremptoirement opposer l'approche purement personnaliste du droit d'auteur. Dès lors, il est tout à fait légitime de raisonner en termes de droits et non d'exceptions, d'autant plus que les droits littéraires et artistiques sont mus par des intérêts culturels et artistiques qui trouvent notamment leur expression dans les droits de l'utilisateur.

608. Modalités essentielles du droit d'échantillonnage. Au regard du régime actuel de l'œuvre composite ainsi que des différentes affaires et modèles que nous avons étudiés, il est à présent possible de dresser un état des lieux des caractéristiques essentielles que présentera le droit d'échantillonnage. Il s'agit ici simplement de présenter les différents critères qui seront retenus, certaines analyses ayant déjà été effectuées et d'autres devant suivre. Tout d'abord,

⁶⁸ A. LUCAS, H-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 2017, 5^{ème} éd., p. 376.

⁶⁹ V. C. GEIGER, F. MACREZ, A. BOUVEL, S. CARRE, T. HASSLER et J. SCHMIDT, « Quelles limites au droit d'auteur dans la société de l'information ? Réponse au livre vert sur "le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance" », *Propriétés intellectuelles*, n° 32, juill. 2009, p. 243 : « Le titulaire de droits ne peut interdire les œuvres créées à partir d'une œuvre préexistante, dès lors que son auteur est décédé, sous la condition d'en respecter l'esprit, cela sans préjudice du droit à la caricature, à la parodie, au pastiche, à condition de recevoir une rémunération équitable ».

ce droit devra être accordé aux seules personnes physiques et dans un but non commercial, d'où le caractère adéquat de la notion « d'utilisateur » ici. Il sera également nécessaire que l'œuvre première concernée ait été divulguée, et que le fruit de l'emprunt soit une œuvre originale, en dehors de quoi le fondement des libertés artistiques et culturelles ne peut être invoqué. Élément incontournable, l'importance de la reprise devra également être prise en compte. L'échantillonnage, par définition, ne peut exister qu'en présence d'un emprunt dont la taille est limitée s'agissant d'œuvre dont il est possible de rendre compte partiellement. Bien entendu, nous le verrons, une telle appréciation sera laissée à la discrétion des tribunaux. Il est également important de noter que, pour que le droit d'échantillonnage ne soit pas vidé de sa substance, cette prérogative couvre tant l'acte de création de l'œuvre seconde que sa diffusion. Si ladite diffusion se trouvait conditionnée à l'autorisation de l'auteur de l'œuvre première, le régime ne ferait pas preuve d'une véritable souplesse et ne permettrait pas plus l'exercice des libertés artistiques et culturelles que le droit positif. Autre modalité centrale du droit d'échantillonnage, celui-ci ne doit pouvoir, en aucun cas, causer un trouble anormal au titulaire de l'œuvre première. En outre, l'exercice du droit d'échantillonnage ne peut être valable que si l'auteur de l'œuvre seconde utilise une source licite, ce qui ne posera que rarement difficulté comme nous le verrons. Enfin, l'auteur disposant déjà d'une rémunération lorsqu'il accède à l'œuvre, ne serait-ce que par l'exercice du droit d'accès, et l'œuvre seconde ne générant aucun revenu au profit de l'utilisateur, l'exercice de ce droit ne donnera pas lieu à contrepartie financière au profit du premier auteur.

609. Échantillonnage et droit moral de l'auteur. Tel que présenté, le droit d'échantillonnage peut induire une difficulté particulière dans son articulation avec le droit moral de l'auteur et, particulièrement, avec le droit au respect⁷⁰. Accorder un droit à l'œuvre composite, même conditionné, conduit à autoriser une segmentation de l'œuvre première qui semble incompatible avec les droits extrapatrimoniaux du créateur d'origine. Cette difficulté existe d'ores et déjà en droit positif, notamment au titre de la courte citation⁷¹. Ceci étant mis en évidence, il convient d'affirmer que le droit au respect ne peut conduire à interdire la division de l'œuvre en plusieurs échantillons, sans quoi la création de toute œuvre transformative

⁷⁰ CSPLA, *Rapport de mission sur les œuvres transformatives*, 2013, p. 5 : « le droit de paternité comme le droit au respect et à l'intégrité de l'œuvre, considérés comme inaliénables en droit français, semblent mal s'accommoder de la réappropriation, de la dérivation, caractéristiques des mash-ups et autres usages contemporains qui relèvent des pratiques transformatives ».

⁷¹ B. GLEIZE, *La protection de l'image des biens*, Thèse, Montpellier, dir. J-M. BRUGUIÈRE, Defrénois, 2008, p. 82 : « pourquoi une citation littéraire ne porterait-elle pas atteinte, elle aussi, au droit moral de l'auteur ? Quelle que soit la nature de l'œuvre, la citation conduit, par définition, à une "amputation" de la création et aucune raison ne justifie que seules les œuvres artistiques ne puissent supporter une telle amputation ».

deviendrait illusoire⁷². Il faut admettre que les droits de l'utilisateur, droits intellectuels de nature similaire aux droits moraux de l'auteur, ne peuvent voir leur effet neutralisé par l'effet des prérogatives extrapatrimoniales du créateur de l'œuvre première. Bien entendu, cela n'exclut absolument pas l'impératif de respect des droits moraux par l'utilisateur, mais tend simplement à poser les limites de ces derniers, de même que les droits de l'auteur constituent les limites aux droits de l'utilisateur. À ce titre, notons que le droit d'échantillonnage, au regard de sa nature, se trouve véritablement à mi-chemin entre droits de l'auteur et droits de l'utilisateur. Impliquant l'utilisation d'une œuvre préexistante tout en participant à la création d'une œuvre nouvelle, nous reconnaissons que le droit d'échantillonnage ne peut que faire l'objet d'une catégorisation imparfaite au sein des droits de l'utilisateur, sa simple désignation en tant que droit de l'auteur étant tout aussi inadéquate.

610. Distinction entre échantillonnage et courte représentation. La notion d'échantillonnage repose sur un point essentiel : le caractère limité de la reprise. Peu importe la situation, le droit d'échantillonnage, par sa nature, ne peut justifier une représentation totale de l'œuvre première à travers l'œuvre seconde. Un tel principe ne pose aucune difficulté pour les œuvres concrètement concernées par l'exception de courte citation. Toutefois, en dehors du domaine littéraire, il s'avère bien souvent difficile de rendre compte d'une œuvre partiellement au sens de la jurisprudence actuelle⁷³. Comme nous l'avons évoqué plus haut, les œuvres graphiques, plastiques ou encore audiovisuelles ne peuvent être échantillonnées au regard des critères posés. Il apparaît cependant tout à fait inopportun d'exclure, même sans l'avouer comme le fait le droit positif, ces œuvres du bénéfice d'une forme d'échantillonnage. Inopportun car la représentation de l'œuvre, nécessairement intégrale, ne causera bien souvent qu'un préjudice tout relatif à l'auteur. De plus, exclusion *de facto* certaines œuvres des droits de l'utilisateur au regard de leur seule nature semble injustifié, les droits et libertés artistiques et culturels ne discriminant pas selon le genre de l'œuvre. Il apparaît ainsi légitime d'accorder un droit aux utilisateurs leur permettant, dans le cadre de la création d'œuvres composites et dans des conditions strictement déterminées, de procéder à la représentation intégrale de certaines œuvres de l'esprit. Le terme « d'échantillonnage » ne peut, par définition, accueillir en son sein une telle prérogative, bien qu'elle y soit intimement liée. Dès lors, dans cette hypothèse précise,

⁷² B. GALOPIN, *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, Thèse, Paris XI, dir. P. SIRINELLI, IRPI, 2012, p. 267 : « Le rôle du droit moral serait totalement outrepassé si celui-ci devait permettre à l'auteur de reconquérir les interstices de liberté accordés par le législateur par le biais des exceptions aux droits patrimoniaux ».

⁷³ Cass. ass. plén., 5 nov. 1993, n° 92-10.673, *Fabris c/ Loudmer*, inédit, (RTD com., 1994, p. 50, note A. FRANÇON).

c'est à un droit de « courte représentation » qu'il faut recourir, celui-ci présentant un champ bien plus important que l'exception de courte citation. Cette dernière n'a toutefois pas vocation à être substituée par le droit de courte représentation, la courte citation présentant toujours un intérêt fondamental pour les usages des personnes morales et les utilisations commerciales des personnes physiques.

611. Justification du droit de courte représentation. Le droit de courte représentation se trouve justifié par plusieurs impératifs dont le premier vient d'être évoqué. Les droits culturels et artistiques ne sauraient s'arrêter là où commencent les œuvres dont ne peut rendre partiellement compte. Classiquement, l'impossibilité d'une représentation intégrale sans l'accord de l'auteur trouve son fondement dans le risque économique pesant sur le créateur. Permettre la représentation totale de l'œuvre impliquerait automatiquement un manque à gagner pour l'auteur de l'œuvre première en lien avec une forme de parasitisme. L'argument doit être entendu, mais il ne saurait évincer, par principe, toute représentation intégrale. Le droit de courte représentation étant accordé aux seules personnes physiques agissant dans un but non commercial, pour la création d'œuvres dérivées et la représentation devant impérativement être brève, il existe un équilibre entre le préjudice subi par l'auteur et l'exercice des droits et libertés artistiques et culturels des utilisateurs. De plus, l'impact de l'œuvre seconde sur l'œuvre première sera bien souvent limité, l'œuvre composite ne pouvant parfaitement se substituer à l'œuvre originelle. Au contraire, l'œuvre seconde peut même susciter un intérêt, jusqu'ici latent, au profit de l'œuvre première. Quoi qu'il en soit, il existe deux garanties au profit de l'auteur. D'une part, si la durée de la représentation est jugée excessive par le juge, une sanction pourra être appliquée, empêchant par exemple la représentation intégrale d'une œuvre audiovisuelle, ou la reprise de trop longs extraits de celle-ci. D'autre part, comme en matière d'échantillonnage, le droit accordé à l'utilisateur s'arrête là où le trouble anormal causé à l'auteur de l'œuvre première commence. Là encore, lorsque la forme de l'emprunt et les circonstances entourant la reprise causent à l'auteur un préjudice patrimonial ou extrapatrimonial déraisonnable, l'utilisateur ne se trouve plus en mesure d'invoquer ses droits intellectuels.

612. Rendre compte de l'œuvre sans l'œuvre. Il est cependant possible d'objecter, reprenant l'argumentation développée au cours de l'affaire Utrillo, qu'il demeure possible de rendre compte d'une œuvre sans procéder à une représentation directe de celle-ci. Effectivement, il est possible de se passer de toute image ou de tout son pour évoquer le contenu d'une œuvre. Néanmoins, un tel compte rendu sera nécessairement très imparfait car ne pouvant

effectuer une véritable mise en perspective avec l'œuvre première. Peut-on imaginer rendre compte d'une œuvre littéraire dans le plus parfait mutisme, en ne procédant que par figuration ? Pourquoi imposerait-on donc un compte rendu aveugle des créations visuelles ? Le compte rendu écrit ou verbal ne pouvant se substituer à la communication brève du contenu de l'œuvre, cette dernière doit souffrir d'un droit de courte représentation. Ainsi, cette prérogative, offrant plusieurs gages à l'auteur de l'œuvre originelle, permet l'émergence de créations dérivées nouvelles. En outre, l'existence d'un débat et d'une critique illustrée de l'œuvre rend bien plus dynamiques et féconds les échanges entourant l'œuvre.

613. Visage des droits d'échantillonnage et de courte représentation.

Ces éléments ayant été abordés en détail, il est maintenant envisageable de fournir une proposition de texte relative aux droits d'échantillonnage et de courte représentation. Voici donc le visage que pourraient présenter ces droits :

« Dès qu'une œuvre de l'esprit a été divulguée en France, l'utilisation d'échantillons de celle-ci en vue de l'élaboration et de la diffusion d'œuvres composites est autorisée aux personnes physiques agissant en dehors de tout but commercial, sous réserve que soient indiqués le nom de l'auteur ainsi que la source. Les échantillons ne doivent porter que sur une portion réduite de l'œuvre première et constituer une part limitée de l'œuvre seconde. L'auteur de l'œuvre seconde doit recourir à une source licite pour accéder à l'œuvre.

Un droit de courte représentation s'exerce, dans les mêmes conditions, sur les œuvres plastiques, picturales et sur toute œuvre dont il est impossible de faire état en procédant à une représentation partielle. La représentation de l'œuvre peut alors être intégrale, sous réserve de constituer une part limitée de l'œuvre seconde.

Les droits d'échantillonnage et de courte représentation ne donnent lieu à aucune contrepartie financière au bénéfice de l'auteur et des titulaires de droits voisins. L'exercice de ces droits est libre, sauf le trouble anormal causé aux ayants droit de l'œuvre première ».

614. Analyse du droit d'échantillonnage et de courte représentation.

Cette proposition appelle, au-delà des éléments déjà analysés, plusieurs remarques. Tout d'abord, l'on relève ici que ces droits d'échantillonnage et de courte représentation ne s'appliquent qu'aux œuvres de l'esprit. Partant, tout message privé, tout commentaire public ou autre forme d'expression non littéraire ou artistique ne bénéficiera pas des avantages liés aux droits intellectuels. Pour autant, l'utilisation d'échantillons d'œuvres au sein de messages et

contenus ne faisant l'objet d'aucun droit intellectuel est une pratique plus que commune aujourd'hui. Si les droits de l'utilisateur n'ont pas vocation à assouplir le régime entourant ce type de pratique, une exception aux droits de l'auteur pourrait ici être envisagée. Autre élément, n'est pas ici reprise du droit canadien la précision selon laquelle l'utilisateur doit pouvoir légitimement croire en la licéité de la source utilisée en vue d'élaborer l'œuvre composite. L'absence de reprise de cette mention particulière ne présentera ici que peu de difficultés, puisque le droit d'accès octroie un accès licite à l'œuvre. Dès lors, l'illicéité de la source sera bien souvent démontrée par l'absence d'acquiescement d'une juste rémunération auprès de l'auteur et des ayants droit en vue d'accéder à l'œuvre.

615. Indépendance de l'auteur de l'œuvre seconde vis-à-vis de l'auteur de l'œuvre première. Les droits d'échantillonnage et de courte représentation impliquent également que l'auteur de l'œuvre seconde ne verra plus l'exercice de ses droits subordonné à la volonté de l'auteur de l'œuvre première, tant qu'il respecte l'ensemble des critères prescrits par cette proposition. N'existe-t-il alors pas une incompatibilité entre ce texte et l'article L. 113-4 du CPI, selon lequel : « l'œuvre composite est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante »⁷⁴ ? De fait, les droits d'échantillonnage et de courte représentation induisent une entorse à cette règle générale. Néanmoins, les deux textes peuvent parfaitement cohabiter dans la mesure où les droits de l'utilisateur demeurent cantonnés à certains usages spécifiques, la règle posée par l'article L. 113-4 du CPI demeurant parfaitement valide en dehors du champ d'application de ces droits nouveaux.

616. Consubstantialité entre droit d'accès et droits d'échantillonnage et de courte représentation. Un autre point peut également être avancé concernant l'articulation entre droit d'échantillonnage, droit de courte représentation et droit d'accès. Rappelons que le droit d'accès, tel que nous le concevons ici, peut s'exercer pour un usage personnel ou dans le cercle de famille, mais également spécifiquement dans le cadre de l'exercice des droits d'échantillonnage et de courte représentation. Une telle précision s'impose en vue de garantir le libre exercice du droit à l'œuvre composite. En effet, un droit d'accès strictement cantonné à un usage personnel ou dans le cercle familial ne justifierait pas la diffusion d'échantillons de l'œuvre au sein d'une œuvre composite. Dès lors, l'œuvre divulguée mais diffusée uniquement dans le cadre du droit d'accès échapperait, de fait, à l'échantillonnage et à la courte citation.

⁷⁴ CPI, art. L. 113-4.

Ainsi, dans cette hypothèse, l'utilisateur créant une œuvre composite serait nécessairement contrefacteur lorsque l'œuvre a été consultée dans le cadre de son droit d'accès. C'est pour cette raison que l'échantillonnage s'impose comme critère supplémentaire d'exercice du droit d'accès.

617. **Divergences entre droit d'échantillonnage et droit d'accès à l'œuvre.**

Bien que droit d'échantillonnage et droit d'accès soient consubstantiels, il est essentiel de mettre en évidence leur dissemblance. La proposition ici formulée se distingue effectivement du droit d'accès à l'œuvre par de multiples biais. D'une part, aucune rémunération n'est ici due au créateur de l'œuvre première pour des raisons déjà abordées auparavant. D'autre part, l'auteur de l'œuvre première ne doit pas garantir l'échantillonnage : c'est l'utilisateur qui est simplement autorisé à y procéder. Imposer une contrainte supplémentaire au créateur n'apparaît ici pas opportun car l'exercice du droit d'échantillonnage ne peut, par principe, être empêché par l'auteur. Par le jeu du droit d'accès, l'utilisateur dispose en réalité déjà des moyens nécessaires pour effectuer les emprunts souhaités sur l'œuvre première. C'est en ce sens que le droit d'échantillonnage découle, en grande partie, du droit d'accès. Dès lors, il est tout à fait superflu d'ajouter une obligation à la charge de l'auteur au titre de l'échantillonnage, une telle disposition ne pouvant qu'être surabondante. Une autre raison justifiant l'absence d'obligation mise à la charge de l'auteur est ici l'absence de restriction de la disposition au seul champ numérique. La création d'œuvres dérivées dans un but non commercial ne causera pas par principe un plus grand trouble à l'auteur lorsque l'œuvre seconde est une création matérielle. Or, si une obligation était ici mise à la charge de l'auteur, celui-ci serait alors, dans une certaine mesure, tenu de garantir la création d'œuvres composites, qu'elles soient digitales ou matérielles. Une telle situation romprait irrémédiablement l'équilibre devant présider l'élaboration du droit de la création immatérielle.

618. **Office du juge dans l'appréciation de l'échantillonnage et de la courte représentation.** Les droits d'échantillonnage et de courte représentation accordent une importance non négligeable aux juges du fond. En effet, les notions de « portion réduite » de l'œuvre première et de « part limitée » de l'œuvre seconde ne sauraient faire l'objet d'une définition exhaustive. Doit ici s'opérer une nécessaire appréciation *in concreto* de l'ampleur de l'emprunt et de la place qu'il occupe au sein de l'œuvre seconde. Il en résulte que l'appréciation des magistrats portera sur deux éléments fondamentaux. D'une part, si l'œuvre peut faire l'objet d'une communication partielle, il reviendra aux juges d'évaluer l'importance de l'emprunt par rapport à la totalité de l'œuvre originelle, à l'image du contrôle déjà opéré en matière de courte

citation. Toutefois, si l'œuvre ne peut faire l'objet d'une communication partielle du fait de sa nature (peinture, sculpture photographie...), la courte représentation s'appliquant en lieu et place de l'échantillonnage, le contrôle du juge est ici absent, la représentation pouvant être intégrale. D'autre part, et quelle que soit l'hypothèse cette fois, les magistrats devront toujours s'assurer que l'échantillon ou la représentation concernent une part limitée de l'œuvre composite⁷⁵. La précision selon laquelle l'appréciation s'effectue tant au regard de l'œuvre échantillonnée que de l'œuvre composite est importante, notamment concernant le droit à courte représentation. Il serait effectivement regrettable que cette prérogative puisse être invoquée pour justifier une simple représentation de l'œuvre première, avec un apport dérisoire ou très modeste de l'auteur de l'œuvre seconde.

619. Une protection satisfaisante de l'auteur par les droits d'échantillonnage et de courte représentation. Tel que défini, le droit de courte représentation ne constituerait jamais un blanc-seing pour tout créateur se réclamant du courant appropriationniste. De même, sous ce régime, impossible de placer une toile protégée en arrière-plan d'une vidéo de critique pittoresque durant la majeure partie de celle-ci. Nous pouvons également prendre l'exemple évocateur que constitue la chanson *Rockcollection* de Laurent Voulzy, reprenant de nombreux titres des années soixante au sein d'une même œuvre. Rappelons que l'œuvre n'ayant initialement pas fait l'objet des licences nécessaires à son exploitation, les rémunérations perçues avaient été immobilisées durant plusieurs années à la demande des ayants droit. Sous l'égide de droits littéraires et artistiques, la solution demeurerait semblable à celle du droit positif : l'œuvre étant exploitée commercialement, elle ne peut se priver de l'autorisation des ayants droit. Néanmoins, en présence d'un droit d'échantillonnage, si une telle œuvre phonographique ne fait l'objet que d'une diffusion gracieuse, le juge ne peut alors faire l'économie d'une appréciation *in concreto* afin de déterminer l'importance des emprunts ainsi que la place qu'ils occupent au sein de l'œuvre composite. En définitive, cette double appréciation effectuée par le juge ne doit pas susciter de réticences, dans la mesure où rien ne lui est ici demandé qu'il n'évalue déjà au titre de l'exception de courte citation.

⁷⁵ A noter que la simple compilation d'extraits ou représentations d'œuvres premières, à la différence de l'anthologie opérant une sélection discriminante, ne constitue pas une œuvre de l'esprit, et ne saurait donc bénéficier des droits d'échantillonnage et de courte représentation, V. B. EDELMAN, « Chronique de la propriété littéraire et artistique », *JCP G*, n° 9, 28 févr. 1990, doct. 3433 : « Le compilateur peut tout dire, sans faire œuvre créatrice » ; V. ég. M. VIVANT, *Recueils, bases, banques de données, compilations, collections... : l'introuvable notion ?*, D., 1995, p. 197 : « le mot "compilation" a plutôt une connotation négative de non-protection dans un système de droit d'auteur ».

620. Mise en application du droit d'échantillonnage. Afin de parfaitement convaincre de l'opportunité d'un droit d'échantillonnage, il est à présent nécessaire d'illustrer sa mise en application à travers des exemples concrets. Première hypothèse, celle d'une œuvre musicale seconde reprenant deux extraits musicaux de cinq secondes chacun auprès de deux œuvres premières. Dans ce cas, tant que la source est licite, que les œuvres premières sont sourcées et qu'aucun revenu n'est tiré de l'œuvre seconde, la création et la diffusion de cette dernière demeure parfaitement licite. Un tel fait serait nécessairement sanctionné en droit positif alors même qu'il ne porte aucune atteinte véritable aux droits de l'auteur. Seconde hypothèse, celle d'un ballet, œuvre première, dont un unique extrait de six minutes aurait été incorporé au sein d'une œuvre seconde. Dans cette situation, quand bien même la diffusion serait non commerciale, il est fort probable que le juge considérera que l'utilisation ne relève pas du droit d'échantillonnage. En effet, l'extrait ne porte pas véritablement sur une portion réduite de l'œuvre de sorte qu'il est difficile de le qualifier d'échantillon. Pour que l'échantillonnage soit licite, il aurait été nécessaire de réduire la durée de cet extrait, voire d'utiliser plusieurs échantillons au sein de l'œuvre seconde. Ainsi, le droit d'échantillonnage, tel qu'il résulte des droits littéraires et artistiques, ne permet pas toute forme de reprise et permet une préservation satisfaisante des intérêts de l'auteur.

621. Mise en application du droit de courte représentation. Un exercice similaire peut être entrepris concernant le droit de courte représentation, dont l'intérêt est au moins aussi important. Prenons l'exemple d'une vidéo à but éducatif présente sur les réseaux sociaux et retraçant l'évolution des courants artistiques en matière de gravure. Cette vidéo hypothétique, de quarante minutes, se contenterait, pour l'essentiel de sa durée, de représenter des œuvres dans le domaine public. Toutefois, imaginons que deux gravures encore soumises au monopole d'exploitation soient représentées chacune pour une durée de vingt secondes. Ici, le droit positif ne pourrait qu'appliquer sa logique implacable en prohibant et sanctionnant une telle utilisation. Toutefois, un droit de courte représentation rendrait un tel emprunt parfaitement licite malgré la représentation intégrale des œuvres premières. Autre illustration, celle d'une vidéo de critique cinématographique, d'une durée d'une heure, publiée sur la plateforme *Youtube*. La vidéo pourrait ici effectuer une critique d'une œuvre cinématographique encore présente dans les salles obscures en analysant de nombreux éléments de scénario, de photographie et de mise en scène. Si ladite vidéo représente, à titre illustratif, quinze extraits du film d'une durée de trente secondes chacun, pour un total de cinq minutes, le droit de courte représentation sera pleinement invocable. Difficile de qualifier une telle critique de contrefaçon alors même qu'elle ne fait

qu'emprunter de brefs extraits visuels et sonores de l'œuvre première pour en fournir une analyse. Or, le droit positif fait encourir à ce même vidéaste une peine de prison de trois ans de prison et de trois cent mille euros d'amende pour avoir utilisé ces quelques échantillons d'image. Le droit de la propriété littéraire et artistique se révèle d'autant plus inadapté que, dans cette hypothèse, le studio de production pourra procéder à la censure des critiques négatives, ne laissant sur la plateforme que les avis les plus dithyrambiques. L'intérêt d'un mécanisme apparenté au droit de courte citation apparaît donc, plus que jamais, criant.

622. Intérêt des droits d'échantillonnage et de courte représentation. Au-delà de ces différents exemples, les droits d'échantillonnage et de courte représentation recèlent un intérêt majeur. D'une part, ils permettent une meilleure expression de la liberté artistique de tout auteur. En effet, tout ce que le droit d'auteur reconnaît à un seul individu par le biais du droit exclusif, il le retire par principe à l'ensemble de la communauté. La propriété littéraire et artistique étant particulièrement étendue, les utilités bénéficiant aux utilisateurs sont, dès lors, peu nombreuses. En permettant l'utilisation d'échantillons et de courts extraits, les droits de l'utilisateur participent à un rééquilibrage entre les différents intérêts en présence, sans que l'auteur ne subisse une atteinte hors de proportion. D'autre part, les droits d'échantillonnage et de courte citation participent à la réalisation de la finalité du droit de la création immatérielle. Notamment, ces prérogatives permettent une meilleure incitation à la création pour l'auteur. Certes, l'incitation à la création de l'œuvre est presque systématiquement envisagée sous un angle purement économique. Toutefois, lorsque l'auteur dispose du droit de reprendre des extraits des œuvres dont il s'inspire, il ne se trouve plus bridé dans sa démarche créative et procède volontiers à la réalisation d'œuvres transformatives sans besoin d'engager de lourdes démarches dans le but d'obtenir une autorisation de l'auteur. Ainsi, pour l'ensemble de ces raisons, les droits d'échantillonnage et de courte représentation présentent un intérêt majeur pour l'équilibre même des droits littéraires et artistiques.

623. Opportunité d'une contribution spéciale des intermédiaires techniques de diffusion. Si les droits d'échantillonnage et de courte citation permettent l'emprunt encadré de portions d'œuvres, la mise à disposition de l'œuvre composite à titre gratuit n'exclut pas qu'elle soit source de richesses. Les observateurs critiques de l'exception relative au contenu non commercial généré par l'utilisateur ne s'y sont pas trompés : l'octroi d'un droit s'accompagne ici d'un gain au profit des plateformes d'hébergement desdits contenus. L'augmentation de l'affluence sur le site en question ainsi que l'existence de revenus publicitaires impliquent, une fois la totalité des œuvres transformatives prises en compte, l'existence d'une rémunération

au profit de l'hébergeur, alors même que les auteurs et ayants droit se trouvent ici privés de revenus. Nous l'avons déjà indiqué, le caractère non commercial de la diffusion ne s'apprécie qu'au regard de la personne de l'auteur de l'œuvre dérivée, ce qui évite une neutralisation quasi systématique de celle-ci en présence d'un intermédiaire hébergeur. Il serait toutefois inéquitable de laisser prospérer une telle situation, déraisonnablement favorable aux plateformes. Une solution envisageable serait dans cette hypothèse, s'inspirant des régimes existants en matière de droit de l'audiovisuel, qu'une faible part du chiffre d'affaires des hébergeurs concernés soit directement reversée à certaines institutions publiques. Mieux dotés, des établissements comme le Conseil supérieur de l'audiovisuel ou le Centre national du cinéma et de l'image animée pourraient ainsi, dans le cadre de leurs fonctions et de fonds préexistants, offrir un soutien accru à la création. Le montant indexé sur le chiffre d'affaires des sociétés d'hébergement serait alors déterminé par estimation globale des sommes surabondamment perçues par les plateformes, avec un chiffre d'affaires seuil favorable aux structures les plus modestes.

624. **Une désubstantialisation des droits de l'auteur ?** Droits d'accès, d'échantillonnage et de courte représentation permettent, en une poignée de dispositions, d'apporter aux droits littéraires et artistiques une souplesse bien plus grande que ce que permet actuellement le droit de la propriété littéraire et artistique. Assurant une meilleure articulation des droits, dans une recherche permanente d'équilibre, ils offrent une plus grande place à l'utilisateur. Néanmoins, les droits littéraires et artistiques ne sauraient se limiter aux seules prérogatives de l'utilisateur. Ces derniers bornant en partie les frontières des droits de l'auteur, il demeure nécessaire d'étudier le champ des utilités destinées au créateur.

Section II : Pérennisation de droits sur l'œuvre en faveur de l'auteur

625. **L'auteur, titulaire de droits moraux et d'un monopole d'exploitation sur l'œuvre.** Si l'utilisateur se voit accorder un ensemble de droits de nature extrapatrimoniale, l'auteur demeure le titulaire principal des prérogatives portant sur sa création. Bénéficiaire d'un *full right*, ses droits n'ont, en théorie, pas besoin d'être définis, si ce n'est à travers leurs limites. Toutefois, nommer les droits de l'utilisateur ne suffit pas à pleinement saisir l'étendue des droits de l'auteur sous un régime de droits littéraires et artistiques. Notons, avant d'entrer dans les détails, que l'auteur, n'étant plus titulaire d'un droit de propriété, disposera de deux ensembles

distincts de droits. D'une part, il bénéficiera d'un monopole d'exploitation⁷⁶, et, d'autre part, de droits moraux à l'image de ceux qui intègrent aujourd'hui le droit de propriété de l'auteur. Prerogatives patrimoniales et extrapatrimoniales, si elles naissent du même acte créatif, ne se trouvent donc plus conceptuellement aussi liées que dans le modèle actuel. Toujours dans une approche recourant à la théorie du faisceau de droits, nous procéderons ici à l'analyse des utilités et droits subjectifs reconnus à l'auteur. Cette étude aura lieu suivant les catégories d'utilités dégagées par Mesdames les Professeurs Elinor Ostrom et Edella Schlager. Si l'utilisateur ne se trouve, certes, pas titulaire de la totalité des utilités d'accès et de prélèvement en vertu des droits qui lui ont été reconnus, nous nous concentrerons ici sur les prerogatives liées à la gestion, l'exclusion et la disposition qui sont les éléments-clés de la maîtrise de l'auteur sur son œuvre. Bien entendu, certains droits pouvant recouper plusieurs utilités, des choix seront opérés dans la classification des prerogatives traitées. Si les droits moraux peuvent être analysés sous l'angle des catégories d'utilités ainsi présentées, nous faisons ici le choix de les traiter ensemble dans un souci de clarté. Indiquons également que, s'il sera ici question de droits de gestion, d'aliénation ou d'exclusion, il ne s'agit pas de prerogatives consacrées au sein des droits littéraires et artistiques, mais simplement d'outils utilisés en vue de faciliter l'étude de la répartition des utilités entre auteur et utilisateur. Au fond, sur le plan patrimonial, le seul droit nommé au profit de l'auteur est le monopole d'exploitation, englobant l'ensemble des éléments dont nous allons traiter à présent. Partant, nous étudierons l'encadrement strict des pouvoirs de gestion du créateur (§1), avant d'évoquer le sort des droits d'exclusion, de disposition et des droits moraux du créateur (§2).

§1 : Encadrement strict des pouvoirs de gestion du créateur

626. Maîtrise de l'auteur sur les conditions d'exploitation de l'œuvre. La question du droit de gestion, en l'absence de propriété de l'auteur, va ici s'avérer particulièrement intéressante car suscitant de nombreuses réflexions. C'est notamment la nature du monopole d'exploitation de l'auteur, son régime et ses conséquences qui vont être questionnés. Quelle marge de manœuvre de l'auteur dans la fixation du prix de vente de l'œuvre face aux droits de l'utilisateur ? Quelles facultés laissées au créateur dans la détermination des conditions

⁷⁶ Rappelons à ce titre la proposition qui avait été auparavant formulée concernant la forme nouvelle de l'article L. 111-1 du CPI : « L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un monopole d'exploitation opposable à tous ».

d'exploitation de l'œuvre ? Ce sont notamment à ces questions que nous tâcherons ici d'apporter une réponse. Dans ce but, sera dans premier temps constatée la préservation essentielle du droit de gestion de l'auteur (I), avant que ne soit, dans un second temps, mise en évidence la préservation primordiale du droit à rémunération de l'auteur (II).

I : Préservation essentielle du droit de gestion de l'auteur

627. Les limitations au droit de gestion de l'auteur, pendants des droits de l'utilisateur. La reconnaissance de droits au bénéfice de l'utilisateur impose des limites évidentes au droit de gestion de l'auteur. Ces limites n'ont toutefois pas pour effet de vider le droit de gestion de l'auteur de sa substance, loin de là ! En effet, sous un régime de droits littéraires et artistiques, l'auteur dispose encore de bon nombre d'utilités relatives aux modalités de gestion de sa création⁷⁷. Sera alors analysée l'opportunité d'une limitation du droit de gestion de l'auteur (A), pour ensuite évaluer l'opportunité de licences non volontaires cantonnées aux usages de l'utilisateur (B).

A : Opportunité d'une limitation du droit de gestion de l'auteur

628. Un droit de gestion intact hors des droits de l'utilisateur. Rappelons que les utilités liées à la gestion de l'œuvre sont celles permettant de réglementer les usages de l'œuvre, de fixer les conditions d'exploitation ou de mise à disposition de celle-ci et d'y apporter des modifications. Le droit de gestion regroupe ainsi plus que le droit de destination, le droit à rémunération ou certaines utilités morales liées à l'œuvre. En réalité, l'élément central en matière de gestion demeure la fixation des conditions d'exploitation de l'œuvre car c'est sans doute elle qui présente le plus d'enjeux. Or, l'on peut déjà dresser un premier constat, ce droit de gestion ne se voit véritablement amputer que lorsque les droits de l'utilisateur trouvent application. Dès lors que l'œuvre est utilisée par une personne morale ou une personne physique agissant dans un but commercial, les droits de l'auteur en matière de gestion de son œuvre demeurent inaltérés. Seule une modification de certaines exceptions au droit d'auteur, qui aura

⁷⁷ M. OUTTERS BALIGAND, *Les propriétés intellectuelles à l'aune du triptyque*, Thèse, Paris I, dir. G. LOISEAU, 2015, p. 270 : « si l'auteur choisit l'exploitation, il est également libre de déterminer souverainement les formes que celle-ci va prendre ».

lieu par la suite⁷⁸, provoquera de légères modifications dans cette hypothèse. Il n'en demeure pas moins que la plupart des utilités de gestion de l'œuvre reconnues à l'auteur par le droit positif lui demeureront acquises dans un système de droits littéraires et artistiques. Des compromis seront en réalité essentiellement demandés à l'auteur dans ses rapports avec les personnes physiques agissant dans un but non commercial.

629. Droit de gestion et utilisation par une personne physique dans un but non commercial. L'impact des droits de l'utilisateur sur les utilités de gestion de l'auteur ne sera cependant pas négligeable. En vertu du droit d'accès, le créateur ne sera pas en mesure de s'opposer à la communication de l'œuvre à une partie du public après sa divulgation et sa fixation, cet élément relevant également du droit d'exclusion. Il ne pourra pas non plus s'opposer à la reproduction de l'œuvre sur un support dématérialisé. Toutefois, l'absence de maîtrise sur la totalité des utilités d'exclusion n'implique pas une disparition totale des pouvoirs de gestion de l'auteur sur son œuvre. Le créateur demeure effectivement libre d'exploiter l'œuvre seul ou de choisir son cocontractant, dans le cadre d'une gestion collective ou non, quelle que soit l'hypothèse. La mise à disposition à titre gratuit de l'œuvre ne se trouve pas non plus imposée, le créateur demeurant libre de tirer un revenu de son activité créatrice. Également, lorsque l'auteur reste propriétaire du support physique, celui-ci demeure libre d'en assurer la gestion comme il l'entend. S'agissant des droits d'échantillonnage et de courte représentation, ceux-ci viennent également restreindre les utilités de gestion confiées à l'auteur sur sa création. L'impossibilité de s'opposer à la diffusion d'une œuvre dérivée représente une limite importante, mais proportionnée, aux prérogatives de l'auteur. L'absence de toute rémunération au profit de l'auteur au titre des droits d'échantillonnage et de courte représentation, sauf à prendre en compte l'accès initial, représente encore une amputation des utilités de gestion de l'auteur.

630. Manifestation des limites au droit de gestion de l'auteur. Afin que soient mieux marquées les limites aux droits de l'auteur, peut être envisagé un texte prévoyant spécifiquement les limites au droit de gestion de l'auteur ainsi qu'à d'autres prérogatives. Une telle disposition pourrait alors simplement représenter une approche négative du droit d'accès de l'utilisateur, le présentant comme une neutralisation des droits de l'auteur. Le texte pourrait prendre l'apparence suivante : « *Dès qu'une œuvre de l'esprit a été divulguée et reproduite en France, l'auteur et ses ayants droit ne peuvent s'opposer à l'accès au contenu de*

⁷⁸ V. *infra* n° 787 et s.

cette œuvre par voie dématérialisée aux personnes physiques agissant en dehors de tout but commercial et pour une utilisation personnelle ou dans un cercle de famille, ou dans l'exercice de leurs droits d'échantillonnage et de courte représentation ». Introduire une telle disposition au sein du CPI s'avère cependant non souhaitable. Il n'apparaît effectivement pas nécessaire de présenter le droit d'accès à la fois positivement et négativement. La présence de deux textes impliquerait une redondance qui doit à tout prix être évitée. Les textes ne peuvent donc utilement se cumuler au sein du Code, mais, si un choix devait être opéré, quel texte serait le plus pertinent ? À n'en pas douter, c'est l'approche positive du droit d'accès qui doit ici l'emporter. En effet, présenter l'accès comme un usage auquel l'auteur ne peut s'opposer tend à rapprocher cette prérogative d'une simple exception, statut n'étant pas à la hauteur des droits et libertés reconnus à l'utilisateur.

631. Droit de destination de l'auteur et droits de l'utilisateur. Le droit de destination, attaché au droit de reproduction, présente plusieurs utilités majeures en lien avec la gestion de l'œuvre. La question peut se poser de savoir si cette théorie, prospérant essentiellement en France et en Belgique, est conciliable avec les droits de l'utilisateur. En droit positif, le droit de destination, dont les effets sont pleinement opposables aux utilisateurs⁷⁹, limite effectivement les usages relatifs à l'œuvre une fois celle-ci mise en circulation. Notamment, les droits de courte représentation et d'échantillonnage, permettant à la fois une transformation de l'œuvre et une diffusion au moins partielle de celle-ci, pourraient malmener le droit de destination. Il est alors nécessaire de se reporter à la définition du droit de destination, selon laquelle il consiste en un « droit d'interdire les usages qui représentent une utilisation des exemplaires à titre lucratif ou professionnel, et ceux qui réalisent une concurrence dommageable à l'exploitation normale de l'œuvre »⁸⁰. Ainsi, plusieurs éléments empêchent la neutralisation du droit de destination par les droits d'échantillonnage et de courte représentation. D'abord, le droit de destination n'a pas vocation à accorder à l'auteur une emprise sur l'exemplaire d'une œuvre utilisée à titre personnel⁸¹. Ensuite, quand bien même l'œuvre ferait l'objet d'une diffusion publique, les droits d'échantillonnage et de courte représentation s'exerçant nécessairement dans un but non commercial, il n'y aurait aucune interférence majeure entre ces prérogatives et le droit de destination. Enfin, le droit à l'œuvre

⁷⁹ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination : le sort des exemplaires en droit d'auteur*, Thèse, Paris II, dir. A. FRANÇON, LGDJ, 1989, p. 186 : « Le droit de destination ne se réduit donc pas à l'effet d'une stipulation contractuelle. Participant du droit de reproduction, il rend opposables à tous, les clauses concernant l'utilisation des supports de l'œuvre ».

⁸⁰ *Ibidem*, p. 261.

⁸¹ *Ibid.*, p. 256 : « La destination ne touche pas à l'usage purement privé des exemplaires ».

composite ne peut s'exercer qu'autant qu'il ne cause aucun trouble anormal à l'auteur de l'œuvre première, notion englobant immanquablement la concurrence dommageable à l'exploitation normale de l'œuvre. Ces différents éléments mettent donc en évidence l'absence de bouleversement du droit de destination par les droits de l'utilisateur, ceux-ci ne présentant pas la même assiette. Dans la perspective de droits littéraires et artistiques, la théorie du droit de destination, regroupant une partie des utilités de gestion attachées à l'œuvre, ne nécessite en définitive pas de réels ajustements.

B : Opportunité de licences non volontaires cantonnées aux usages de l'utilisateur

632. Articulation entre licence légale et licence obligatoire sur l'œuvre de l'esprit.

Dans la perspective d'un droit d'accès à l'œuvre engageant la personne de l'auteur ainsi que ses ayants droit, se pose la question du régime appliqué à l'œuvre. Également, en cas de refus de l'auteur de mettre à disposition une œuvre divulguée au profit de l'utilisateur, il convient de déterminer les moyens permettant d'assurer le respect des droits intellectuels, sans pour autant nuire aux intérêts du créateur. C'est dans ce contexte que s'impose le recours aux licences non volontaires, outils à même d'assurer la mise en œuvre et le respect des droits de l'utilisateur. La question des licences non volontaires peut être selon nous traitée tant au titre du droit de gestion que du droit d'exclusion. Nous faisons ici le choix de la traiter en lien avec le droit de gestion afin que cette question essentielle apparaisse le plus tôt possible au sein de la démonstration. Nous examinerons donc en quoi le droit d'accès à l'œuvre est source d'une licence légale (1), pour évoquer consécutivement dans quelle mesure la carence d'exploitation de l'auteur peut être à l'origine d'une licence obligatoire (2).

1 : Le droit d'accès à l'œuvre, source d'une licence légale

633. Notion de licence non volontaire. Avant toute chose, il est ici nécessaire d'offrir une distinction précise des notions de licence non volontaire, licence légale et licence obligatoire. La licence non volontaire constitue un ensemble se caractérisant par l'existence, indépendamment de la volonté du titulaire de droits, d'une autorisation au profit de tiers, portant sur l'exploitation ou l'usage d'un objet de propriété intellectuelle. Celle-ci pose donc une entorse au contrôle du titulaire sur son bien intellectuel. La licence non volontaire est un

genre dont la licence légale et la licence obligatoire sont les espèces. D'un côté, la licence légale consiste en une autorisation accordée de façon générale du fait de la loi. En matière de droit d'auteur, les dispositions de l'article L. 214-1 du CPI instituent par exemple une licence légale en autorisant la diffusion de phonogrammes publiés à des fins commerciales sans besoin de recueillir la permission des titulaires de droits voisins. La licence légale, figure classique du droit d'auteur contemporain⁸², peut donner lieu à contrepartie, comme dans l'exemple précité, où une rémunération équitable doit être reversée aux sociétés de perception et de redistribution des droits. D'un autre côté, la licence obligatoire consiste elle aussi en une autorisation, mais celle-ci n'est pas délivrée aux tiers dans leur ensemble⁸³. La licence obligatoire est, au contraire de la licence légale, reconnue dans des situations particulières au profit de personnes physiques ou morales très clairement déterminées. Ce type de licence est très largement associé à la propriété industrielle et, particulièrement, au droit des brevets. L'autorisation n'étant pas accordée par la loi, ce sont ici les pouvoirs publics ainsi que les tribunaux qui la délivreront au profit d'un ou plusieurs exploitants déterminés, notamment en cas de carence dans l'exploitation de biens sensibles.

634. Pluralité de licences légales au profit de l'utilisateur. La reconnaissance de droits au profit de l'utilisateur implique, dans le cadre de droits littéraires et artistiques, la consécration de licences légales d'ampleur, marquant, d'une certaine manière, le passage d'un régime de propriété vers un régime de responsabilité⁸⁴, sans que le droit de l'auteur ne puisse se résumer en un simple droit de créance⁸⁵. Le droit d'accès fonde, de fait, une autorisation générale liée à l'usage de l'œuvre et à sa fixation sur un support dématérialisé. Cet accès, conditionné au versement d'une juste rémunération, semble se rapprocher de la licence légale touchant les droits voisins de phonogrammes. La différence majeure est que l'on

⁸² C. HUGON, « L'arlésienne du droit d'auteur : le droit de prêt en bibliothèque est de droit positif ! », *CCE*, sept 2003, n° 9, act. 129.

⁸³ G. KRIKORIAN, « Licence obligatoire » in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD, *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017, p. 745 : « La licence obligatoire est, par opposition à la licence volontaire, le fait d'une décision des pouvoirs publics ou d'un tribunal, et non du titulaire de brevet. Elle consiste à autoriser, sans le consentement de ce dernier, un tiers à exploiter [...] une invention couverte par le brevet » ; V. ég. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2022, 14^{ème} éd., V. Licence obligatoire : La licence obligatoire consiste en une « autorisation d'exploiter un brevet consenti à un tiers par les pouvoirs publics au cas d'exploitation insuffisante par le breveté ou le licencié conventionnel ».

⁸⁴ BENHAMOU (F.) et FARCHY (J.), *Droit d'auteur et copyright*, La Découverte, 2007, p. 36 : « les droits d'auteur classiques sont des règles de propriété cessibles qui garantissent l'exclusivité d'un usage, tandis que les licences non volontaires où l'auteur perd son exclusivité d'exploitation mais pas son droit à rémunération sont des règles de responsabilité ».

⁸⁵ A. STROWEL et C. DOUTRELEPONT, « La socialisation du droit d'auteur à travers la généralisation des licences non volontaires : un danger ou une nécessité ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 22, 1989, n° 1, p. 146.

se passe de l'autorisation de l'auteur ici, au-delà de celle des titulaires de droits voisins, et ce, pour toutes les œuvres de l'esprit. C'est, notamment, au regard de l'importance de cette licence légale que la conception propriétaire ne peut prospérer dans un tel régime et bien que les prérogatives de l'auteur continuent de s'exercer pleinement en dehors des droits de l'utilisateur. Néanmoins, la licence légale liée au droit d'accès n'est pas unique au sein des droits littéraires et artistiques. Au-delà des licences légales existant au titre de certaines exceptions aux droits de l'auteur, les droits d'échantillonnage et de courte représentation sont, eux aussi, porteurs d'autorisations générales à destination des utilisateurs. Dans le cadre de ces droits, non seulement le créateur de l'œuvre composite est autorisé à utiliser l'œuvre première dans une perspective de création, mais il est encore en droit de diffuser l'œuvre seconde sans obtenir l'accord préalable de l'auteur. Ainsi, les droits de l'utilisateur présentent des implications importantes, notamment en ce qu'ils consacrent une pluralité de licences légales.

635. **Le droit d'accès : licence légale et plus encore.** Il ne faudrait cependant pas conclure de ces derniers développements que les droits de l'utilisateur n'instituent que des licences légales. Le droit d'accès présente un autre effet qu'il convient ici de rappeler pour que les droits de l'utilisateur ne soient pas purement et simplement assimilés à un système de licences légales. En effet, non seulement le droit d'accès autorise l'utilisateur à accéder à l'œuvre et à en jouir dans un cadre privé, familial ou dans l'exercice des droits d'échantillonnage et de courte représentation, mais il impose également à l'auteur de mettre l'œuvre à disposition sous format numérique. Or, la licence légale ne permet pas d'imposer un comportement actif à l'auteur, prenant la forme d'une mise à disposition de la création. Le droit d'accès est donc constitutif à la fois d'une licence légale, mais également d'une obligation de l'auteur, ce dernier se trouvant, à l'image de l'éditeur aujourd'hui, « tenu d'assurer à l'œuvre une exploitation permanente et suivie »⁸⁶. La seule hypothèse dans laquelle le droit d'accès se résumera à une licence légale concernera les rapports entre l'utilisateur et l'artiste-interprète, seul titulaire de droits voisins au sein des droits littéraires et artistiques. Le droit d'accès est bien entendu opposable aux titulaires de droits voisins au regard de sa philosophie ainsi que du but poursuivi. Il serait absurde de se passer de l'autorisation de l'auteur, tout en accordant un *veto* à l'artiste-interprète. L'autorisation accordée à l'utilisateur englobant également les droits voisins de l'artiste-interprète, une licence légale peut dès lors, ici aussi, être identifiée. Toutefois, dans l'hypothèse où l'œuvre n'aurait pas été régulièrement divulguée, l'autorisation

⁸⁶ CPI, art. L. 132-12 auquel il est possible d'ajouter l'article L. 132-27 en matière audiovisuelle.

de l'artiste-interprète n'ayant pas été recueillie⁸⁷, les droits de l'utilisateur ne pourront s'exercer. Cependant, l'artiste-interprète n'étant pas concerné par l'obligation de mise à disposition de l'œuvre, celle-ci étant assurée par le concessionnaire ou l'auteur, seule une autorisation issue de la loi quant à l'utilisation de l'œuvre existe ici.

636. Validité du recours à la notion de licence légale. Placer les droits de l'utilisateur sous un régime déclaré de licence légale questionne nécessairement l'étendue de cette notion. La licence légale peut-elle neutraliser une partie non négligeable des droits de l'auteur tout en conservant cette appellation ? Ne bascule-t-on pas dans un régime différent lorsque l'autorisation présente une étendue très importante ? À notre sens, le recours à la notion de licence légale demeure ici parfaitement justifié. Cela s'explique notamment par le fait que l'auteur, s'il ne dispose plus d'une propriété au regard de la meurtrissure infligée à l'exclusivité, conserve un *full right*. Certes, les utilisateurs disposent de prérogatives importantes, mais il n'en demeure pas moins que le créateur subsiste au centre des droits littéraires et artistiques, regroupant la majorité des utilités portant sur l'œuvre entre ses mains. L'existence d'un partage de ces utilités ne suffit pas à faire tomber la qualification de licence légale, car les droits de l'utilisateur ne deviennent en aucun cas le principe⁸⁸. S'il existe un équilibre entre la valeur des droits et libertés de l'auteur et de l'utilisateur, cet équilibre ne s'oppose heureusement pas à une distribution asymétrique des prérogatives, l'auteur disposant du mérite et du droit moral. Ainsi, bien que les autorisations accordées par les droits d'accès, d'échantillonnage et de courte citation soient bien plus importants que ceux reconnus sur les droits voisins en matière de phonogramme, le régime de la licence légale demeure valablement applicable dans chaque cas. Toutefois, ce seul mécanisme ne saurait suffire à assurer le respect inconditionnel du droit d'accès de l'utilisateur. L'autorisation accordée au titre de ce droit ne peut effectivement s'exercer que si l'auteur s'acquitte de son obligation de mise à disposition numérique de l'œuvre. Mais que faire en cas d'inertie de celui-ci ?

⁸⁷ CPI, art. L. 212-3 : « Sont soumises à l'autorisation écrite de l'artiste-interprète la fixation de sa prestation, sa reproduction et sa communication au public, ainsi que toute utilisation séparée du son et de l'image de la prestation lorsque celle-ci a été fixée à la fois pour le son et l'image ».

⁸⁸ S. CARRE, *L'intérêt du public en droit d'auteur*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, 2004, t. 1, p. 453.

637. L'exploitation contrainte par la licence obligatoire en propriété industrielle.

L'étude de la licence obligatoire ne peut se passer d'un aperçu des mécanismes présents en droit de la propriété industrielle. Cette matière intègre en effet une disposition aux effets extrêmement importants au sein de l'article L. 613-11 du CPI. Au titre de ce texte, une licence obligatoire peut être valablement sollicitée en justice dès lors que le titulaire du brevet n'a pas commencé à exploiter ou n'a pas commercialisé le produit en quantité suffisante trois ans après la délivrance du brevet ou quatre ans suivant la date de dépôt⁸⁹. L'un des points les plus marquants de cet article concerne son absence de restriction à une ou plusieurs catégories sensibles de produits : tout brevet peut y être assujéti. Il s'agit alors d'une atteinte colossale à la propriété du déposant, qui se retrouve pratiquement contraint d'exploiter pour ne pas rendre son titre. Ce texte est l'un de ceux à travers lesquels la fonction sociale de la propriété industrielle transparaît le plus puisque la loi évoque directement les « besoins du marché français » qu'il faudrait « satisfaire ». Ce « droit d'usage forcé en faveur d'autrui »⁹⁰ démontre que la propriété industrielle vise le progrès des sciences, le progrès technologique et l'accès aux applications qui en sont issues. En n'exerçant pas son droit de propriété, le titulaire mésuse de sa chose⁹¹, à tel point que Monsieur le Professeur Christophe Albiges y voit un potentiel abus de monopole⁹² qui peut trouver son paroxysme, non plus dans la licence obligatoire, mais dans la déchéance du droit comme en matière de marque⁹³. Le droit de la propriété industrielle apparaît ainsi, notamment à travers le régime des licences obligatoires, comme une matière se donnant les moyens de remplir la fonction sociale qui la fonde.

638. Licence obligatoire et droit de la propriété littéraire et artistique. En matière de propriété littéraire et artistique cependant, l'outil que constitue la licence obligatoire se trouve remisé. En effet, bien que les licences non volontaires existent au sein des droits d'auteur et droits voisins à travers les licences légales, il n'est point recouru, en droit positif, aux licences

⁸⁹ CPI, art. L. 613-11.

⁹⁰ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du Droit privé*, Thémis Droit, PUF, 2013, p. 292.

⁹¹ S. ALMA-DELETTRE, « La nature juridique des droits de propriété intellectuelle » in J-M. BRUGUIÈRE, N. MALLET-POUJOL et A. ROBIN, *Propriété intellectuelle et droit commun*, PUAM, 2007, p. 35 : « les licences imposées sont, pour l'essentiel, la conséquence du comportement du titulaire qui n'a pas exploité de manière satisfaisante pour tous ».

⁹² C. ALBIGES, « L'obligation d'exploiter un bien », *RTD civ.*, 2014, p. 795 : « Le breveté doit fructifier le brevet sous peine de se voir imposer une licence forcée en raison d'un abus de monopole constaté ».

⁹³ CPI, art. L. 714-5 : « Encourt la déchéance de ses droits le titulaire de la marque qui, sans justes motifs, n'en a pas fait un usage sérieux, pour les produits ou services pour lesquels la marque est enregistrée, pendant une période ininterrompue de cinq ans ».

obligatoires. Deux éléments essentiels viennent ici empêcher l'utilisation de ce type de licence en droit de la création immatérielle. D'une part, l'approche personnaliste du droit d'auteur est un élément permettant d'endiguer toute hémorragie propriétaire issue d'une licence obligatoire. Là où le brevet apparaît comme un outil essentiellement, mais pas exclusivement, économique, l'œuvre de l'esprit est entourée d'une aura mystique qui ne permet pas de la considérer comme un objet de propriété comme les autres. L'auteur prolongeant son être dans sa création, lui infliger une licence obligatoire, c'est l'aliéner, violer sa conscience. D'autre part, le modèle français ayant grandement influencé l'élaboration de la propriété intellectuelle dans les textes internationaux, ces derniers s'opposent également aujourd'hui largement au recours aux licences obligatoires en matière de droit d'auteur. Si la Convention de Berne, en son annexe, autorise le recours à la licence obligatoire dans des circonstances très encadrées, ce n'est qu'au bénéfice des pays signataires en voie de développement⁹⁴. Ce type de licence ne fait donc absolument pas partie intégrante du paysage du droit d'auteur français, pas plus que la déchéance pure et simple des droits en l'absence d'exploitation⁹⁵.

639. Licences non volontaires et fonction sociale des droits littéraires et artistiques. La licence obligatoire et la déchéance des droits de l'auteur semblent si étrangères au droit de la création immatérielle que toute proposition visant à les intégrer au sein de la matière semble excessive. Ainsi en est-il lorsque Monsieur le Professeur Jérôme Huet évoque l'obligation d'« instituer une obligation pour les titulaires de droit d'exploiter les œuvres dont ils ont la licence, sous peine de déchéance s'ils ne les exploitent pas pendant une année »⁹⁶. Pourtant, nous l'avons vu, au sein même du CPI, des dispositions similaires existent concernant notamment les marques et brevets, celles-ci étant dictées par la fonction sociale de la propriété industrielle. Or, nous l'avons évoqué, la propriété littéraire et artistique ne remplit pas pleinement sa fonction sociale, l'exclusivité accordée à l'auteur constituant un obstacle à de nombreux usages souhaitables. Dans ce contexte, la licence obligatoire apparaît comme un outil à même d'assurer un rééquilibrage des intérêts en présence au sein du droit de la création

⁹⁴ Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 sept. 1886, Annexe, art. III (1) : « Tout pays qui a déclaré qu'il invoquera le bénéfice de la faculté prévue par le présent article sera habilité à substituer au droit exclusif de reproduction prévu à l'article 9 un régime de licences non exclusives et incessibles ».

⁹⁵ A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2010, 3^{ème} éd., p. 262 : « Une œuvre, notamment littéraire, qui ne fait pas l'objet d'une exploitation "permanente et suivie" par son éditeur devrait être mise automatiquement à la libre disposition du public dans le cadre d'un mécanisme obligeant l'auteur à manifester son éventuelle opposition ».

⁹⁶ J. HUET, « Un bien qui répand la terreur : le droit d'auteur – et ses avatars (ou : quand il faut interdire d'interdire) », *RLDI*, n° 73, 1^{er} juill. 2011.

immatérielle⁹⁷. En effet, là où la propriété industrielle vise ouvertement le développement des sciences, des technologies ainsi que de leurs applications, la propriété littéraire et artistique ne consacre de licences non volontaires, sous forme de licences légales, que lorsque l'exploitation directe de certaines utilités économiques s'avère impossible⁹⁸ et non dans l'intérêt général. Une fois les droits de l'auteur mis en perspective avec les intérêts de l'utilisateur, les licences non volontaires se présentent comme des outils précieux auxquelles il ne faut pas renoncer, tant qu'elles se trouvent strictement encadrées⁹⁹. Ces licences, renouant plus que jamais avec l'intérêt du public, participent à la « socialisation du droit d'auteur »¹⁰⁰, qui s'avère caractéristique du passage d'une propriété littéraire et artistiques vers un modèle non-propriétaire.

640. Périls induits par la mise en œuvre d'une licence forcée. Les mécanismes de licences non volontaires peuvent à la fois constituer un danger et une nécessité dans le cadre du droit de la création immatérielle¹⁰¹. L'existence d'un péril sur les droits de l'auteur peut effectivement exister lors de la mise en œuvre de licences non volontaires. Deux raisons viennent principalement étayer cette constatation. Premier argument, celui ayant trait à la rémunération de l'auteur et à l'avantage procuré aux producteurs et éditeurs. Il faut bien admettre que face aux licences forcées « le montant de la rémunération risque d'être souvent inférieur à ce que le pouvoir de dire non permettrait d'obtenir »¹⁰². En effet, l'auteur, s'il n'opte pas pour une diffusion gratuite de l'œuvre ou s'il ne la commercialise pas personnellement, sera contraint de concéder ses droits, réduisant d'autant son pouvoir de négociation et le montant, voire le principe même de sa rémunération. C'est ici que se fait le plus

⁹⁷ V-L. BENABOU, « Propriété intellectuelle et diversité culturelle ? » in J-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et culture*, Dalloz, 2007, p. 81 : « Lorsque le monopole ne donne pas pleine satisfaction quant à son "utilité" sociale, il est toujours loisible au législateur ou au juge d'élargir les possibilités d'accès des tiers par le biais de licences légales, obligatoires, judiciaires ».

⁹⁸ S. ALMA-DELETTRE, « La nature juridique des droits de propriété intellectuelle », *op. cit.*, p. 35 : Les licences non volontaires sont « la conséquence de l'incapacité du mode normal d'exercice du droit à réserver efficacement à leur titulaire l'ensemble des utilités économiques de l'œuvre ».

⁹⁹ A. STROWEL et C. DOUTRELEPONT, « La socialisation du droit d'auteur à travers la généralisation des licences non volontaires : un danger ou une nécessité ? », *op. cit.*, p. 135 : « le droit subjectif de l'auteur se voit, par là même, subordonné tant à l'objectif d'accès public à l'œuvre protégée qu'à l'impératif économique d'exploitation des œuvres ».

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 135 ; V. ég. F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2014, 2^{ème} éd., p. 685.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 148 ; V. ég. C. ALBIGES, « L'obligation d'exploiter un bien », *op. cit.*, p. 795 : L'obligation d'exploitation participe dans bien des cas, et entre autres mécanismes, à « la nécessaire articulation entre la propriété et la préservation de l'intérêt général ».

¹⁰² F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 686 ; V. ég. V-L. BENABOU, « Puier à la source du droit d'auteur », *RIDA*, n° 192, avr. 2002, p. 63 : « Les systèmes de licence légale n'ont de sens que si elles accompagnent, dans certains cas limités, le droit exclusif, car seul le monopole donne au titulaire un pouvoir de négociation qui permet de fixer la valeur de l'œuvre contre les forces du marchés ».

fortement ressentir la perte d'utilités liées à la gestion et à l'exclusion pour le titulaire. Les licences non volontaires sont ainsi souvent représentées¹⁰³, de manière parfois excessive¹⁰⁴, comme instruments d'asservissement de l'auteur par les producteurs et éditeurs. Second argument, celui tenant au risque pesant cette fois-ci sur les droits moraux de l'auteur. Il peut effectivement être craint que la mise à disposition forcée de l'œuvre conduise les intermédiaires à imposer non seulement des compromis sur la rémunération de l'auteur, mais également sur la forme et l'esprit de l'œuvre¹⁰⁵. Partant, l'exploitation de l'œuvre pourrait se voir conditionnée à certaines reprises ou découpages dénaturant la création en question. Dans une telle perspective, les licences non volontaires ne pourraient se présenter que comme des mesures d'exception, ne devant être utilisées que lorsque l'utilité concernée échappe matériellement à l'auteur¹⁰⁶.

641. Une licence forcée opportune. La portée des deux arguments évoqués en amont peut cependant être grandement relativisée. D'une part, s'agissant de la licence légale, celle-ci n'est destinée qu'aux utilisateurs, les intermédiaires ne pouvant en aucun cas s'en prévaloir. Rappelons que l'auteur dispose encore de certaines utilités liées à la gestion de son œuvre et que, au titre de celles-ci, il demeure libre d'exploiter lui-même ou par le biais de la concession d'une partie de ses droits patrimoniaux. Ainsi, lorsqu'il décide de mettre à disposition ses œuvres sur un site Internet géré personnellement ou par une communauté d'auteurs, jamais il n'a affaire à un producteur ou éditeur. D'autre part, en dehors du cadre du droit d'accès de l'utilisateur, l'auteur disposera toujours du pouvoir de dire non et de ne procéder à aucune exploitation à destination des activités commerciales, ou événements publics. Bien entendu,

¹⁰³ M. CORNU et N. MALLET-POUJOL, « Le droit d'auteur à l'épreuve du droit à la culture » in J-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et culture*, Dalloz, 2007, p. 130 : « L'alibi du droit à la culture et à l'information sert fréquemment la remise en cause du droit d'auteur, afin principalement d'éviter le paiement par les exploitants de redevances au créateur. Derrière la proclamation d'une préoccupation culturelle se profilent, la plupart du temps, des motivations exclusivement économiques ».

¹⁰⁴ P. OLAGNIER, *Le droit d'auteur*, LGDJ, 1934, t. 1, p. 73 : « Du vivant de l'auteur, la licence légale ou la licence obligatoire ne peuvent aucunement se justifier [...] ; c'est par pur pharisaïsme qu'on a pu prétendre qu'elles avaient pour but de répandre la connaissance des œuvres de l'intelligence : elles n'ont jamais eu d'autre objet et d'autre résultat que de faire profiter des industriels du travail des auteurs, soit gratuitement, soit moyennant des redevances inférieures à ce que ces derniers auraient le droit de réclamer ».

¹⁰⁵ C. CARON, *Abus de droit et droit d'auteur*, Thèse, Paris II, dir. A. FRANÇON, Litec, 1998, p. 170 : « Ultime remède, le contrat imposé doit, nous semble-t-il, être banni dès lors qu'une atteinte au droit moral est constatée. [...] Par exemple, un contrat d'édition forcé ne saurait justifier des altérations au texte d'un roman ou la reproduction médiocre d'œuvres picturales ».

¹⁰⁶ J. GINSBURG, « L'avenir du droit d'auteur : un droit sans auteur ? », *CCE*, n° 5, mai 2009, étude 10 : « Les licences légales en fait sont une solution de pis-aller, à laquelle on ne devrait recourir que si aucune solution meilleure ne se présentait » ; V. ég. J. FARCHY, *Internet et le droit d'auteur : la culture Napster*, éd. CNRS, 2003, p. 87 : « Lorsque ni l'exercice individuel, ni la gestion collective traditionnelle ne sont souhaités ou possibles, des systèmes de licence non volontaires sont appliqués ».

pour certaines œuvres de très grande envergure et exigeant des moyens techniques et financiers importants, le recours aux producteurs et éditeurs demeurera nécessaire, mais, dans ces hypothèses, ne nous le cachons pas, c'est avant tout le producteur qui choisit son auteur... La faiblesse de ce dernier dans les rapports contractuels ne peut dès lors qu'être difficilement aggravée dans ce type d'hypothèse, les concessions exigées sur la forme de l'œuvre demeurant parfois conséquentes.

642. Visage de la licence obligatoire dans le cadre des droits littéraires et artistiques. Au regard des précédents développements, la licence légale induite par l'existence d'un droit d'accès se trouve donc justifiée, de même que le principe du recours à une licence obligatoire. Toutefois, afin de préserver au maximum les intérêts de l'auteur, celle-ci doit faire l'objet d'un encadrement strict. Il est alors possible de mettre en forme cette licence au sein de l'arsenal des droits littéraires et artistiques :

« Lorsque l'auteur d'une œuvre de l'esprit reproduite ne procède pas à la mise à disposition gratuite ou n'a pas accompli de diligences en vue d'exploiter l'œuvre commercialement dans un délai d'un an suivant la divulgation ou la dernière mise à disposition continue, une licence obligatoire non exclusive peut être sollicitée judiciairement par toute personne de droit privé ou de droit public.

La licence accordée est strictement circonscrite au droit d'exploiter l'œuvre commercialement sous forme numérique auprès des personnes privées n'agissant pas dans un but commercial, moyennant une juste rémunération reversée à l'auteur et à l'artiste-interprète. Cette rémunération est notamment fixée par le juge par référence aux pratiques du secteur concerné. La licence obligatoire est délivrée pour une durée de dix ans renouvelable en cas de carence persistante de l'auteur. La licence délivrée ne peut voir son terme dépasser celui des droits patrimoniaux de l'auteur.

L'auteur demeure libre de procéder à l'exploitation de son œuvre postérieurement à l'octroi de la licence obligatoire, sans que la validité de cette dernière n'en soit remise en cause. Durant toute la durée de la licence, le concessionnaire se trouve tenu de poursuivre l'exploitation auprès des utilisateurs dans les mêmes conditions que l'auteur. L'auteur ne peut procéder à la mise à disposition de l'œuvre à titre gratuit ou à prix dérisoire durant le délai de la licence obligatoire ».

643. Analyse de la licence obligatoire sur l'œuvre de l'esprit. Le mécanisme présenté en amont relève pleinement d'une logique de licence obligatoire, une autorisation d'exploitation étant confiée à un tiers sans le consentement de l'auteur. La philosophie de ce texte est semblable à celle de la licence obligatoire pouvant être rencontrée en droit des brevets, dans la mesure où l'octroi de la licence vient sanctionner un défaut d'exploitation de la part du titulaire. Il s'agit bien d'une mesure d'exception visant non à satisfaire le concessionnaire demandeur, mais à assurer l'exercice de la licence légale des utilisateurs issue du droit d'accès. D'ailleurs, par le jeu de cette licence obligatoire, le demandeur accepte d'endosser, à la place de l'auteur, l'obligation d'exploitation issue du droit d'accès. La licence octroyée s'avère restreinte dans son assiette, puisque limitée à la seule mise à disposition de l'œuvre sous forme numérique à des fins de jouissance personnelle et de reproduction. En plus de ne pas pouvoir commercialiser d'exemplaires physiques, le bénéficiaire de la licence obligatoire ne peut profiter de celle-ci pour opérer une mise à disposition gratuite de l'œuvre, ce qui constituerait un préjudice déraisonnable pour le créateur. Dans le même esprit, une rémunération doit impérativement être reversée aux ayants droit au titre de la licence.

644. Équilibre entre auteur et exploitants. Si la question de la rémunération de l'auteur ne sera traitée qu'en aval, notons dès à présent que le juge disposera d'un rôle majeur dans la détermination de celle-ci. Concernant la demande de licence, le prétendant devra évidemment justifier auprès du juge qu'il n'a pas reçu de réponse favorable à sa demande de concession volontaire. Le conditionnement de toute demande par un délai d'un an d'inexploitation s'impose afin de ne pas léser l'auteur préparant ou réorganisant sa stratégie d'exploitation¹⁰⁷. Pour autant, dans le cadre d'une traduction qui ne serait pas à l'initiative de l'auteur, le délai ne saurait être aussi bref. En effet, la diffusion et la maîtrise de l'œuvre et de son esprit peuvent exiger un temps long, de sorte qu'une licence obligatoire relative à l'exploitation d'une traduction ne pourrait intervenir avant un délai de cinq ans suivant la divulgation de l'œuvre. S'agissant de la durée de la licence, un délai de dix ans apparaît comme un compromis satisfaisant entre la nécessité de pérenniser les droits issus de la demande de licence et les droits de l'auteur pouvant prétendre reprendre, à terme et s'il le souhaite, le contrôle complet des utilités de gestion emportées par la licence obligatoire. L'octroi d'une licence non-exclusive, à l'image du modèle du droit des brevets¹⁰⁸, s'impose en vue de ne pas

¹⁰⁷ Quoi qu'il en soit, concernant la majorité des œuvres de l'esprit, il n'existera aucune difficulté, la commercialisation étant concomitante à la divulgation.

¹⁰⁸ CPI, art. L. 613-13 : « Les licences obligatoires et les licences d'office sont non exclusives ».

priver l'auteur de la majorité des utilités de gestion portant sur son bien. Ce texte semble donc proposer un équilibre satisfaisant entre intérêts de l'auteur et droits de l'utilisateur, sans pour autant procurer un avantage excessif aux intermédiaires sollicitant l'octroi d'une licence obligatoire.

645. Mise en application de la licence obligatoire sur l'œuvre de l'esprit. Prenons un exemple plus concret pour décrire les effets de la licence obligatoire en droit de la création immatérielle. Supposons qu'un studio indépendant soit à l'origine d'une bande dessinée et la commercialise directement. Imaginons que la commercialisation de l'œuvre ait lieu durant huit années et cesse à l'initiative du studio. Dans cette hypothèse, l'œuvre devra être mise à disposition sous format numérique, avec ou sans péage, afin que la licence légale bénéficiant aux utilisateurs soit respectée. Néanmoins, si le studio ne procède pas à cette mise en ligne et ne reprend pas une autre forme d'exploitation durant une année, toute personne qualifiée pour procéder à la diffusion de l'œuvre pourra demander une licence obligatoire en justice. Ainsi, un ou plusieurs éditeurs intéressés par l'œuvre pourront légitimement obtenir le droit d'exploiter la bande dessinée, mais uniquement dans le cadre d'une mise à disposition sous forme numérique auprès des utilisateurs. Le bénéficiaire de la licence obligatoire est donc loin de pouvoir procéder à toute forme d'exploitation de l'œuvre. La question pourrait également se poser de savoir comment pallier la carence de l'exploitant lorsqu'est intervenue une licence volontaire. Dans ce cas, une licence obligatoire pourra également être demandée auprès des tribunaux puisque, à la carence du cocontractant s'ajoute celle de l'auteur. En effet, le créateur est aujourd'hui en mesure de résilier le contrat lorsque l'œuvre n'est plus exploitée par son partenaire, que les droits aient été accordés à titre exclusif ou non¹⁰⁹. Dans ces circonstances, l'absence de recherche d'un autre contractant peut être perçue comme une inertie justifiant l'octroi d'une licence obligatoire. En définitive la mise en œuvre d'une licence non volontaire relative à certains droits patrimoniaux de l'auteur s'avère essentielle dans un système consacrant l'accès à l'œuvre au profit des utilisateurs. Sans cette forme de licence, le droit d'accès à l'œuvre serait totalement inutile car dépourvu de garanties. C'est pour cette raison que le recours à la licence obligatoire est parfaitement cohérent avec le modèle ici exposé.

646. Inopportunité d'un recours généralisé à la gestion collective obligatoire. Il serait légitime de se demander si, plutôt que de recourir à une licence légale complétée par

¹⁰⁹ CPI, art. L. 131-5-2 : « Lorsque l'auteur a transmis à titre exclusif tout ou partie de ses droits, il peut, en l'absence de toute exploitation de son œuvre, résilier de plein droit la transmission de tout ou partie de ces droits ».

une licence obligatoire en cas de carence de l'auteur, il ne serait pas plus opportun de simplement rendre la gestion collective obligatoire ? De fait, par un tel moyen, la diffusion des œuvres au plus grand nombre se trouve assurée¹¹⁰, la société de gestion collective octroyant une licence dès qu'un prix est payé en retour¹¹¹. En ce sens, la gestion collective obligatoire tend à rapprocher les droits patrimoniaux de l'auteur d'un simple droit à rémunération¹¹². Ce n'est toutefois pas l'objectif visé ici, l'auteur devant disposer d'une certaine liberté dans l'exploitation de son œuvre. La gestion collective est avant tout centrée vers l'autorisation d'exploitation commerciale, notamment via le droit de représentation de l'œuvre, et non vers la simple diffusion auprès des utilisateurs, bien qu'elle se trouve alors garantie de façon incidente. Rendre la gestion collective obligatoire impliquerait en outre, les sociétés de perception et de redistribution des droits ne procédant à aucune discrimination, de totalement priver l'auteur de son droit de dire non, y compris dans le cadre d'utilisations non couvertes par les droits de l'utilisateur. Rendre la gestion collective obligatoire permettrait par exemple la reprise sans obstacle d'un titre musical dans le cadre d'une exploitation commerciale, faculté laissée à la totale discrétion de l'auteur avec les licences non volontaires auparavant présentées. Avec la gestion collective obligatoire, l'auteur ne voit plus seulement lui échapper une partie des utilités de gestion sur son œuvre, mais la majeure partie de celles-ci. Il apparaît pourtant essentiel de laisser au créateur le choix d'une exploitation de l'œuvre au-delà des frontières des droits de l'utilisateur. Il est également primordial qu'il dispose des moyens de choisir son cocontractant lorsqu'il décide d'exploiter, sans voir ses droits concédés à une société de gestion désignée au regard de sa compétence matérielle. C'est pour l'ensemble de ces raisons que le recours à la gestion collective obligatoire apparaît inopportun, tant en droit positif que dans le cadre de droits littéraires et artistiques. La mise en œuvre de licences non volontaires complémentaires semble ainsi plus à même de ménager les droits de gestion du créateur, mais à condition que la rémunération de celui-ci soit parfaitement préservée.

¹¹⁰ C. GEIGER, « *Legalize it ? Quelques réflexions sur la mise en œuvre du droit d'auteur dans le contexte de l'utilisation non autorisée des œuvres sur Internet* », in J. SCHMIDT-SZALEWSKI (en l'honneur de), *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé, mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, dir. C. GEIGER et C. RODÀ, LexisNexis, 2014, p. 182 : « Il nous semble en effet qu'une telle légalisation de certaines pratiques illicites à travers un mécanisme bien connu et éprouvé tel que la gestion collective obligatoire ou étendue offre une option intéressante et mériterait dès lors d'être étudiée en détail. Dans un tel cas de figure, l'accès aux œuvres peut être garanti ».

¹¹¹ S. ALMA-DELETTRE, « La nature juridique des droits de propriété intellectuelle » *op. cit.*, p. 36 : si « la société de gestion se doit d'accorder une licence à quiconque accepte de payer ».

¹¹² M. OUTTERS BALIGAND, *Les propriétés intellectuelles à l'aune du triptyque*, Thèse, Paris I, dir. G. LOISEAU, 2015, p. 178 : « une fois son adhésion acquise, il [l'auteur] renonce à sa faculté d'exclure, et se contente d'une rémunération ».

647. Nécessité d'un péage artificiel dans le cadre du droit d'accès. Les utilités liées à la gestion de l'œuvre englobent dans une large mesure celles ayant trait à la rémunération de l'auteur. Nous l'avons évoqué bien plus tôt, la duplication de l'œuvre sans frais ne peut conduire à sa gratuité totale¹¹³, sauf à priver le droit d'auteur de tout effet incitatif¹¹⁴. De même, la disparition de certaines utilités liées à l'exclusivité des droits de l'auteur n'exclue pas une rémunération¹¹⁵. Les droits de l'utilisateur ne sauraient donc constituer une fin justifiant tous les moyens¹¹⁶. Cependant, il est possible d'objecter que les droits de l'auteur ne portent que sur un nombre limité d'utilités et que l'exploitation de l'œuvre auprès des personnes morales et personnes physiques agissant dans un but commercial pourrait suffire à rentabiliser l'œuvre. Néanmoins, on ne peut sous-estimer les revenus procurés à l'auteur par les utilisations qui seraient couvertes par le droit d'accès. Les droits de l'utilisateur ne peuvent avoir pour effet de priver l'auteur d'une part substantielle des revenus auxquels il peut légitimement prétendre¹¹⁷, ce qui justifie le maintien d'un péage artificiel¹¹⁸ pour accéder à l'œuvre, même dans le champ du droit d'accès. Le principe d'une licence légale est donc parfaitement acté au profit de l'auteur et de l'artiste interprète.

648. La transformation du droit d'auteur en simple droit à rémunération ? Certes, le droit d'accès ne conduit pas à priver l'auteur de toute rétribution. Toutefois, neutralisant certaines utilités d'accès, de gestion et d'exclusion du créateur, ne fait-il pas du

¹¹³ J. RIFKIN, *La nouvelle société du coût marginal zéro, l'internet des objets, l'émergence des communaux collaboratifs et l'éclipse du capitalisme*, Les liens qui libèrent, 2014, p. 405 : « Quand les coûts marginaux s'effondrent à un niveau proche de zéro, les profits disparaissent parce que les biens et services sont affranchis de la fixation des prix par le marché. Ils deviennent fondamentalement gratuits ».

¹¹⁴ A-C. RENOARD, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, éd. Jules Renouard, 1838, vol. 1, p. 460 : « Ce serait, par le plus imprévoyant des calculs, frapper de stérilité la mine la plus abondante des richesses » ; V. ég. G. CHARPENTIER, *De la prétendue propriété littéraire et artistique*, éd. Charpentier, 1862, p. 4 : L'auteur ne peut se contenter de « cette monnaie, qu'on appelle la gloire ».

¹¹⁵ S. DUSOLLIER, « Du gratuit au non-exclusif : les nouvelles teintes de la propriété intellectuelle » in IRPI, *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?*, Colloque de l'IRPI, LexisNexis, 2013 p. 33 : « le gratuit peut être fondé sur de l'exclusivité (c'est le cas des licences libres), tout comme l'absence d'exclusivité peut faire l'objet d'une rémunération (c'est le cas des licences légales ou obligatoires assorties d'un droit à rémunération) ».

¹¹⁶ F-M. PIRIOU, « Légitimité de l'auteur à la propriété intellectuelle », *Diogène*, 2001/4, n° 196, p. 133.

¹¹⁷ J. RAWLS, *Justice et démocratie*, trad. C. AUDARD, P. DE LARA, F. PIRON et A. TCHOUDNOWSKY, Le Seuil, 1993, p. 103 : « les membres d'une société bien ordonnée ne sont donc pas indifférents à la manière dont les fruits de leur coopération sociale seront répartis et, pour que leur société reste stable, la répartition présente et celle escomptée à l'avenir doivent être perçues comme étant (suffisamment) justes ».

¹¹⁸ P. GAUDRAT, « La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples ? », *RTD com.*, 2011, p. 562 : Péage artificiel car « sans l'artifice réservataire par lequel la propriété des choses intellectuelles est également exclusive, le partage détruit la valeur économique ».

droit de la création immatérielle un simple droit à rémunération ? Une telle hypothèse serait en adéquation avec la théorie développée par Renouard remplaçant le droit de propriété par un « salaire de la société envers l'auteur »¹¹⁹. Toutefois, le basculement d'un régime propriétaire vers un système non-propriétaire ne suppose pas que le droit exclusif de l'auteur se convertisse nécessairement en droit à rémunération. D'une part, évidemment, en dehors du champ d'application du droit d'accès, l'auteur demeure maître d'une grande partie des utilités économiques portant sur la chose, y compris du pouvoir permettant de ne pas contracter. Il serait dès lors excessif d'évoquer le droit d'auteur en qualité de pur droit à rémunération. D'autre part, concernant les usages relevant du droit d'accès, nous venons d'en faire la démonstration, l'auteur demeure titulaire de plusieurs utilités liées à la gestion de l'œuvre. Demeurant libre d'exploiter lui-même, de choisir un éventuel concessionnaire et de fixer le prix de l'œuvre, tant qu'il n'empêche pas l'exercice raisonnable du droit d'accès, le droit de l'auteur ne peut là encore qu'être imparfaitement abordé sous la dénomination de droit à rémunération. Il est possible d'ajouter que le droit à rémunération n'est pas totalement incompatible avec la logique du droit d'auteur. À titre d'exemple, le droit de suite reconnu au profit de certaines œuvres ne peut être analysé comme un droit exclusif, car il s'agit là d'un véritable droit à rémunération¹²⁰.

649. Résolution des litiges dans le cadre de la fixation de la rémunération de l'auteur. Par principe, dans le cadre de la licence légale accordée à l'utilisateur, si l'auteur désire recourir à une concession de ses droits pour procéder à l'exploitation, le principe demeurera la liberté contractuelle. Toutefois, il est tout à fait possible d'envisager que l'auteur entre en conflit avec son futur contractant au cours de la phase précontractuelle. Dans cette hypothèse, il ne serait pas acceptable de laisser l'auteur subir la pression du producteur ou éditeur, ce dernier pouvant tenter de tirer profit de l'obligation pesant sur l'auteur. Dès lors, il peut être intéressant de s'inspirer de mécanismes déjà existants en matière de règlement des conflits dans le cadre de licences non volontaires. À ce titre, évoquons la législation fédérale des États-Unis d'Amérique sur le *copyright*. Celle-ci prévoit un système de licence obligatoire en matière phonographique, empêchant tout détenteur de droits de s'opposer à la fabrication et à la distribution d'exemplaires de l'œuvre en question. Une telle licence se trouve cependant conditionnée par le versement d'une rémunération au profit du titulaire de droits,

¹¹⁹ A.-C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, op. cit., vol. 1, p. 461.

¹²⁰ J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois : essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, Litec, 1990, p. 171.

mais également par la négociation de la licence¹²¹. Le principe demeure donc la liberté contractuelle, bien que celle-ci se retrouve en partie biaisée, comme dans le cas de la licence légale conférée au titre du droit d'accès. Le législateur américain, conscient du risque d'échec de négociation de la licence, prévoit un mécanisme spécifique permettant la résolution du litige. C'est, sans surprise, au juge qu'il est fait appel, celui-ci ayant pour mission de fixer les conditions de la licence : « The Copyright Royalty Judges shall establish rates and terms that most clearly represent the rates and terms that would have been negotiated in the marketplace between a willing buyer and a willing seller »¹²². Dès lors, le litige se trouve résolu, de façon très pragmatique, par une recherche empirique des conditions dans lesquelles le contrat aurait été négocié dans le cadre d'une licence purement volontaire. Une telle technique de résolution peut ici être utilisée dans le cadre des licences non volontaires induites par le droit d'accès. En déterminant les conditions de concession au regard du marché, très largement dominé par le recours aux licences volontaires, les intérêts de l'auteur demeurent préservés, tandis que l'accès à l'œuvre se trouve sécurisé pour les utilisateurs. Ainsi, s'il existe une atteinte à la liberté contractuelle des parties, celle-ci se trouve justifiée au regard de l'objectif poursuivi.

650. Tentation de fixation d'un taux de rémunération fixe au titre des licences non volontaires. Le recours au juge est-il cependant strictement nécessaire ? Ne peut-on pas imaginer, pour simplifier la démarche, la mise en œuvre d'un taux de rémunération fixe au titre de la licence non volontaire ? Une telle mesure aurait le mérite de simplifier, en apparence, la détermination des conditions d'exploitation de la licence obligatoire, à l'image des dispositions entourant le droit de suite¹²³. *A priori*, la mise en œuvre d'un taux fixe ne ferait pas encourir à l'auteur davantage de risques puisque « la perte du droit d'autoriser ou d'interdire s'accompagne de celle du contrôle du niveau de rémunération »¹²⁴. Néanmoins, un taux de rémunération fixe de l'auteur induirait d'importantes difficultés techniques¹²⁵. En effet, un taux générique conduirait à considérer comme identiques des situations potentiellement très

¹²¹ 17 U.S. Code §115, *Scope of exclusive rights in nondramatic musical works : compulsory license for making and distributing phonorecords*, (a), (1), (A).

¹²² *Ibidem*, (c), (1), (F).

¹²³ CPI, art. R. 122-6.

¹²⁴ A. LATREILLE, « L'avènement d'un droit d'auteur sans auteur », *Dr. et patr.*, n° 162, 1^{er} sept. 2007

¹²⁵ J. GINSBURG, « L'avenir du droit d'auteur : un droit sans auteur ? », *op. cit.* : « Les autorités étatiques vont-elles vraiment réussir, dans les plus brefs délais, à fixer un taux et des critères de rémunération qui prendront en compte les divers intérêts économiques et technologiques, tout en restant suffisamment flexibles pour s'adapter aux conditions futures ? Je serais étonnée que cette description corresponde à l'expérience même d'un seul pays en matière de fixation de taux de rémunération équitable des auteurs selon une quelconque licence légale » ; V. ég. F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur op. cit.*, p. 961 : « la législation n'impose aucun taux minimal ou même indicatif, ce qui serait irréaliste ».

hétérogènes. Par conséquent, la notoriété de l'auteur ne serait absolument pas prise en compte alors qu'elle peut s'avérer particulièrement favorable dans le cadre de négociations. De plus, il serait bien entendu inadmissible d'appliquer un taux identique à l'ensemble des œuvres de l'esprit, la répartition des droits étant très différente d'un secteur à l'autre. La prise en compte indispensable de chaque secteur complexifie bien plus la mise en œuvre d'un taux fixe. Autre élément important, le taux fixé par la loi ou les règlements n'est que peu adaptatif. En cas de bouleversements majeurs dans certains secteurs de la création, la modification du taux ne pourrait intervenir rapidement, suscitant de nombreuses difficultés. Ainsi, l'on se trouve vite dissuadé de céder à la tentation d'un taux de rémunération fixe au profit de l'auteur.

651. Fixation judiciaire du prix dans le cadre de la licence obligatoire. Comme suggéré plus tôt, la meilleure méthode de fixation du prix en cas de licence obligatoire consiste à recourir à l'appréciation du juge. Ce dernier s'impose ici en l'absence de possibilité de recourir à une appréciation purement objective de la rémunération de l'auteur. Il est indispensable de s'attarder sur certains détails et de fixer la rémunération du créateur au regard de critères subjectifs¹²⁶. C'est pour cette raison que le genre de l'œuvre et la notoriété de l'auteur ne peuvent être ignorés. À ces critères peuvent être ajoutés d'autres facteurs comme la durée de l'œuvre qui se trouve fréquemment utilisée par les sociétés de perception et de redistribution des droits afin de répartir les sommes entre leurs membres. Ainsi, au cours du litige, s'il a seulement lieu, l'auteur et le futur exploitant pourront mettre en avant une grande diversité de facteurs dont le juge pourra tenir compte dans la fixation d'une juste rémunération au profit de l'auteur. Il n'est donc pas ici question de fournir une liste de critères qui serait exhaustive, chaque action étant nécessairement différente. Toutefois, notons que le principal critère devra demeurer, à l'image de l'exemple existant en matière de *copyright*, la recherche des conditions économiques auxquelles les parties auraient raisonnablement conclu dans le cadre d'une licence purement volontaire.

652. Réexamen de la licence globale. La rémunération de l'auteur dans le cadre du droit d'accès ne pourrait-elle pas simplement être réglée par un recours à la licence globale, instrument autrefois enterré ? En effet, la fixation d'une rémunération liée à un surcoût de l'abonnement facturé par les fournisseurs d'accès à Internet permettrait, en apparence, d'assurer, au moins en partie, l'exercice du droit d'accès à l'œuvre. Ces fournisseurs ne peuvent

¹²⁶ C. NGUYEN DUC LONG, *La numérisation des œuvres, aspects de droits d'auteur et de droits voisins*, Thèse, Paris XI, dir. P. SIRINELLI, Litec, 2001, p. 350.

plus aujourd'hui invoquer d'éventuelles difficultés techniques ou un risque de ralentissement de l'essor d'Internet par la mise en œuvre d'une telle mesure¹²⁷. La licence globale, encore prônée actuellement par l'UFC que choisir, pourrait constituer un facteur de stabilité face à la contrefaçon massive d'œuvres de l'esprit¹²⁸. Cette réponse n'apparaît cependant pas adaptée dans le cadre de droits littéraires et artistiques et, de façon générale, au regard des technologies utilisées sur Internet. La licence légale optionnelle ne présente effectivement aucun intérêt pour toute personne ayant recours à un VPN, celle-ci pouvant, pratiquement sans risque, continuer à contrefaire des œuvres sans paiement de la contrepartie liée à la licence. Seule demeure alors envisageable la licence globale obligatoire. Néanmoins, cette solution s'avère bien plus coercitive et l'accès à la culture semble, dans ce schéma, être purement conditionné à une forme d'impôt. Une certaine partie de la population n'est pourtant pas à l'aise avec l'outil informatique ou n'utilise purement et simplement pas d'œuvres numérisées. Par conséquent, imposer une contribution financière à chacun, en plus de poser des difficultés quant à la redistribution des droits, sera nécessairement proscrit. À l'analyse, l'exhumation de la licence globale semble donc peu opportune.

653. Altération des utilités de l'auteur face aux droits de l'utilisateur. Au regard de l'ensemble de ces éléments, l'auteur se voit ainsi privé de certaines des utilités de gestion relatives à son œuvre. Toutefois, licence légale et licence obligatoire n'ont pas pour effet de dégarner substantiellement les droits de l'auteur liés à l'exploitation de l'œuvre. Il en va toutefois différemment pour d'autres catégories d'utilités qui se trouvent plus fortement impactées par le passage des droits littéraires et artistiques. Cela sera notamment le cas des utilités morales de l'auteur, mais également, dans une plus forte mesure, des utilités d'exclusion et de disposition dont il est dépositaire. Dès lors, si le principe de droits sur l'œuvre au profit du créateur se trouve pérennisé, les prérogatives reconnues à l'auteur font inévitablement l'objet d'altérations.

¹²⁷ P. SIRINELLI, « Le contexte du *peer to peer* » in IRPI, *La propriété intellectuelle en question(s) : regards croisés européens*, LexisNexis, 2006, p. 103 : les FAI « disent qu'ils ne savent pas gérer une redevance et que, si l'on rajoute des sommes, cela va décourager les internautes et donc gêner l'essor de l'Internet ».

¹²⁸ C. LE GOFFIC, « Activités numériques et propriété intellectuelle », *RLDI*, n° 102, 1^{er} mars 2014.

§2 : Encadrement strict des pouvoirs d'exclusion, de disposition et des droits moraux du créateur

654. Perte de contrôle partielle de l'auteur sur son œuvre. Les droits littéraires et artistiques, s'ils entraînent l'aménagement du droit de gestion de l'auteur, ont un impact plus important encore concernant les autres prérogatives bénéficiant traditionnellement au créateur. Les utilités liées au droit d'exclusion de l'auteur se retrouvent ainsi largement amputées dans le cadre des droits de l'utilisateur. Il en va de même pour le droit de disposition, qui s'avère compromis dans le cadre des droits littéraires et artistiques. Les droits moraux de l'auteur, au-delà de la disparition du droit de retrait, font également l'objet d'aménagements importants, notamment s'agissant du droit au respect. L'étude des droits moraux à la suite des droits d'exclure et de disposition s'impose ici, ces droits étant les plus caractéristiques de la maîtrise de l'auteur sur son œuvre. Il sera donc procédé à la délimitation ferme des droits d'exclusion et de disposition de l'auteur (I), avant que l'étendue des droits moraux de l'auteur ne fasse l'objet d'une délimitation renouvelée (II).

I : Délimitation ferme des droits d'exclusion et de disposition de l'auteur

655. Limitation des droits d'exclusion et de disposition en l'absence de propriété. L'exclusivité importante accordée à l'auteur sur son œuvre constituant le principal obstacle à la réalisation de la fonction sociale du droit de la création immatérielle, les utilités y étant attachées ne peuvent que faire l'objet de profondes modifications. Les droits de l'utilisateur, renversant la logique propriétaire, conduisent également à une profonde remise en question du pouvoir de disposition de l'auteur sur son œuvre. Par conséquent, les droits littéraires et artistiques impliquent que les facultés d'exclusion octroyées à l'auteur se trouvent cantonnées (A), tandis que ses facultés de disposition sont purement et simplement retranchées (B).

A : Cantonnement nécessaire des facultés d'exclusion de l'auteur

656. Réduction de l'assiette du droit d'exclure en présence de l'utilisateur. L'exclusion d'autrui de la jouissance de l'œuvre connaît un fort démenti au sein des droits

littéraires et artistiques. En dehors des droits de l'utilisateur, l'adaptation des limites aux droits de l'auteur entraîne, nous le verrons, une perte de certaines utilités d'exclusion profitant à l'auteur. Toutefois, lorsque les prérogatives de l'utilisateur entrent en jeu, l'atteinte s'avère bien plus importante. Le droit d'exclusion de l'auteur se trouve ainsi limité dans le cadre des droits de l'utilisateur (1), tandis que la théorie de l'abus de droit vient davantage encadrer l'exercice de cette même prérogative par l'auteur (2).

1 : Limitation du droit d'exclusion de l'auteur

657. Le droit d'accès, remise en cause du pouvoir d'exclure de l'auteur.

La question du droit d'exclusion ayant déjà été indirectement abondamment traitée, nous serons ici bref. Il demeure toutefois quelques précisions à apporter consécutivement à la détermination du contenu des droits de l'utilisateur. S'agissant du droit d'accès, la licence légale à laquelle il donne lieu prive nécessairement l'auteur du simple pouvoir de refuser une utilisation de l'œuvre par les utilisateurs. Le créateur ne se trouve plus en droit d'exercer son *jus prohibendi* en vue d'opérer un contrôle tant sur la reproduction de son œuvre que sur sa représentation, tant que celle-ci demeure personnelle ou familiale. Toutefois, on ne peut considérer que le droit d'accès conduise à priver l'auteur du droit d'exclure autrui de l'exploitation de son œuvre. Le simple fait qu'il demeure en droit de mettre l'œuvre à disposition sans recours à la concession de ses droits n'implique pas une disparition de cette utilité d'exclusion précise. Évidemment, dans l'hypothèse où l'auteur n'a pas procédé à ladite mise à disposition, la licence obligatoire prononcée par le juge aura pour effet de priver l'auteur de cette utilité, au moins concernant le choix du titulaire de la licence. Pour autant, cette limitation des pouvoirs de l'auteur n'est pas innée, puisqu'elle résulte, dans le cadre des droits littéraires et artistiques, de sa seule négligence. C'est son refus d'exploiter, son désintérêt ou sa négligence qui conduisent à une amputation supplémentaire de son droit d'exclure. Ainsi, le droit d'accès porte atteinte aux utilités d'exclusion de l'auteur, sans pour autant réduire à néant le *jus prohibendi* du créateur.

658. Les droits d'échantillonnage et de courte représentation, entraves aux utilités d'exclusion de l'auteur. À l'image des effets produits par le droit d'accès sur le pouvoir d'exclusion de l'auteur, les droits d'échantillonnage et de courte représentation ne sont pas sans préjudice pour le droit de dire non de l'auteur. Ces prérogatives permettent l'utilisation d'extraits dans le but de créer des œuvres composites sans que l'auteur ne puisse interférer,

mais, surtout, échantillonnage et courte représentation ne permettent pas au créateur de s'opposer à la diffusion des œuvres dérivées en question. Il s'agit là d'une atteinte particulièrement importante aux utilités d'exclusion de l'auteur, puisque la diffusion est effectuée non nécessairement dans un cercle restreint, mais peut et aura souvent lieu de la manière la plus large possible, c'est à dire sur Internet. L'œuvre, si elle connaît une certaine popularité, verra son contenu transformé et inévitablement diffusé, sur des canaux de diffusion très divers et sans que le concours de l'auteur de l'œuvre première ne soit jamais sollicité. Voilà qui tranche sensiblement avec le pouvoir d'exclusion tel qu'il résulte du droit de la propriété littéraire et artistique. Bien entendu, l'atteinte au droit d'exclusion de l'auteur n'est pas totale, les droits de l'utilisateur présentant pour limites les droits de l'auteur.

659. **Maintien d'un contrôle de l'auteur sur son œuvre.** Les droits d'accès à l'œuvre, d'échantillonnage et de courte citation n'ont cependant pas pour effet de priver l'auteur de toute maîtrise sur son œuvre. Le droit d'exclure trouvera toujours deux vecteurs pour se manifester. Premier vecteur, on le devine aisément, le droit d'exclure demeure relativement intact lorsque l'utilisation concernée est effectuée par une personne morale ou dans un but commercial. L'auteur demeure libre d'exclure de son œuvre toute entreprise ou tout particulier agissant dans une logique pécuniaire. Les utilités d'exclusion sont sensiblement préservées dans cette perspective. Second vecteur, et celui-ci est peut-être plus subtile, l'auteur disposera toujours d'un droit d'exclusion s'exerçant à travers ses droits moraux. En effet, quand bien même un usage s'inscrirait dans le cadre des droits de l'utilisateur, s'exerce toujours une faculté d'exclusion de l'auteur à travers ses droits extrapatrimoniaux. Dès lors qu'une atteinte à la paternité de l'œuvre ou au droit au respect sera objectivement constatée, l'auteur demeurera libre d'exiger ou non la cessation des actes à l'origine de la contrefaçon litigieuse. En définitive, le pouvoir d'exclusion, certes affaibli, n'est pas purement et simplement terrassé, et trouve une continuité à travers de multiples prérogatives.

2 : Encadrement du droit d'exclusion de l'auteur par la théorie de l'abus de droit

660. **Abus de droit et droits littéraires et artistiques.** La question de l'abus de droit est directement liée au caractère exclusif des droits de l'auteur en droit de la propriété littéraire et artistique. La situation de monopole de l'auteur peut effectivement conduire à certaines utilisations excessives des droits exclusifs, de même que les droits moraux peuvent être sujets

à des abus de droit¹²⁹. C'est notamment le cas des droits de retrait et de repentir qui, en droit positif, font l'objet d'un encadrement strict lors de leur exercice par l'auteur. Toutefois, il faut bien avouer que, en dehors de ce cas précis, l'abus de droit est bien plus souvent envisagé à l'égard des héritiers de l'auteur que de l'auteur lui-même. Dès lors, se dégage l'idée, pleinement en accord avec la logique propriétaire, que l'abus existera essentiellement lorsque n'est pas respectée la volonté de l'auteur défunt. Toutefois, les droits littéraires et artistiques permettent de questionner le sens et la fonction de l'abus de droit au sein du droit de la création immatérielle. En l'absence de propriété absolue, ne pourrait-on pas considérer que l'auteur abuse de son droit lorsqu'il en mésuse, c'est-à-dire qu'il ne respecte pas la finalité attachée à son bien ? Dans une telle perspective, une forme d'abus de position dominante sur l'exploitation de l'œuvre pourrait par exemple être reconnue en cas de cessation de l'exploitation de l'œuvre et de non mise à disposition de celle-ci au bénéficiaire d'une licence obligatoire. Ainsi, une solution semblable à celle de l'arrêt *Magill*¹³⁰ pourrait exister dans le champ du droit d'auteur et non plus relativement aux simples informations¹³¹.

661. Définition de l'abus de droit. Avant d'évoquer plus en détail le rôle de l'abus de droit au sein des droits littéraires et artistiques, il convient de revenir sur la définition même de l'abus de droit. Cette notion est essentielle car la détermination des contours de l'abus de droit permet, selon l'analyse du doyen Josserand, de mesurer les limites du droit subjectif lui-même¹³². Classiquement, en droit civil, l'abus de droit consiste en l'exercice dommageable d'une prérogative dans le seul et unique but de nuire à autrui et sans qu'aucun intérêt légitime ne puisse justifier l'exercice du droit en question. Une telle solution, n'intégrant pas le mésusage à l'abus de droit, trouve sa source dans le caractère absolu du droit de propriété¹³³. En droit des biens, le régime propriétaire tient la sanction du mésusage de la chose en horreur au nom du

¹²⁹ A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2010, 3^{ème} éd., p. 52.

¹³⁰ CJCE, 6 avr. 1995, n° C-241/91P, *Radio Telefis c/ Commission des Communautés européennes*, (D., 1996, p. 126, chron. B. EDELMAN ; *RTD com.*, 1995, p. 606, obs. A. FRANÇON ; *RTD eur.*, 1995, p. 835, obs. G. BONET ; *RTD eur.*, 1995, p. 859, chron. J-B. BLAISE et L. IDOT ; *RTD eur.*, 1996, p. 567 et 747, chron. J-B. BLAISE et L. IDOT ; *RJDA*, 1995, n° 8, p. 735, note L. DE GAULLE).

¹³¹ B. EDELMAN, « L'arrêt Magill : une révolution ? », *D.*, 1996, p. 126, chron. ss. CJCE, 6 avr. 1995, n° C-241/91P, *Radio Telefis c/ Commission des Communautés européennes* : « Pour elle [la CJCE], tout se passe comme si l'œuvre en question (les grilles de programmes) comportait une fraction non protégée – les informations – et une fraction protégée – la forme qui a été donnée à ces informations ».

¹³² L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 1939, 2^{ème} éd., p. 331 : « De deux choses l'une, ou bien j'use de mon droit, et alors mon acte est licite, par définition même, et ma responsabilité ne saurait donc être engagée ; ou bien mon acte est illicite, mais alors c'est que, par hypothèse, j'ai excédé les limites de mon droit ».

¹³³ C. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens*, Durant, Pedone et Hachette, 1875, t. 1, p. 465 : « La propriété étant absolue, confère, sinon en droit, du moins nécessairement en fait, au propriétaire, le droit de mésuser de sa chose ; car il ne serait pas absolu sans cela ».

respect de l'omnipotence du propriétaire. La propriété, permettant au titulaire de faire pratiquement ce qu'il souhaite de sa chose, « y compris un usage antisocial »¹³⁴, relègue le mésusage à un simple exercice immoral du droit¹³⁵. Néanmoins, certains biens sensibles verront leur mésusage sanctionné, à l'image des parcelles agricoles incultes ou manifestement sous-exploitées dont la cultivation est obligatoire¹³⁶. Par conséquent, la question de l'abus de droit s'avère centrale dans la détermination même des limites aux droits du titulaire.

662. L'abus de droit, instrument correctif. L'abus de droit ne peut, quelle que soit la matière considérée, occuper une place centrale. Un tel instrument n'est conçu que pour agir en qualité de correctif du droit principal considéré¹³⁷. Utiliser l'abus de droit comme technique récurrente de délimitation des droits du propriétaire relève « d'une sorte de maladie du droit »¹³⁸. C'est pour cette raison que l'abus de droit ne peut devenir un contrepoids systématique aux droits du propriétaire ou de l'auteur. Un tel instrument ne doit intervenir que dans des circonstances exceptionnelles, lorsque le titulaire excède manifestement l'étendue de ses prérogatives. Ainsi, le droit de la propriété littéraire et artistique limite-t-il le recours à la théorie de l'abus de droit à « l'abus notoire »¹³⁹. Bien que les droits littéraires et artistiques permettent de repenser le cadre entourant l'abus des droits de l'auteur, il sera donc nécessaire de demeurer prudent dans l'approche retenue afin de ne pas vider le monopole d'exploitation et le droit moral de leur substance par un élargissement inconsidéré de la théorie de l'abus de droit.

663. Abus de droit et finalité des droits littéraires et artistiques. La question de l'abus de droit ne peut être distinguée de la fonction sociale attachée aux droits littéraires et artistiques. La finalité attribuée à une prérogative marque le domaine dans lequel ce droit doit s'exercer. Franchir la limite posée par la fonction sociale du droit consiste nécessairement en un abus : « tout droit a une fonction sociale dont son titulaire ne peut s'évader qu'en commettant un délit qui a un nom : l'abus de droit »¹⁴⁰. Le pouvoir reconnu au titulaire, même dans le cadre

¹³⁴ J-P. CHAZAL, « Le propriétaire-souverain : archéologie d'une idole doctrinale », *RTD civ.*, 2020, p. 1.

¹³⁵ M. XIFARAS, *La propriété : étude de philosophie du droit*, Thèse, Besançon, dir. R. DAMIEN, PUF, 2004, p. 118.

¹³⁶ Code rural et de la pêche maritime, art. L. 125-5.

¹³⁷ C. CARON, *Abus de droit et droit d'auteur*, Thèse, Paris II, dir. A. FRANÇON, Litec, 1998, p. 147 : « L'abus de droit est une notion qui intervient à la marge dans des situations pathologiques. Ainsi, il est impossible de donner l'exemple de droits qui auraient été vidés de leur substance par l'intervention excessive de juges sur le fondement de l'abus ».

¹³⁸ *Ibidem*, p. 320.

¹³⁹ CPI, art. L. 121-3 et L. 122-9 à titre d'exemples.

¹⁴⁰ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*, op. cit., p. 322.

d'un régime propriétaire, connaît nécessairement des limites comme l'abus de droit, venant rappeler qu'aucune prérogative ne saurait être considérée comme purement égoïste¹⁴¹. Quelle que soit la matière concernée, l'abus de droit se présente comme un moyen d'assurer une certaine déontologie dans l'exercice des droits – et même « pouvoirs »¹⁴² devrait-on dès lors assumer – du titulaire¹⁴³. Cette même fonction est identifiable au sein du droit de la création immatérielle. Madame le Professeur Valérie-Laure Benabou indique notamment que, y compris en droit de la propriété littéraire et artistique, l'abus de droit assure une « fonction de restauration de l'intérêt général »¹⁴⁴. L'abus de droit, bien qu'il représente un sérieux correctif au modèle propriétaire, n'est donc pas un outil étranger au droit d'auteur tel que nous le connaissons. Dans ce contexte, un modèle questionnant la fonction sociale de la matière tout entière aboutit d'autant plus à reconsidérer le rôle de l'abus de droit, instrument centré sur la question de la finalité des droits. Un modèle fondé sur le partage des utilités de l'œuvre entre auteur et utilisateurs ne peut alors, selon toute vraisemblance, qu'entraîner l'extension du champ de l'abus de droit¹⁴⁵.

664. Détermination des critères de l'abus de droit en droits littéraires et artistiques. Dans le cadre de droits littéraires et artistiques, l'abus de droit doit faire l'objet d'un cadre clairement établi afin qu'il remplisse le plus efficacement la fonction qui lui revient. Bien entendu, au regard des dispositions auxquelles il se trouve rattaché, l'abus de droit supposera toujours une faute, un dommage ainsi qu'un lien de causalité unissant les deux premiers critères. La question de la faute est ici la plus déterminante. Suivant l'analyse de

¹⁴¹ F. GIRARD, « La propriété inclusive au service des biens environnementaux, repenser la propriété à partir du bundle of rights », *Cahiers Droit, sciences et technologies*, 2016, p. 185, n° 23 : « de nature profondément relationnelle, le droit de propriété ne peut être pensé indépendamment des conséquences sociales qui s'attachent à l'exercice de l'une quelconque des prérogatives du propriétaire » ; V. ég. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, Sirey, 1938, 3^{ème} éd., t. 1, p. 810 : Le droit de propriété « est relatif dans son exercice, dans sa réalisation, en ce sens qu'il ne peut être utilisé impunément que dans le plan de sa mission sociale, dans la ligne de son esprit, sinon le titulaire n'en use plus à vrai dire, mais il en abuse » ; V. ég. W. DROSS, « Que l'article 544 du Code civil nous dit-il de la propriété ? », *RTD civ.*, 2015, p. 27 : « La liberté absolue du propriétaire, revendiquée comme une absence totale de règles et de contraintes dans l'usage des choses, bafoue l'essence même de la liberté dont on sait qu'elle n'est pas la licence mais l'obéissance aux règles que l'on s'est choisies ».

¹⁴² Rappelons à cet effet que le pouvoir se distingue des autres prérogatives en ce qu'il est exercé en vertu d'une mission et qu'il ne peut être détourné de la fonction pour laquelle il a été attribué ; V. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2022, 14^{ème} éd., V. Pouvoir : « Prérogative finalisée que son titulaire a reçu mission d'exercer dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien et dont l'exercice est soumis à un contrôle juridictionnel (lorsque le pouvoir est détourné de sa fin) ».

¹⁴³ D. PIATEK, « Le droit d'auteur constitue-t-il un système clos et autosuffisant ? », *Légipresse*, 2019, p. 99.

¹⁴⁴ V-L. BENABOU, « L'abus de droit peut-il servir l'intérêt général ? » in M. BUYDENS et S. DUSOLLIER, *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, 2008, p. 226.

¹⁴⁵ C. CARON, *Abus de droit et droit d'auteur*, op. cit., p. 246 : « si les droits du public sont importants, les juges seront enclins à considérer comme abusif l'exercice des droits de l'auteur qui méconnaîtrait les intérêts de la collectivité ».

Monsieur le Professeur Christophe Caron, la faute peut résulter de deux ensembles : le but dans lequel le droit est exercé et la manière dont le droit est exercé¹⁴⁶. Concernant la manière, sera prise en compte la légèreté blâmable dans le refus opposé à un cocontractant ou utilisateur, la brutalité ou un potentiel exercice vexatoire du droit. Ici, aucun changement ne mérite d'être apporté, ce qui n'est pas le cas en ce qui concerne le but dans lequel est exercé le droit. En effet, peuvent être évoqués à ce titre deux types d'abus : celui résultant de l'intention de nuire, cette dernière étant généralement accompagnée d'une absence d'intérêt légitime du titulaire dans l'exercice du droit, et celui tenant au détournement du droit de sa fonction. Le droit civil tend à retenir le premier critère comme élément constitutif de l'abus, tandis que le second fait l'objet d'un accueil moins favorable au regard de l'interprétation qu'il suppose. Pour autant, la question du détournement du droit de sa fonction, déjà si importante chez le doyen Josserand, présente un intérêt non négligeable eu égard à la philosophie dont sont empreints les droits littéraires et artistiques.

665. Finalité du droit de l'auteur et abus de droit en droit positif. La question pourrait se poser de savoir si, en vue de mieux contrôler l'exercice du monopole d'exploitation de l'auteur et de ses droits moraux, il ne serait pas opportun de ne retenir que le critère d'un détournement du droit de sa finalité, plutôt que de rechercher l'intention de nuire de l'auteur¹⁴⁷. Monsieur le Professeur Christophe Caron s'oppose cependant fermement à une telle hypothèse : « il est vrai qu'il existe une fonction sociale du droit d'auteur, même du vivant du créateur. Mais il nous semble qu'elle n'a pas la prééminence par rapport aux finalités égoïstes et personnelles de ces droits »¹⁴⁸. Effectivement, un tel critère ne semble pas pleinement conciliable avec l'approche fortement personnaliste qui est celle du droit positif. Ainsi, dans la logique du droit positif, du vivant de l'auteur, il apparaît difficile de mettre en avant la finalité sociale du droit en vue d'appeler à un exercice raisonnable de ses prérogatives par le créateur.

666. Abus de droit de droit, fonction sociale et juridictions. Toutefois, la prise en compte de la finalité du droit n'est pas étrangère à l'abus de droit d'auteur, et les juges ont parfois tendance à y avoir recours dans leur motivation. Ce fut notamment le cas au sein d'un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation de 1991 relatif à l'exercice abusif du droit de retrait du vivant d'un auteur¹⁴⁹. Comme bien souvent dans ce type de contentieux,

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 143.

¹⁴⁷ L. MARINO, *Responsabilité civile et activité d'information*, Thèse, Montpellier, dir. M. BIBENT, 1995, p. 306

¹⁴⁸ C. CARON, *Abus de droit et droit d'auteur*, op. cit., p. 268.

¹⁴⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, n° 89-21.701, *Chiavarino c/ Société Parisienne d'Édition (SPE)*, Bull., (JCP G, 1991, II, 21760, note F. POLLAUD-DULIAN ; D., 1992, p. 15, obs. C. COLOMBET) : « Mais attendu que le

l'auteur souhaitait utiliser son droit moral en vue de renégocier les conditions d'exploitation de son œuvre, hypothèse pourtant exclue par la *ratio legis* de l'article L. 121-4 du CPI. La décision vient alors sanctionner un acte « étranger à la finalité de l'article » et opérant un « détournement des dispositions de ce texte ». Si le droit positif ne met donc pas explicitement en avant le critère du détournement du droit de sa finalité, la pratique judiciaire conduit parfois à s'y référer par nécessité. Toutefois, des exemples existent également au-delà du seul droit de la propriété intellectuelle. C'est notamment le cas dans des contentieux en droit de la consommation¹⁵⁰, lorsque les dénonciations opérées par certaines associations dépassent les limites du droit à l'information¹⁵¹. Ainsi, le recours à la finalité des droits peut, semble-t-il, parfaitement être mis en œuvre en droit de la création immatérielle.

667. Le détournement du droit de sa finalité, critère opportun ? Quoi qu'il en soit, une fois considérés comme des droits-fonctions, les droits de l'auteur peuvent être librement conditionnés au respect de leur propre finalité. Un argument pourrait cependant être invoqué à l'encontre de la prise en compte de la finalité des droits de l'auteur dans l'appréciation de l'abus de droit. La finalité d'un droit, si elle transparait parfois sans ambiguïté du texte, peut bien souvent être particulièrement difficile à identifier. Un tel critère devrait alors être exclu pour cause d'imprévisibilité au regard des diverses interprétations dont il pourrait être l'objet. Cet argument doit être pris en compte dans la mesure où il met en évidence les limites d'un tel critère. Il ne devrait toutefois pas conduire à purement et simplement l'évincer. Madame le Professeur Valérie-Laure Benabou propose, afin de renforcer la théorie de l'abus de droit en droit d'auteur, que le juge donne une définition plus précise de la fonction des droits de l'auteur¹⁵². Lorsque cette fonction est évidente ou peut être raisonnablement déduite, elle doit être mise en évidence. Toutefois, dès lors qu'aucune fonction ne se dégage clairement de l'analyse opérée par les magistrats, il faut renoncer à invoquer la fonction sociale du droit. L'application de ce critère est donc opportune, d'autant plus que retenir la seule intention de nuire apparaîtrait particulièrement restrictif. Ce critère pourra bien souvent être tenu en échec

droit de repentir et de retrait constitue l'un des attributs du droit moral de l'auteur ; qu'ayant constaté que M. X... se bornait à alléguer, pour justifier sa demande, l'insuffisance du taux de un pour cent appliqué par la SPE pour le calcul de ses redevances, la cour d'appel a retenu à bon droit qu'étranger à la finalité de l'article 32 de la loi du 11 mars 1957 un tel motif, quel que puisse être par ailleurs son mérite, caractérisait un détournement des dispositions de ce texte et un exercice abusif du droit qu'il institue ; que par cette seule considération, et abstraction faite des autres motifs de l'arrêt, qui sont surabondants, la cour d'appel a justifié sa décision de rejeter la demande de M. X... ».

¹⁵⁰ L. MARINO, *Responsabilité civile et activité d'information*, op. cit., p. 306

¹⁵¹ A titre d'exemple V. CA Paris, 28 févr. 1989, UFC c/ Jeanneau.

¹⁵² V-L. BENABOU, « L'abus de droit peut-il servir l'intérêt général ? » op. cit., p. 226.

par un intérêt légitime de l'auteur agissant dans le cadre de ses prérogatives étendues, bien que son usage puisse être non conforme à la finalité même du droit. L'intention de nuire sans intérêt légitime de l'auteur serait, en effet, exceptionnelle en droit de la création immatérielle. C'est également pour cette raison que le détournement du droit de sa finalité ne peut être immédiatement rejeté comme critère de la théorie de l'abus des droits de l'auteur et de l'utilisateur.

668. Caractérisation de l'abus par le détournement du droit de sa fonction sociale. Le détournement du droit de sa finalité peut donc être retenu comme critère de l'abus de droit au sein des droits littéraires et artistiques¹⁵³. Au-delà de la finalité générale du droit de la création immatérielle, invitant au partage de l'œuvre au plus grand nombre, à la protection de l'auteur et à l'incitation à la création, le juge pourrait également rechercher la finalité particulière de certains textes pour juger de l'existence ou non de l'abus. Notons que le détournement du droit de sa fonction sociale ne doit pas être une condition cumulative avec l'intention de nuire et ne peut non plus se substituer à elle : ces critères doivent être alternatifs. Ce choix s'opère pour deux raisons. D'une part, le détournement du droit de sa fonction n'englobera pas systématiquement toute utilisation des droits dans l'intention de nuire. Il est possible d'imaginer que l'auteur utilise son bien conformément à sa fonction, tout en cherchant, par la même occasion, à causer sciemment un préjudice à autrui. D'autre part, bien que l'intention de nuire sans intérêt légitime soit particulièrement peu commune en droit de la création immatérielle, on ne peut la laisser prospérer au prétexte de sa rareté. C'est ainsi que, concernant le dommage lié au but dans lequel est exercé le droit, intention de nuire et détournement du droit de sa fonction doivent pouvoir être indépendamment actionnés l'un et l'autre. Un tel cumul existe d'ailleurs déjà à l'étranger, notamment aux Pays-Bas où l'abus peut également résulter d'un troisième critère : l'existence d'une disparité déraisonnable entre les intérêts de l'auteur et ceux de la personne qui subit un préjudice¹⁵⁴. Il nous semble toutefois qu'une telle disparité ne devrait pas être réglée par le mécanisme de l'abus de droit, mais davantage par un contrôle de proportionnalité, bien que les deux mécanismes présentent de fortes similitudes. La question du droit d'exclusion de l'auteur ayant été abordée,

¹⁵³ Dans le même sens V. A. BERTRAND, *Droit d'auteur, op. cit.*, p. 221 : « Les éléments constitutifs de l'abus doivent être non seulement l'intention de nuire (conforme à l'approche classique de l'abus de droit), mais aussi le détournement de la finalité du droit, notamment lorsqu'il est exercé à des fins qui méconnaissent l'intérêt de la collectivité ».

¹⁵⁴ Législation des Pays-Bas mentionnée par C. SGANGA et S. SCALZINI, « From abuse of right to European copyright misuse : a new doctrine for EU copyright law », *International review of intellectual property and competition law*, Springer, vol. 48, n° 4, juin 2017, p. 417.

notamment à travers l'abus de droit, il nous revient de présenter l'étendue des droits de disposition de l'auteur au sein de droits littéraires et artistiques.

B : Retranchement impératif des facultés de disposition de l'auteur

669. L'effacement du pouvoir de disposition de l'auteur. Face aux droits de l'utilisateur, le monopole d'exploitation de l'œuvre se trouve certes amputé d'une partie des utilités liées à l'exclusivité du bien, mais surtout de nombreuses utilités ayant trait à la disposition de celui-ci. En réalité, nous nous apprêtons à mettre en évidence un effacement des facultés de disposition de l'auteur en parfaite adéquation avec la disparition de son droit de propriété. Nous constaterons donc l'évanouissement du droit de disposition de l'auteur sur son œuvre (1), avant de nous demander si cette perte peut être analysée en une expropriation de l'auteur (2).

1 : L'évanouissement du droit de disposition de l'auteur sur son œuvre

670. Intangibilité de l'œuvre de l'esprit. Avant même d'évoquer les effets des droits littéraires et artistiques sur le pouvoir de disposition de l'auteur sur son œuvre, il faut bien constater que le droit positif limite intrinsèquement les utilités qui y sont liées. Une telle entrave au droit de disposition relève de l'identité même du droit d'auteur. La distinction entre l'œuvre et son support implique que, par nature, l'œuvre est nécessairement conçue comme un objet immatériel¹⁵⁵. Dès lors, il est impossible d'anéantir l'œuvre comme on pourrait incendier un immeuble ou tout objet corporel. Certes, l'accès à l'œuvre peut être compromis par la disparition de la totalité des supports, tant physiques que numériques, mais, d'un point de vue strictement juridique, l'œuvre perdure¹⁵⁶. Au fil du temps, de nombreuses chorégraphies de ballets, notamment du XIXème et du début du XXème siècle ont été perdues. Peut-on à ce seul titre affirmer que ces œuvres sont également mortes aux yeux du Droit ? Certainement pas !

¹⁵⁵ V-L. BENABOU, « Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle », *RLDI*, n° 1, 1^{er} janv. 2005 : « L'œuvre transcende en effet la matière qui la contient ou qui la véhicule car elle est apte à se renouveler indéfiniment dans des copies en nombre. L'œuvre se retrouve dans chacune de ses reproductions, quel qu'en soit le support ».

¹⁵⁶ S. GUTIERREZ-LACOUR, *Le temps dans les propriétés intellectuelles*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, Litec, 2004, p. 213 : « Une fois créée, l'œuvre, la mise ne forme d'une idée, demeure éternellement. Seul l'oubli peut la toucher, mais s'il peut être source de disparition, il n'emportera jamais destruction de l'œuvre, celle-ci n'étant, par hypothèse, en tant qu'objet immatériel, pas destructible ».

La preuve de l'existence passée de l'œuvre et de ses caractéristiques sera rendue plus difficile par la perte des supports, mais l'œuvre demeure, même affranchie de son enveloppe physique¹⁵⁷. En ce sens, même en droit positif, l'œuvre s'avère purement intangible. Une fois divulguée, la volonté de l'auteur ne saurait, même par l'exercice de ses droits moraux, permettre de détruire la substance de l'œuvre – elle n'en a pas – alors que la propriété civiliste permet l'extinction du droit par la perte de la chose. Ainsi, même le droit de la propriété littéraire et artistique, tant par sa nature que par sa philosophie, fixe une limite aux facultés de disposition de l'auteur.

671. Disposition du support physique de l'œuvre de l'esprit. Bien que la question de la disposition du support physique de l'œuvre intéresse en grande partie le droit des biens, elle est évidemment essentielle au regard du droit d'auteur. Il existe ici également de multiples restrictions relatives au droit de disposition portant sur le support de l'œuvre. La seule hypothèse dans laquelle le créateur de l'œuvre pourra détruire l'enveloppe de l'œuvre sans restriction sera celle dans laquelle la propriété du support n'aura pas été transférée à un tiers¹⁵⁸. Toutefois, dès lors qu'un transfert de propriété aura lieu, les utilités relatives à la destruction du support seront nécessairement neutralisées. D'une part, l'auteur ne peut évidemment détruire ou altérer le support cédé à un tiers¹⁵⁹. Le conflit entre propriétés conduit ici à faire prévaloir l'intérêt du titulaire du support physique sur la propriété de l'auteur. D'autre part, l'acquéreur du support de l'œuvre, devenant gardien de celle-ci, est tenu d'assurer raisonnablement sa conservation¹⁶⁰. Les droits moraux de l'auteur, et particulièrement le droit au respect, s'opposent dès lors à ce que l'acquéreur dispose du support comme il disposerait de tout objet de propriété. Là encore, les utilités de disposition relatives au support se trouvent neutralisées, étant toujours entendu que ces utilités n'intègrent pas strictement le droit de la création immatérielle, mais une propriété civiliste.

672. Rejet d'une obligation de conservation du support de l'œuvre par l'auteur. La question pourrait se poser de savoir si, au regard du droit d'accès de l'utilisateur, il serait souhaitable de neutraliser les facultés de disposition de l'auteur sur le support non cédé.

¹⁵⁷ C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, Thèse, Strasbourg, dir. C. CARON et Y. REBOUL, 2010, p. 137.

¹⁵⁸ G. CHARPENTIER, *De la prétendue propriété littéraire et artistique*, éd. Charpentier, 1862, p. 4 ; Cette idée fut pourtant combattue : « Le jour où il [l'auteur] la communique [l'œuvre] au public, et c'est son plus beau jour, il s'en dessaisit, et la société s'opposerait, avec raison, à ce qu'il la détruisît s'il le voulait et s'il le pouvait ».

¹⁵⁹ P. MOURON, « Quid des dégradations effectuées par un auteur sur ses propres œuvres ? », *RLDI*, n° 155, 1^{er} janv. 2019, note ss. Cass. crim., 20 juin 2018, n° 17-86.402.

¹⁶⁰ M-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, Thèse, Paris I, dir. G. LOISEAU, LGDJ, 2006, p. 341 : « Plus les utilités concédées sur la chose sont nombreuses, plus dense est l'obligation de conservation ».

Une telle solution permettrait d'éviter une perte définitive du contenu de l'œuvre face à l'opposition de l'auteur. Une telle mesure apparaît cependant excessive et disproportionnée. En effet, l'œuvre soumise au droit d'accès sera nécessairement divulguée et reproduite, impliquant, bien souvent qu'il en existera une copie analogique ou numérique. D'une part, si l'œuvre a été commercialisée sur un réseau numérique, l'exercice du droit d'accès est assuré et plusieurs copies numériques éviteront la perte définitive de l'œuvre. D'autre part, si le support a été cédé à un tiers, sa destruction, qu'elle soit à l'initiative de l'auteur ou du tiers, devient proscrite. Demeure toutefois la possibilité que l'œuvre soit divulguée dans la seule sphère physique et sans transfert de propriété du support. Il est ainsi tout à fait loisible à un grand peintre de prêter le support unique d'une œuvre nouvelle à un musée à des fins d'exposition, et de détruire celui-ci à l'issue du prêt. Dans ce cas, si l'auteur n'a pas procédé à la mise à disposition de l'œuvre par voie numérique ou qu'aucune licence obligatoire n'a été accordée avant la destruction, l'exercice du droit d'accès se trouve compromis, sauf si une copie existe encore. Cette situation ne doit cependant pas donner lieu à sanction. Il serait effectivement déraisonnable d'imposer un châtement à l'auteur au seul titre de la destruction du support physique de l'œuvre. Cette solution s'impose d'autant qu'elle concerne un nombre extrêmement limité d'hypothèses, la commercialisation via de nombreux supports demeurant la norme aujourd'hui. Ce n'est que dès lors que l'auteur s'oppose abusivement à la demande de délivrance d'une copie de l'œuvre auprès de son contractant, ou du titulaire d'une licence obligatoire, qu'une sanction pourra lui être appliquée sous forme de dommages et intérêts.

673. L'interdiction de cession des droits sur l'œuvre, atteinte au droit de disposition de l'auteur. Il est ici utile de revenir sur l'une des propositions précédemment évoquées concernant les formes contractuelles ouvertes à l'auteur : l'impossibilité de cession des droits patrimoniaux de l'auteur¹⁶¹. Interdire toute cession des droits patrimoniaux, par la limitation de la période d'exclusivité, présente ici un impact majeur sur les utilités de disposition de l'auteur. La concession, s'analysant en une simple autorisation d'exploitation temporaire ou non exclusive, ne constitue pas un acte de disposition en ce qu'il ne s'agit pas d'une opération grave engageant le patrimoine de l'auteur¹⁶². La cession, quant à elle, entraînant un transfert de droits, constitue un véritable acte de disposition. Privé de la faculté de disposer juridiquement de son œuvre, l'auteur ne se trouve ainsi plus en mesure de

¹⁶¹ V. *supra* n° 443.

¹⁶² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V. Disposition.

transmettre contractuellement de ses droits patrimoniaux. Progressivement, il semblerait que le sort de l'œuvre se trouve, plus que jamais, irrémédiablement lié à celui de l'auteur.

674. Les droits de l'auteur, prérogatives majoritairement indisponibles.

Au regard de l'ensemble des éléments précédemment développés, les utilités de disposition reconnues au profit de l'auteur semblent s'évanouir dans le cadre des droits littéraires et artistiques, marquant, dans cette logique, la fin consommée du régime propriétaire¹⁶³. La disposition du droit moral se trouve exclue par principe, de même que la destruction de l'œuvre qui s'avère illusoire au regard de sa nature intellectuelle. À ceci s'ajoute l'impossibilité pour l'auteur de disposer de l'œuvre par voie contractuelle. Si un parallèle devait être entrepris entre les utilités demeurant au profit de l'auteur et le triptyque, l'on pourrait aisément considérer les prérogatives du créateur comme constitutives d'une forme d'usufruit¹⁶⁴ grevé de multiples servitudes. Dans ce modèle toutefois, il n'existe nul nu-propriétaire, sauf à considérer la société comme nue-propriétaire de toute œuvre de l'esprit. Néanmoins, les facultés de disposition de l'auteur ne se trouvent pas purement et simplement annihilées dans le cadre de droits littéraires et artistiques. De fait, l'auteur demeure toujours libre de renoncer à l'exercice de tout ou partie ses prérogatives patrimoniales, notamment via l'outil que constituent les licences libres. Le renoncement de l'auteur à ses droits peut alors s'analyser, si l'on prolonge la comparaison avec le droit civil, en un déguerpissement. En définitive, et bien que le renoncement aux droits de l'auteur constitue une forme de survivance du droit de disposition de l'auteur, ce dernier se trouve largement paralysé par l'esprit des droits littéraires et artistiques dans lequel il semble s'évanouir.

2 : La disparition du droit de disposition, une expropriation de l'auteur ?

675. Les droits littéraires et artistiques, une expropriation du fait de la loi ?

L'existence de droits au profit de l'utilisateur, notamment le droit d'accès et la licence légale l'accompagnant, ainsi que les multiples restrictions aux droits de l'auteur qui accompagnent ce système ne conduisent-elles pas à exproprier le créateur ? Il faut l'admettre, la seule disparition

¹⁶³ M. XIFARAS, *La propriété : étude de philosophie du droit, op. cit.*, p. 115 : « La propriété est décomposable en l'infinité des éléments qu'elle contient, et chacun de ces éléments peut en être séparé sans qu'elle cesse d'être une propriété, à l'exception toutefois de cet usage suprême [l'*abusus*] ».

¹⁶⁴ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil : les biens*, LGDJ, 2010, 2^{ème} éd., p. 88 : « L'inaliénabilité paraît incompatible avec la propriété : sans pouvoir de disposer de son bien, le propriétaire, dont le droit serait réduit à un droit d'usage et de jouissance, ne serait plus vraiment un propriétaire mais une sorte de simple possesseur ou usufruitier ».

du terme « propriété » ne permet pas de conclure, sans autre forme de démonstration, à une expropriation, ce terme pouvant correspondre à différentes réalités. L'expropriation dont il est ici question serait non une expropriation au profit d'une personne morale de droit public, mais plutôt une expropriation du fait de la loi liée au passage d'un régime propriétaire à un régime monopolistique. L'intérêt est donc ici de déterminer si l'auteur peut être considéré comme dépossédé du fait d'un changement de modèle.

676. L'absence de dispositif explicite d'expropriation de l'auteur en droit positif.

Le droit de la propriété intellectuelle est, dans son esprit, hostile à la technique de l'expropriation. Seul le droit de la propriété industrielle permet une expropriation en matière de brevet¹⁶⁵. La procédure est limitée dans son objet car, de l'initiative et au profit de l'État, elle ne peut avoir pour but que d'assurer la défense nationale. Le droit de la propriété littéraire et artistique, par son héritage, apparaît hermétique à toute mesure d'expropriation des droits patrimoniaux de l'auteur. Les licences non volontaires, bien qu'elles s'imposent à l'auteur, ne peuvent être considérées comme expropriant le créateur¹⁶⁶, ce dernier demeurant titulaire de ses prérogatives, bien que certaines utilités d'exclusion se trouvent neutralisées. En réalité, seul le support de l'œuvre pourra véritablement faire l'objet d'une expropriation, comme en matière de biens culturels découverts à l'occasion de fouilles archéologiques¹⁶⁷. Cependant, encore une fois, le support n'étant pas l'œuvre, une telle expropriation présente une portée bien limitée sur le droit de la création immatérielle.

677. Étendue de l'expropriation. Afin de déterminer si la mise en œuvre de droits littéraires et artistiques pourrait conduire à une expropriation de l'auteur du fait de la loi, il convient de revenir sur la définition même de l'expropriation. En droit des biens, celle-ci s'entend de « toute opération tendant à priver contre son gré de sa propriété un propriétaire foncier »¹⁶⁸. La notion d'expropriation se trouve ainsi largement construite en référence à la propriété immobilière. Dès lors, l'application de l'expropriation à des meubles incorporels, tels les droits intellectuels, ne semble pas si évidente. D'abord, l'expropriation peut être définie plus largement que ce que le terme laisse intuitivement supposer. Le caractère corporel ou non de l'objet visé est indifférent, comme le démontre l'existence d'un mécanisme d'expropriation en matière de brevets. Ensuite, l'expropriation, pour exister, n'a pas besoin d'être

¹⁶⁵ CPI, art. L. 613-20.

¹⁶⁶ A. ROBIN, *La copropriété intellectuelle, contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, Thèse, Montpellier, dir. N. MALLET-POUJOL, LGDJ, 2005, p. 97.

¹⁶⁷ Loi du 27 sept. 1941 portant réglementation des fouilles archéologiques, art.11 et 16.

¹⁶⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V. Expropriation.

nécessairement d'utilité publique¹⁶⁹. Il est tout à fait possible d'envisager le passage de la propriété littéraire et artistique aux droits littéraires et artistiques comme une expropriation d'utilité privée. Ce n'est effectivement pas le public dans son ensemble qui est bénéficiaire de droits, mais les utilisateurs, chacun pris de façon isolée. Enfin, la notion d'expropriation peut, au sens de certains auteurs, exister même en l'absence de dépossession totale de l'auteur.

678. L'absence d'expropriation totale de l'auteur. La notion d'expropriation se trouve, en réalité, bien souvent utilisée même en l'absence de dépossession totale de l'auteur. Messieurs les Professeurs Christophe Caron et Christophe Geiger considèrent par exemple que les exceptions aux droits de l'auteur constituent, déjà en droit positif, des formes d'expropriation¹⁷⁰. Dans cette acception, l'expropriation n'a pas pour effet de priver l'auteur de la totalité des droits patrimoniaux sur son œuvre ; il s'agit uniquement de le délester d'une partie des utilités portant sur sa création. Dès lors, toute atteinte au droit du fait de la loi constitue une forme d'expropriation partielle. Il ne s'agira bien entendu pas d'une expropriation au sens fort du terme ou telle qu'elle existe en droit foncier, mais d'une dépossession relative des prérogatives de l'auteur. Les droits littéraires et artistiques conduisent cependant à reconnaître bien plus que de simples exceptions au profit des utilisateurs, ce qui conduit à questionner l'ampleur de l'atteinte en cause. Aux yeux de certains auteurs, ayant déjà envisagé la possibilité d'une forme de droit d'accéder à la culture se rapprochant du droit d'accès à l'œuvre, une telle prérogative conduirait à une véritable expropriation de l'auteur¹⁷¹. Nous n'adhérons toutefois à pas à cette conception d'une expropriation substantielle des droits de l'auteur par l'effet de droits de l'utilisateur. Il convient à nouveau de rappeler que le droit de l'auteur demeure le principe en droits littéraires et artistiques : il s'agit toujours d'un *full right*. Les atteintes qui sont portées aux droits de l'auteur le sont concernant une population déterminée, pour des

¹⁶⁹ Si une expropriation pour cause d'utilité publique doit être reconnue en matière de droit d'auteur, il s'agit alors de celle ayant lieu au terme des droits patrimoniaux de l'auteur : P. RECHT, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, LGDJ, 1969, p. 258.

¹⁷⁰ C. CARON, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP G*, n° 39, 22 sept. 2004, p. 1624 ; C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, 2003, p. 145 : « si ces exceptions portent atteinte de manière trop importante à un des droits d'exploitation, cela pourra être considéré comme une expropriation ».

¹⁷¹ P-Y. GAUTIER, « Vers le déclin du droit de la propriété intellectuelle », *Propriétés intellectuelles*, n° 54, janv. 2015, p. 15 : « Certains plaident qu'il faudrait même supprimer la propriété intellectuelle et la remplacer par une sorte de droit d'accès à la culture, rémunéré par une compensation équitable. Mais qui ne voit que c'est alors l'expropriation qui prend la place du droit subjectif, avec des indemnisations collectives, forfaitaires et très difficiles à répartir entre chacun des titulaires, pour l'usage public de leurs œuvres et interprétations ? » ; S. CARRE, *L'intérêt du public en droit d'auteur*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, 2004, t. 1, p. 228 : « Il serait en effet erroné de soutenir qu'il [l'intérêt du public] exige une obligation de l'auteur de communiquer son œuvre. Il n'est que dans les systèmes totalitaires où une telle obligation peut être imposée à l'auteur et où l'on peut prétendre qu'il y a un intérêt du public à procéder à une telle "expropriation" ».

usages spécifiques et dans des conditions particulières. Ainsi, même si certaines des utilités de l'auteur disparaissent, il demeure titulaire d'un droit dont l'importance est si grande qu'il se définit plus naturellement à l'aune de ses limites. La disparition quasi totale des utilités de disposition de l'auteur ne peut donc conduire à conclure à une pleine et véritable expropriation de l'auteur du fait de la loi. En définitive, si la naissance de droits littéraires et artistiques provoque une expropriation au sens large, celle-ci ne peut qu'être relative, d'autant qu'elle résulte directement de la loi. Après l'étude du sort des droits d'exclusion et de disposition, intéressons-nous plus particulièrement à l'étendue des droits moraux de l'auteur.

II : Délimitation renouvelée des droits moraux de l'auteur

679. Aménagement des droits moraux de l'auteur. Le changement de philosophie du droit de la création immatérielle, s'il apporte des bouleversements profonds concernant les droits patrimoniaux de l'auteur, ne peut rester sans effets sur son droit moral. Certes, certains changements, notamment relatifs au droit de retrait, ont déjà été évoqués au titre de l'étude des fondements et de la légitimité du droit moral, mais la mise en évidence des caractéristiques des droits littéraires et artistiques autorise d'autres ajustements. Ces derniers n'auront pas tant trait à la nature du droit moral, demeurant indisponible et théoriquement perpétuel, qu'à ses modalités d'exercice. Seront donc successivement analysées la portée atténuée du droit au respect de l'auteur (A) et la portée aménagée des autres droits moraux de l'auteur dans le cadre des droits littéraires et artistiques (B).

A : Portée atténuée du droit au respect de l'auteur

680. Étendue du droit au respect en droit positif. Au sein du droit moral de l'auteur, le droit au respect apparaît singulier quant à sa délimitation. Là où l'existence d'une atteinte au droit de retrait, au droit de paternité ou au droit de divulgation relève généralement d'une appréciation purement objective, le droit au respect suscite davantage de questionnements. Cela s'explique en grande partie par la difficile délimitation des frontières de ce droit¹⁷². Le CPI, synthétique, se borne à indiquer que « l'auteur jouit du droit au respect de son nom, de

¹⁷² P. SIRINELLI, *Propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 2016, 3^{ème} éd., p. 194.

sa qualité et de son œuvre »¹⁷³. Au-delà des termes de cet article, la conception du droit au respect et de ses limites repose essentiellement sur une appréciation jurisprudentielle. Il faut toutefois le noter, les tribunaux ont une vision étendue du droit au respect puisque « toute modification, quelle qu'en soit l'importance, apportée à une œuvre de l'esprit, porte atteinte au droit de son auteur au respect de celle-ci »¹⁷⁴. Le droit au respect suppose donc, en droit positif, que soit préservée scrupuleusement la forme de l'œuvre. Cette prérogative extrapatrimoniale ne se limite cependant pas à un simple respect de l'intégrité de l'œuvre. Le droit au respect suppose également que soit respecté l'esprit de la création. Ainsi, l'œuvre ne peut être détournée pour toute forme d'utilisation et ne peut voir son essence altérée. Toutefois, il existe une hypothèse dans laquelle le strict respect de la forme de l'œuvre ne sera pas requis : celle dans laquelle l'œuvre fait l'objet d'une adaptation. Dans cette hypothèse, et pour des raisons évidentes tenant au changement de vecteur artistique, l'analyse de l'atteinte au respect de l'œuvre se porte essentiellement sur l'esprit de l'œuvre¹⁷⁵. Ce fut notamment le cas dans l'affaire des Dialogues des carmélites¹⁷⁶ au cours de laquelle fut jugé qu'un changement de mise en scène n'était pas constitutif d'une contrefaçon, dans la mesure où les thèmes abordés par l'œuvre littéraire d'origine étaient respectés, de même que l'esprit de cette dernière. En tout état de cause, le droit au respect fait l'objet d'une protection relativement extensive en droit positif.

681. Caractère non absolu du droit au respect. Le droit au respect n'est cependant pas conçu par les tribunaux comme un droit absolu. En fonction des circonstances, la jurisprudence aura naturellement tendance à concevoir le droit au respect de manière variable, bien qu'une telle distinction ne soit pas exigée par la loi. À titre d'exemple, le droit au respect fait généralement l'objet, pour des raisons d'opportunité, d'une approche plus souple concernant les œuvres architecturales et les petites monnaies du droit d'auteur. Également,

¹⁷³ CPI, art. L. 121-1.

¹⁷⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 5 déc. 2006, n° 05-11.789, *Barbelivien*, (*Propriété Intellectuelle*, 2007, n° 23, p. 205, obs. J.-M. BRUGUIÈRE ; *CCE*, 2007, n° 18, note C. CARON ; *RLDI*, 2007, n° 25, p. 6, note A. SINGH et T. DEBIESSE ; *RIDA*, janv. 2007, n° 211, p. 235, note P. SIRINELLI ; *Légipresse*, 2007, n° 241, III, p. 112, note F. CORONE et C. BARASSI ; *RTD com.*, 2007, p. 95, obs. F. POLLAUD-DULIAN).

¹⁷⁵ P. NOUAL, « Nécessité d'un juste équilibre entre le droit moral et la liberté de création : *harmonia legalis* pour les Dialogues des Carmélites », *RLDI*, août 2017, n° 140, note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 22 juin 2017, n° 15-28.467 : « une modification matérielle de l'œuvre, respectant la destination de l'œuvre mais n'altérant pas son esprit, n'est pas suffisante pour constituer une atteinte à l'intégrité de l'œuvre ».

¹⁷⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 12 juin 2001, n° 98-22.591, (*Propriété Intellectuelle*, oct. 2001, p. 62, obs. A. LUCAS) : « l'adaptation au cinéma d'une œuvre littéraire impliquait qu'une certaine liberté soit reconnue à l'adaptateur ; qu'ayant souverainement retenu que l'œuvre adaptée respectait l'esprit de l'œuvre préexistante et que, bien que comportant un apport personnel de l'adaptateur, exigé par la transposition à l'écran, elle reproduisait fidèlement l'intrigue et le caractère du personnage principal, la cour d'appel, qui a répondu aux conclusions dont elle était saisie, a ainsi légalement justifié sa décision sur ce point ».

et bien que droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux soient théoriquement indépendants, l'appréciation du respect de l'œuvre élevée au domaine public sera parfois plus permissive que lorsqu'un monopole s'exerce encore sur cette même création. Le droit au respect ne peut non plus être considéré comme absolu au regard de sa mise en balance avec d'autres droits lors du contrôle de proportionnalité. Dans l'affaire des Dialogues des carmélites tout juste évoquée, la propriété des auteurs se trouvait, à titre d'illustration, mise en perspective avec la liberté d'expression du metteur en scène¹⁷⁷. Ainsi, loin d'un droit au respect intangible de l'œuvre, la pratique judiciaire met en évidence le caractère relatif de cette prérogative.

682. Le droit au respect, outil de contrôle des suites sur l'œuvre. Le droit au respect de l'œuvre ne permet pas de s'opposer à ce que celle-ci serve de source d'inspiration en vue de l'élaboration d'œuvres nouvelles¹⁷⁸. Toutefois, dès lors que l'œuvre seconde, reprenant les personnages, les thématiques et les éléments caractéristiques de l'œuvre première, présente un contenu trop proche de sa source d'inspiration, la contrefaçon ne peut qu'être constatée. Ce principe s'applique pleinement dans l'hypothèse où l'auteur d'une suite aurait omis de demander l'autorisation du créateur de l'œuvre première. La condamnation est ici tant prononcée au regard des droits patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux de l'auteur. Néanmoins, lorsque le monopole de l'auteur s'éteint à l'issue du délai de soixante-dix ans *post mortem auctoris*, la condamnation du créateur de la suite ne sera pas automatique. Comme le rappelle la jurisprudence *Les Misérables*, une fois l'œuvre entrée dans le domaine public, toute suite ne peut être, par principe, qualifiée de contrefaçon¹⁷⁹. Dans cette affaire, l'analyse avait conduit la

¹⁷⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 22 juin 2017, n° 15-28.467, (*D.*, 2017, p. 1955, note P. MALAURIE ; *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 536, note J. DALEAU ; *RTD com.*, 2017, p. 891, note F. POLLAUD-DULIAN ; *Légipresse*, 2017, p. 438, note E. TREPPOZ ; *CCE*, 2018, chron. 6, obs. X. DAVERAT) : « en se prononçant ainsi, sans examiner, comme elle y était invitée, en quoi la recherche d'un juste équilibre entre la liberté de création du metteur en scène et la protection du droit moral du compositeur et de l'auteur du livret, justifiait la mesure d'interdiction qu'elle ordonnait, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé [article 10 paragraphe 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales] ».

¹⁷⁸ M-A. PASCAL, *Etude comparée du droit d'auteur et des droits de la personnalité*, Thèse, Montpellier, dir. A. ROBIN, 2011, p. 355 : « Si le droit moral offre le meilleur rempart contre les intrusions d'un tiers dans une création quelconque, il ne peut toutefois pas se présenter comme un frein à la liberté de création et de ce fait, empêcher que l'œuvre première puisse être une source d'inspiration pour des créations à venir, car tel n'est pas le but du droit d'auteur ».

¹⁷⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 30 janv. 2004, n° 04-15.543, *Éd. Plon et F. Ceresa c/ P. Hugo et SGDL*, Bull., (*CCE*, 2007, n°3, p. 26, note C. CARON ; *D.*, 2007, p. 497, obs. J. DALEAU ; *D.*, 2007, p. 920, note S. CHOISY ; *RIDA*, avr. 2007, p. 193, obs. P. SIRINELLI ; *Propr. Intell.*, 2007, p. 207, obs. A. LUCAS ; *RDT com.*, 2007, p. 354, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *JCP G*, 2007, I, n° 9, p. 176, obs. C. CARON ; *Propr. Intell.*, 2008, n 29, p. 486, obs. M. VIVANT) : « la "suite" d'une œuvre littéraire se rattache au droit d'adaptation ; que sous réserve du respect du droit au nom et à l'intégrité de l'œuvre adaptée, la liberté de création s'oppose à ce que l'auteur de l'œuvre ou ses héritiers interdisent qu'une suite lui soit donnée à l'expiration du monopole d'exploitation dont ils ont bénéficié » ; V. J. DALEAU, « La liberté de création au secours du droit d'adaptation », *D.*, 2007, p. 497, comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 30 janv. 2015, n° 04-15.543.

Cour de cassation à admettre la possibilité de créer des suites à l'œuvre de Victor Hugo, ce dernier s'étant montré favorable à une telle pratique de son vivant. La solution initialement présentée par la Cour d'appel de Paris, considérant qu'« interdire toute suite aux *Misérables* ne saurait constituer [...] une atteinte au principe de la libre création »¹⁸⁰, s'avérait bien trop péremptoire face aux intérêts du public¹⁸¹. Si la Cour de cassation affirme qu'une suite ne constitue pas nécessairement une atteinte au droit moral de l'auteur, elle admet cependant qu'une telle atteinte puisse être constituée au regard des circonstances. Il faut alors se référer à deux éléments principaux : le respect de l'esprit de l'œuvre et la volonté de l'auteur. Ce dernier présente, au-delà de la question de l'interprétation de la volonté du défunt, une difficulté majeure. En effet, bien que le droit d'adaptation s'éteigne avec le monopole, le droit moral, dans sa conception actuelle, continue à offrir à l'auteur un pouvoir discrétionnaire sur l'existence de suites sur son œuvre¹⁸². Une telle solution apparaît critiquable tant dans un régime propriétaire qu'au sein d'un système reposant sur un simple monopole d'exploitation. Certes, la légitimité de l'auteur est importante, mais ses prérogatives extrapatrimoniales ne devraient pas lui permettre de s'opposer, par principe, à toute suite de l'œuvre, d'autant que celles-ci n'interviendront, en droit positif, que bien longtemps après sa mort et celle de ses premiers héritiers. En réalité, le droit au respect de l'esprit de l'œuvre représente une garantie suffisante pour la préservation des intérêts du créateur. Ainsi, dans le cadre de droits littéraires et artistiques, si toute œuvre seconde dénaturante s'avère proscrite, toute suite ne saurait être interdite dans son principe même et par la seule volonté de l'auteur.

683. Le droit à l'intégrité, approche insuffisante du droit au respect. Le droit au respect tel qu'il existe dans sa forme actuelle, s'opposant à toute modification de l'œuvre dans sa substance, ne semble pas compatible avec l'esprit des droits littéraires et artistiques, accordant une place plus importante à la liberté de création. Les modifications d'œuvres numérisées sont aujourd'hui légion sur Internet et, si certaines sont effectivement dommageables au droit moral, d'autres semblent bien inoffensives à cet égard. En vue de concilier liberté de création et droit moral de l'auteur, il peut être proposé une première forme d'interprétation du droit au respect : celle le réduisant à un droit à l'intégrité de l'œuvre. Le droit à l'intégrité est parfois utilisé pour désigner le droit au respect dans son ensemble, mais il

¹⁸⁰ CA Paris, 4^{ème} ch. A, 31 mars 2004, *Les Misérables*, (*Propriété Intellectuelle*, 2004, n° 12, p. 768, obs. A. LUCAS) ; V. ég. B. LARERE, « Les limites controversées au monopole », *RLDI*, mai 2009, n° 49.

¹⁸¹ G. HUARD, *Traité de la propriété intellectuelle*, Marchal et Billard, 1903, t. 1, p. 292 : « Le droit de modifier une œuvre de littérature ou d'art est une faculté qui ne saurait être refusée à personne ; supprimer des scènes dans un chef-d'œuvre de l'art dramatique peut être une faute de goût, ce n'est pas une lésion de droit ».

¹⁸² A. BENSAMOUN, « Victor Hugo et le droit d'auteur, suite et... suite », *RLDI*, n° 25, 1^{er} mars 2007.

désigne, de manière plus précise, le caractère objectif du respect de l'œuvre, l'atteinte matérielle à celle-ci. En ne retenant qu'un droit à l'intégrité, le droit au respect s'affranchit du respect de l'esprit de l'œuvre, parfois critiqué pour la subjectivité qui lui est intrinsèque. Une telle conception du droit au respect de l'œuvre est loin d'être illusoire car se rapprochant fortement de la conception britannique de cette prérogative. En effet, le Royaume-Uni présente une conception assez restrictive du respect de l'œuvre, celui-ci s'attachant essentiellement à la préservation de la forme de la création et ne bénéficiant pas à tous les créateurs¹⁸³. La législation d'outre-Manche interdit les ajouts, retraits, altérations et adaptations (sauf arrangement ou transcription musicale nécessaire ou traduction d'une œuvre littéraire ou dramatique) de l'œuvre¹⁸⁴. En conséquence, dès lors qu'une œuvre ne fait l'objet d'aucune modification, il est possible de la placer dans un contexte différent, pouvant dénaturer son esprit, sans que le droit moral de l'auteur ne s'en trouve atteint¹⁸⁵. La loi irlandaise se montrait encore moins protectrice sur ce point puisque celle-ci n'admettait, avant l'an 2000¹⁸⁶, aucune interdiction concernant la modification de l'œuvre¹⁸⁷. Seuls des moyens détournés comme les actions en diffamation ou en concurrence déloyale permettaient de protéger la personne de l'auteur. De telles solutions ne sont pas compatibles avec la philosophie des droits littéraires et artistiques, ceux-ci reconnaissant l'impératif de préservation de l'œuvre et de l'auteur à travers elle.

684. Conception restrictive du droit à l'intégrité de l'œuvre. Faut-il alors strictement limiter le droit au respect au seul respect de l'esprit de l'œuvre ? Une telle solution ne saurait en aucun cas s'imposer. Le droit à l'intégrité de l'œuvre forme le rempart empêchant la destruction du support d'origine ou son saccage par des ajouts ou retraits intempestifs. Sans le droit à l'intégrité, le droit au respect de l'esprit n'est donc pas suffisant à assurer une parfaite prise en compte des intérêts de l'auteur. Dès lors, la coexistence entre droit à l'intégrité et droit au respect de l'esprit de l'œuvre s'impose en droits littéraires et artistiques. Toutefois, l'étendue du droit au respect doit être modulée afin que ce dernier n'empêche pas les modifications ou reprises peu dommageables, à l'image de contenus retouchant très légèrement une reproduction physique ou numérique de l'œuvre. Est ainsi ici proposé un régime dans lequel

¹⁸³ Ce droit n'est conféré qu'aux réalisateurs, auteurs d'œuvres littéraires, dramatiques, musicales et artistiques.

¹⁸⁴ Copyright, Designs and Patents Act, 15 nov. 1988, art. 80 (2.a).

¹⁸⁵ C. DOUTRELEPONT, *Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire*, Thèse, Bruxelles, dir. M. WAELBROECK et M. HANOTIAU, Bruylant et LGDJ, 1997, p. 261.

¹⁸⁶ Copyright and related act, 2000, chapter 7, n° 109 : « The author of a work shall have the right to object to any distortion, mutilation or other modification of, or other derogatory action in relation to, the work which would prejudice his or her reputation and that right shall also apply in relation to an adaptation of the work ».

¹⁸⁷ C. DOUTRELEPONT, *Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire*, op. cit., p. 257.

le droit au respect de l'esprit de l'œuvre se trouve complété par un droit à l'intégrité aux frontières largement réduites. Ce dernier se trouverait alors limité à la destruction, au vandalisme ou à la modification sans autorisation du support d'origine, s'il en est. Le droit au respect permet-il alors toute modification en dehors de l'exemplaire original ? La réponse ne peut qu'être négative pour une simple raison : le droit au respect de l'esprit de l'œuvre empêchera une grande majorité des modifications substantielles, peu importe le support concerné. En effet, l'atteinte matérielle, passé un certain point, entraînera bien souvent une atteinte à l'esprit de l'œuvre, le fond et la forme ne pouvant être purement dissociés. La conception restrictive du droit à l'intégrité de l'œuvre ne constitue donc pas la proclamation d'un laisser-faire entraînant la dénaturation non sanctionnée des créations immatérielles. Dans une telle conception, l'œuvre ne se trouve plus mise sous cloche, mais peut faire l'objet de rajouts, surimpressions, incrustations et autres modifications qui ne seront pas automatiquement qualifiées de contrefaçons. En un sens, le droit au respect de l'œuvre conçu en tant que tel se rapproche de celui applicable aux adaptations en droit positif, pour lesquelles l'analyse est essentiellement guidée par le respect de l'esprit de l'œuvre adaptée. Permettre de retoucher la forme sans altérer l'esprit, voici la principale proposition des droits littéraires et artistiques relativement au droit au respect de l'œuvre.

685. Mise en application du droit au respect de l'œuvre. Afin de mieux se représenter les effets que pourrait produire une telle conception du droit au respect de l'œuvre, le mieux est encore d'en fournir des exemples. À titre d'illustration, imaginons qu'un tableau de van Gogh soit retouché numériquement afin que certaines couleurs froides apparaissent plus chaudes. En droit positif, une telle modification constitue immanquablement une atteinte au droit de l'auteur. Dans notre conception, le droit à l'intégrité étant interprété de manière restrictive, la modification de l'œuvre ne suffit pas, à elle seule, à caractériser l'atteinte au droit moral. Il convient alors de déterminer si, au regard des modifications opérées, il a été porté atteinte à l'esprit de l'œuvre. Ce sera alors au juge, s'il est saisi de l'affaire, de déterminer si le changement de certaines couleurs constitue une atteinte ou non, sans que la solution ne lui soit dictée par une interprétation rigide du droit à l'intégrité. Autre exemple, celui d'une suite d'une œuvre littéraire proposée par une autre personne que l'auteur. Ici, contrairement aux souhaits émis par Victor Hugo, imaginons que l'auteur de l'œuvre d'origine se soit, de son vivant, toujours fermement opposé à toute forme de suite ou modification de son œuvre. Dans cette hypothèse, si une action est intentée contre le créateur de la suite, les magistrats du siège seront uniquement tenus de vérifier si l'esprit de l'œuvre a été atteint, sans être liés par le souhait émis

par l'auteur de son vivant. On le constate, une partie des utilités morales de l'auteur se trouve ici neutralisée au profit de nouvelles créations ou de modes d'expression ne constituant pas des œuvres à part entière. Partant, cette appréhension plus souple du droit au respect permet à la fois d'assurer une défense satisfaisante de l'œuvre tout en assurant, notamment, une meilleure manifestation de la liberté de création artistique. Toutefois, au-delà du droit au respect de l'œuvre, d'autres modifications peuvent être envisagées au titre du droit moral de l'auteur.

B : Portée aménagée des autres droits moraux de l'auteur

686. Inaltération des droits de divulgation et de paternité. Les droits littéraires et artistiques n'ont pas vocation à remettre en cause le droit moral de l'auteur en son entier. Nous l'avons évoqué, le droit de divulgation et le droit de paternité, droits naturels, présentent une forte légitimité et sont parfaitement conciliables avec les droits fondamentaux culturels. Concernant le choix de la divulgation de l'œuvre, celui-ci ne peut matériellement et moralement appartenir qu'à l'auteur¹⁸⁸. Par l'acte de divulgation, l'auteur se révèle, se livre, voire s'engage¹⁸⁹. Les droits reconnus plus tôt ne sauraient imposer au créateur de se livrer, pas plus qu'ils ne peuvent s'opposer à l'exercice du droit de paternité. L'empreinte laissée par l'auteur sur son œuvre n'étant pas toujours suffisante pour l'identifier, il doit être en mesure d'exiger que son nom ou pseudonyme soit associé à sa création. De même, les droits de l'utilisateur ne sauraient justifier qu'on impose à l'auteur de révéler son identité. En ce sens, les droits littéraires et artistiques laissent intact ce droit à la légitimité inattaquable. De même, au-delà du seul cas de l'auteur, le droit moral reconnu à l'artiste-interprète, se limitant au droit au respect de son nom, de sa qualité et de son interprétation¹⁹⁰, ne se trouve pas bouleversé par les droits littéraires et artistiques.

687. Disparition du droit de retrait de l'auteur. Sans insister sur ce point déjà évoqué précédemment, la légitimité du droit de retrait étant discutable au regard de droits

¹⁸⁸ C. AUSSY, *Du droit moral de l'auteur sur les œuvres de littérature et d'art*, Imprimerie J. PIGELET, 1911, p. 29 : « elle [l'œuvre] doit rester secrète, jusqu'au jour où, la trouvant suffisamment parfaite, il jugera à propos de se livrer, grâce à elle, au jugement de la critique » ; V. ég. C. DOUTRELEPONT, *Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire*, op. cit., p. 191 : « il n'appartient pas au juge de poser des jugements de valeur dans le domaine de la propriété littéraire et artistique : celui-ci ne pourrait, par exemple, se substituer à l'auteur insatisfait de sa création et décider que l'œuvre est suffisamment esthétique ou achevée pour être divulguée ».

¹⁸⁹ C. AUSSY, *Du droit moral de l'auteur sur les œuvres de littérature et d'art*, op. cit., p. 29 : « il y a dans la publication d'une œuvre une part de responsabilité personnelle que l'auteur doit encourir seul ».

¹⁹⁰ CPI, art. L. 212-2.

fondamentaux culturels, celui-ci ne peut prospérer au sein des droits littéraires et artistiques¹⁹¹. Dès lors, l'auteur ne disposera pas, dans le modèle proposé, de la faculté de retirer totalement l'œuvre du marché primaire. Partant, au titre du droit d'accès à l'œuvre et des droits fondamentaux culturels, l'œuvre précédemment divulguée ne saurait être soustraite des yeux du public¹⁹². Rappelons que l'atteinte à ce droit est plus que relative, les conditions économiques liées à l'exercice de cette prérogative en faisant un droit sous vitrine¹⁹³. Ainsi, le droit de retrait ne pourra donc s'exercer, contrairement au droit de repentir, ce dernier faisant l'objet d'une approche renouvelée.

688. Adaptation du droit de repentir de l'auteur. Comme nous l'avons déjà mis en évidence, la distinction entre droit de retrait et droit de repentir, qui n'est pas une nouveauté, revêt un intérêt majeur, notamment en présence de droits de l'utilisateur. Si le droit de retrait se trouve neutralisé, le droit de repentir, permettant à l'auteur d'apporter des modifications à son œuvre, pourra pleinement s'exercer. En effet, le droit d'accès à l'œuvre ne commande pas que toutes les versions de l'œuvre soient accessibles : seule la création telle que livrée par l'auteur doit être communiquée. De plus, le créateur apparaît parfaitement légitime à adapter son œuvre à l'évolution de sa sensibilité et de sa conception du monde¹⁹⁴. Toutefois, cette prérogative ne peut s'interpréter exactement de manière identique en propriété littéraire et artistique et en droits littéraires et artistiques. Le droit de repentir présente le danger théorique, simplement évoqué jusqu'ici, d'être détourné de sa destination en vue de vider l'œuvre de sa substance. L'auteur se constituerait ainsi un véritable droit de retrait en excédant les limites de son droit de repentir. Toutefois, dans la conception actuelle du droit de repentir, aucune limite n'est fixée aux modifications qui peuvent théoriquement être apportées par l'auteur sur sa création. Il convient donc de proposer une adaptation du droit de repentir en vue de préciser ses contours.

689. Délimitation du droit de repentir. Le droit de repentir ne pouvant plus justifier toute modification sur l'œuvre de l'esprit, il convient de sélectionner plusieurs critères permettant de circonscrire sa portée. L'analyse se porte ici nécessairement sur l'étendue des modifications qui pourront être effectuées par le créateur. Sur ce point particulier, l'exemple

¹⁹¹ V. *supra* n° 409 et s.

¹⁹² V. HUGO, *Discours au congrès littéraire international*, séance du 21 juin 1878 : « Il ne dépend pas de l'auteur de faire une rature dans son œuvre quand il l'a publiée. Il peut faire une correction de style, il ne peut pas faire une rature de conscience ».

¹⁹³ N. RAHAL, *Le droit moral face aux nouvelles technologies*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, 1998, p. 252 : le droit de retrait ne bénéficierait ainsi que d'une « existence de principe ».

¹⁹⁴ C. DOUTRELEPONT, *Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire*, *op. cit.*, p. 263 : « Reflet de la personnalité de l'auteur, l'œuvre doit pouvoir être modifiée par celui-ci – même après la cession des prérogatives pécuniaires – afin de refléter l'évolution de ses conceptions artistiques ».

des législations ibériques pré-harmonisation européenne peut être invoqué. Aux termes de la loi espagnole sur le droit d'auteur telle qu'elle existait en 1987, l'auteur disposait du droit de « modifier l'œuvre en respectant les droits acquis par des tiers et la nécessité de protéger les biens culturels »¹⁹⁵. Cette précision est cependant absente du droit positif espagnol, celui-ci indiquant simplement que l'auteur est en droit de modifier son œuvre et de la retirer du commerce¹⁹⁶. La préservation des biens culturels apparaît ici comme un critère assez flou, car pouvant conduire tant à une interprétation extensive que restrictive du droit de repentir. Le droit portugais, tel qu'il existe depuis 1985, prévoit également une limite au droit de repentir, mais cette fois-ci plus précise. Il est effectivement prévu, concernant les œuvres faisant l'objet de représentations scéniques, que les modifications de l'œuvre par l'auteur sont possibles si elles ne portent pas atteinte à la structure générale de l'œuvre, ne diminuent pas son intérêt dramatique ou spectaculaire ni ne portent préjudice à la programmation des répétitions et représentations¹⁹⁷. Ici, au-delà de la prise en compte de certains aspects financiers liés à la modification de l'œuvre, le droit de repentir se trouve limité par la nécessité de préserver la structure de la création et sa valeur artistique. Une telle conception est en parfaite adéquation avec le but poursuivi : la préservation de la substance de l'œuvre. Il serait possible d'objecter qu'une telle restriction serait insupportable pour l'auteur, car mettant à sa charge un droit au respect à la logique inversée. Néanmoins, les limites au droit de repentir présentées par la législation portugaise sont loin de posséder les mêmes dimensions que celles caractérisant le droit au respect de l'œuvre. L'auteur pourra effectivement procéder à de très nombreuses modifications, sur le style, les personnages ou le titre de l'œuvre. Les possibilités de modification offertes à l'auteur sont heureusement bien plus étendues que celles autorisées au public. Limiter le droit de repentir ne conduit donc pas purement à inverser la logique du droit au respect de l'œuvre. Seule l'altération de la création est ici proscrite, non directement au titre du respect de l'œuvre en lui-même, mais en raison de l'intérêt que représente l'œuvre pour l'utilisateur.

690. Visage du droit de repentir. Au regard de l'ensemble des éléments jusqu'ici évoqués, une proposition peut être formulée au titre du droit de repentir au sein des droits

¹⁹⁵ Loi espagnole n° 22/1987 sur la propriété intellectuelle, 11 nov. 1987, art. 14. 5°.

¹⁹⁶ Loi fédérale espagnole sur le droit d'auteur, version du 10 juill. 2020, chapitre 2, art. 21, III-IV.

¹⁹⁷ Code portugais du droit d'auteur et des droits voisins, version en vigueur depuis le 23 août 2017, titre 1, chapitre 3, section 2, art. 113.

littéraires et artistiques. Celui-ci, se présentant comme le pendant de l'actuel article L. 121-4 du CPI, serait ainsi formulé :

« L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur celle-ci, dès sa divulgation, d'un droit de repentir lui permettant de modifier son contenu. Les modifications apportées à l'œuvre ne peuvent avoir pour effet de porter atteinte à sa structure générale et son esprit global.

L'exercice de ce droit ne se trouve pas entravé par l'existence d'une concession des droits patrimoniaux de l'auteur au profit d'un tiers. Toutefois, le droit de repentir ne peut avoir pour effet d'empêcher la commercialisation des stocks déjà constitués et l'annulation des représentations déjà programmées, sauf à ce que ces dernières soient assurées par l'auteur lui-même. Le concessionnaire est en droit de solliciter, auprès de l'auteur, une indemnisation du préjudice subi par l'exercice du droit de repentir ».

691. Analyse du droit de repentir. L'étude de cette proposition conduit à constater un changement de la philosophie encadrant le droit de repentir. S'il est limité aux rapports entre auteur et cessionnaire en droit positif, son régime s'applique en toutes circonstances en droits littéraires et artistiques. Ce régime est toutefois plus restrictif que celui existant en droit de la propriété littéraire et artistique. La modification de l'œuvre ne faisant l'objet d'aucun contrat se trouve limitée par cette nouvelle mouture du droit de repentir, alors que le droit positif n'entrave jamais, dans son principe, la modification de l'œuvre par l'auteur en l'absence de liens contractuels avec un exploitant. Le droit de repentir apparaît donc, *a priori*, bien moins favorable à l'auteur sous cette forme nouvelle. Notons également qu'aucun interdit n'est explicitement posé contre le retrait de l'œuvre du commerce. Cette disposition serait en effet surabondante, le droit d'accès à l'œuvre s'opposant à l'existence même d'un droit de retrait.

692. Portée des modifications de l'œuvre. L'attention se porte également sur les notions d'atteinte à la « structure globale » et à « l'esprit général » de l'œuvre. Ces critères, inspirés de la législation portugaise, se veulent non restrictifs afin d'assurer une latitude à l'auteur dans le cadre des modifications qui pourraient être apportées à l'œuvre. Interdire toute atteinte à la structure ou à l'esprit de l'œuvre, sans recourir aux adjectifs « général » et « global » présenterait le risque de circonscrire les facultés de modification de l'auteur de façon excessive. L'appréciation de l'atteinte à l'esprit général de l'œuvre et à sa structure globale ne conduit pas le juge à s'improviser critique d'art, ces éléments ne faisant pas l'objet d'une appréciation purement subjective. De plus, la recherche de l'esprit de l'œuvre ne saurait

utilement être disputée aux tribunaux, ceux-ci opérant déjà une nécessaire interprétation de cet élément dans le cadre de l'atteinte au droit au respect de l'œuvre.

693. **Un droit de repentir réaliste.** Autre élément, le droit de repentir peut toujours s'exercer en cas de concession de droits patrimoniaux sur l'œuvre de l'esprit. Néanmoins, il est ici spécifiquement prévu que l'exercice du droit de repentir ne s'oppose pas à l'écoulement des exemplaires déjà produits ainsi qu'à la tenue des représentations programmées. Cette disposition présente un intérêt certain au-delà de la simple stabilisation des investissements entourant l'œuvre. Certes, cette précision conduit à réduire la portée du droit de repentir de l'auteur, mais elle rend son exercice bien plus réaliste qu'il ne l'est en droit positif. De fait, l'exploitant pouvant poursuivre la vente des exemplaires déjà produits, le préjudice dont il pourra se prévaloir sera bien plus limité que celui consécutif à l'arrêt immédiat de la commercialisation de l'œuvre dans sa forme antérieure. Si un dédommagement peut être demandé à l'auteur, il le sera essentiellement au titre des frais provoqués par l'absence de réédition, ce qui représentera nécessairement un montant bien moins important que celui résultant de la destruction des invendus et du manque à gagner induit, en droit positif, par l'exercice du droit de repentir. Ce dernier pouvant s'exercer dans des conditions économiques bien plus réalistes, qui demeureront toujours tributaires du genre de l'œuvre, le droit de repentir sera bien plus accessible à l'auteur.

694. **Le droit moral, marqueur de la coexistence entre utilitarisme et personnalisme au sein des droits littéraires et artistiques.** Les droits littéraires et artistiques, s'ils portent des aménagements à certains droits moraux, ne marquent pour autant pas la fin de l'approche personnaliste du droit d'auteur. Notamment, le modèle proposé ne permet pas à l'auteur de renoncer définitivement à l'exercice de ses droits moraux, comme cela peut être le cas au sein du *copyright* anglais¹⁹⁸. La mise en avant d'une logique utilitariste, non essentiellement tournée vers la seule maximisation des profits économiques tirés du bien – comme cela peut être le cas en *Common law*¹⁹⁹ – mais vers la maximisation du partage de l'œuvre, ne conduit pas à faire des droits littéraires et artistiques un *copyright* à la française. Loin d'être guidée par une seule logique d'investissement, cette matière reconnaît une place aux droits moraux de l'auteur et ne dément en aucun cas la légitimité de l'auteur sur son œuvre.

¹⁹⁸ Copyright, Designs and Patents Act, 15 nov. 1988, art. 87 (2) : « any of those rights may be waived by instrument in writing signed by the person giving up the right ».

¹⁹⁹ M-A. PASCAL, *Etude comparée du droit d'auteur et des droits de la personnalité*, op. cit., p. 335 : Dans le cadre du *copyright* « l'auteur passe ainsi au second plan et peut, ainsi, être facilement évincé au profit d'une logique d'investissement dans laquelle sa personnalité n'a pas de place ».

La recherche concomitante de satisfaction des intérêts économiques de l'exploitant, culturels de l'utilisateur et moraux de l'auteur conduit à la coexistence des approches utilitariste et personnaliste au sein des droits littéraires et artistiques. En définitive, le personnalisme ne saurait, pas plus que l'utilitarisme, constituer l'alpha et l'oméga du droit de la création immatérielle.

Conclusion du chapitre II

695. L'utilisateur, véritable bénéficiaire de droits sur l'œuvre de l'esprit.

Le partage effectif des utilités entre auteur et utilisateur conduit à reconnaître à ce dernier de véritables prérogatives, et pas un simple « droit de bénéficier d'une limitation »²⁰⁰. Est donc ici proposé un changement de paradigme conduisant à une meilleure prise en compte des intérêts des destinataires de l'œuvre. Droit d'accès à l'œuvre, droit d'échantillonnage et droit de courte représentation conduisent tous trois à légitimer l'utilisateur au sein des droits littéraires et artistiques, non pas pour son mérite, mais pour l'intérêt culturel²⁰¹ le reliant à l'œuvre. Le modèle ici présenté tranche dès lors particulièrement avec la philosophie du droit de la propriété littéraire et artistique, caractérisé par la prise en compte résiduelle des intérêts des utilisateurs.

696. Un rééquilibrage bénéfique des prérogatives de l'auteur et de l'utilisateur.

Les droits littéraires et artistiques, en octroyant à l'utilisateur de véritables droits, non plus seulement invocables comme moyens de défense, mais directement comme véritables prérogatives, assurent un rééquilibrage bénéfique des droits relatifs à l'œuvre de l'esprit. Certes, au regard de la philosophie contemporaine du droit d'auteur, fortement empreinte de personnalisme, beaucoup considéreront satisfaisant l'équilibre interne présenté par le droit positif. En outre, le monopole d'exploitation de l'auteur demeure bien entendu un *full right*, une prérogative contenant la plupart des utilités de l'œuvre. Cependant, l'existence de droits formels dont l'étendue s'avère bien plus large que celle des seules exceptions, auxquels ils s'ajoutent, assure une mise en balance des droits de chacun au sein du droit de la création immatérielle. La forte atteinte portée aux utilités d'exclusion et de disposition de l'auteur, accompagnant la disparition de la logique propriétaire, laisse la possibilité à l'utilisateur de défendre ses intérêts avec une latitude bien plus grande. De plus, la répartition des utilités relatives à l'œuvre telle qu'opérée ici participe pleinement à la réalisation de la fonction sociale du droit de la création immatérielle. L'équilibrage des droits de chacun conduit ici à assurer la protection du créateur, à préserver le caractère incitatif à la création procuré par le droit d'auteur

²⁰⁰ CJUE, 11 sept. 2014, n° C-117/13, *Ulmer*, (AJDA, 2014, p. 2295, chron. E. BROUSSY, H. CASSAGNABÈRE et C. GÄNSER ; *Légipresse*, 2014, p. 611, comm. J.-M. BRUGUIÈRE ; *RTD com.*, 2014, p. 840, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *RTD eur.*, 2014, p. 965, obs. E. TREPPOZ ; *Gaz. Pal.*, 2015, n° 63, p. 16, note L. MARINO ; *Propr. Intell.*, 2015, n° 54, p. 53, note C. BERNAULT).

²⁰¹ L'intérêt culturel correspond ici à l'apport culturel que l'œuvre est susceptible d'apporter à l'utilisateur, et non à l'intérêt attaché au bien culturel en droit du patrimoine.

et à garantir une communication et une dissémination de l'œuvre et de ses dérivés auprès des personnes physiques²⁰², buts qui ne peuvent aujourd'hui plus être relégués au second rang face aux facilités induites par Internet et le numérique.

²⁰² N. ELKIN-KOREN, « Copyright in a digital ecosystem : a user-rights approach » in R. OKEDIJI, *Copyright in an age of limitations and exceptions*, Cambridge university press, 2017, p. 132 : « authors rights in their creative works (for incentives or just reward) and users rights to use them (read, learn, disseminate, re-use and transform) are different mechanisms for promoting copyright goals ».

Conclusion du titre I

697. **Complémentarité entre droits de l'auteur et de l'utilisateur.** Les droits littéraires et artistiques, tels que présentés, ne peuvent se résumer en un simple équilibre entre droits de l'auteur et de l'utilisateur, entre deux ensembles qui seraient fondamentalement opposés. En réalité, ces différentes prérogatives patrimoniales, morales et intellectuelles font l'objet d'une articulation en vue d'assurer leur complémentarité²⁰³. La fonction sociale du droit de la création immatérielle ne saurait être respectée par la défense des seuls intérêts de l'auteur ou des seules prétentions de l'utilisateur. Toutefois, une répartition des utilités relatives à l'œuvre plus favorable à l'utilisateur permet de garantir l'accès à la création, objectif non poursuivi par le droit positif. Le droit d'exclusion accordé à l'auteur se trouvant largement relativisé, les intérêts les plus sensibles de chaque acteur se trouvent satisfaits. Également, les droits de l'utilisateur ne permettent pas d'imposer à l'auteur tout usage et par n'importe quel agent et, surtout, ils ne nient pas le principe d'un droit moral de l'auteur. Droits de l'auteur et de l'utilisateur servent donc des intérêts aussi essentiels que complémentaires, en vue d'offrir une nouvelle perspective au droit de la création immatérielle.

698. **Les droits littéraires et artistiques : instruments de politique culturelle.** Dans la version présentée des droits littéraires et artistique, le monopole d'exploitation de l'auteur ne constitue plus, conformément à l'objectif précédemment visé, un droit égoïste. Les droits patrimoniaux de l'auteur ne reposant plus essentiellement sur des fondements de droit naturel, ils ne peuvent être conçus comme un don au profit de l'auteur ou comme une simple reconnaissance juridique d'une situation dont l'évidence s'imposerait à l'esprit. Envisagé sous les traits d'un monopole d'exploitation, notamment voué à garantir le respect des droits de l'utilisateur, le droit patrimonial de l'auteur assume pleinement son rôle de droit-fonction. Ce monopole se trouve donc conçu comme un véritable instrument de politique culturelle²⁰⁴, permettant la diffusion de l'œuvre au plus grand nombre tout en encourageant les créations nouvelles. Là où la propriété littéraire et artistique favorise – excessivement à notre sens – l'approche personnaliste, conduisant à l'efficacité relative de la matière, les droits

²⁰³ C. GEIGER, « L'avenir du droit d'auteur en Europe : vers un juste équilibre entre protection et accès à l'information », *JCP G* n° 48, 23 nov. 2009, p. 493 : « afin de parvenir à une nécessaire et souhaitable conciliation entre le droit d'auteur et le droit d'accès à l'information, il est dès lors nécessaire de raisonner non pas en termes d'opposition, mais en termes de complémentarité ».

²⁰⁴ P.-E. MOYSE, « Le droit des utilisateurs au Canada », 2015, *Juris art etc.*, n° 25, p. 30.

littéraires et artistiques présentent un équilibre renouvelé et pouvant maximiser les utilités issues de l'œuvre de l'esprit. Ainsi, sur ce point également, les droits littéraires et artistiques semblent remplir la condition essentielle précédemment fixée : servir fidèlement la fonction sociale du droit de la création immatérielle.

699. Renforcement de la légitimité des droits de l'auteur aux yeux du corps social. Au cours de nos premiers développements, nous avons constaté combien le droit de la propriété littéraire et artistique fait l'objet d'une incompréhension, voire d'un rejet de la part du corps social. Sans pour autant cautionner la totalité des contrefaçons ayant lieu dans ce contexte, nous avons soulevé que la prise en compte des velléités du public était nécessaire en vue d'assurer l'acceptabilité sociale de la matière. L'équilibre opéré par les droits littéraires et artistiques donne un véritable écho à bon nombre de demandes formulées par la société. La reconnaissance de prérogatives au profit de l'utilisateur, couplée à une redéfinition de certains droits de l'auteur, assure un compromis apte à pacifier de nombreuses pratiques entourant les droits d'auteur²⁰⁵. En effet, le droit d'accès, le droit d'échantillonnage et le droit de courte représentation permettent de dépénaliser de nombreuses pratiques peu dommageables pour l'auteur et présentant un intérêt culturel au profit de l'utilisateur. Dans le même temps, la philosophie des droits littéraires et artistiques permet de poursuivre la sanction des actes véritablement préjudiciables pour le créateur, protégeant l'exercice de son monopole et le respect de sa personne à travers son droit moral. Toutefois, si le droit de l'utilisateur se présente comme la principale limite des prérogatives de l'auteur et réciproquement, l'étude des utilités et droits reconnus à chacun ne suffit pas à dresser le canevas complet d'un dispositif permettant de dépasser le modèle propriétaire. Ainsi, en vue d'achever la proposition qui est la nôtre, s'impose une définition des frontières, des limites aux droits littéraires et artistiques.

²⁰⁵ C. CARON, « Le consommateur en droit d'auteur », *Lamy droit des affaires*, n° 77, 1^{er} déc. 2004 : « protéger raisonnablement les intérêts du consommateur permet, en définitive, de sauvegarder le droit d'auteur ».

Titre II : Détermination des limites aux droits littéraires et artistiques

700. Les limites, point d'équilibre du droit de la création immatérielle.

La question des limites aux droits de l'auteur est une véritable clé de voute en droit de la propriété littéraire et artistique. En effet, les limites constituent la ligne de crête démarquant les extrémités du royaume propriétaire. Le placement de cette frontière revêt donc une importance colossale dans la réalisation de l'équilibre entre droits de l'auteur et du public. Au regard de ce que nous avons précédemment mis en évidence, l'existence d'un vif conflit autour de cette question ne saurait étonner. Tandis que certains mettent en exergue la mise en œuvre de plus en plus agressive des exceptions par leurs bénéficiaires¹, d'autres insistent sur la conception trop restrictive desdites exceptions. En réalité, la première constatation n'est que la conséquence de la seconde². C'est en raison du cadre trop étriqué auquel sont soumises les limites, et particulièrement les limites internes, que celles-ci sont parfois invoquées à l'excès, faute de moyen plus approprié. Ainsi, en droit positif, l'équilibre entre le monopole et ses limites semble insatisfaisant. La simple proposition de droits de l'utilisateur ne saurait suffire à établir une parfaite pondération entre les intérêts de chacun. De fait, les droits de l'utilisateur ne bénéficient pas à l'ensemble du public et ne permettent pas, à eux seuls, une adaptation satisfaisante aux nouveaux usages liés à Internet. C'est pour cette raison que l'élaboration de droits littéraires et artistiques suppose de questionner l'équilibre existant entre monopole d'exploitation et exceptions aux droits de l'auteur.

701. Limites substantielles et limites temporelles aux droits littéraires et artistiques. De quelles limites sera-t-il ici question ? Indiquons-le d'emblée, toutes les limites aux droits littéraires et artistiques ne sauraient être traitées. Concernant les limites internes,

¹ P-Y. GAUTIER, « Pour une réelle régulation du droit d'auteur : le respect de la hiérarchie entre droit exclusif et exceptions », RLDI, n° 94, 1^{er} juin 2013 : « Aujourd'hui, la difficulté est que l'exception a pris une telle force politique, socio-économique, qu'elle tend à être de plus en plus agressive ».

² J-M. BRUGUIÈRE, « Faits et méfaits de la perpétuité dans la propriété littéraire et artistique », *Propriété industrielle*, n° 10, oct. 2010, dossier 10 : « La propriété littéraire et artistique (le droit d'auteur et les droits voisins) connaît un détournement de sa fonction sociale, parce que l'originalité est dévoyée [...], parce que les exceptions s'exercent trop difficilement [...], mais aussi parce que la durée de protection tend à être aujourd'hui sans arrêt repoussée ».

qui correspondent aux exceptions aux droits patrimoniaux³, l'exhaustivité est envisageable, mais non souhaitable. Certaines exceptions, ne présentant aucune difficulté et ne nécessitant aucune adaptation, ne seront ainsi pas évoquées. La tâche apparaît néanmoins rapidement insurmontable lorsque doit être envisagé un traitement complet des limites externes, celles qui trouvent leur source en dehors du droit de la création immatérielle. Abus de droit, droit de la consommation, droits de la personnalité, droit de la concurrence... les limites externes sont légion et ne peuvent être envisagées de manière exhaustive. Nous nous concentrerons donc sur certaines limites qui constituent de puissants leviers dans la démarcation entre ce qui intègre le monopole et ce qui échappe à son emprise⁴. Par conséquent, trois principales limites seront étudiées dans ce titre : les exceptions au droit de l'auteur, le contrôle de proportionnalité et la durée de protection du monopole d'exploitation. D'abord, le contrôle de proportionnalité, constituant une limite externe aux droits de l'auteur, sera étudié afin de déterminer son profil optimal dans le cadre des droits littéraires et artistiques. Seront ensuite traitées les limites internes en vue de leur adaptation aux droits de l'utilisateur ainsi qu'aux modifications dictées par l'approche utilitariste. Enfin, la remise en question de la durée de protection des droits patrimoniaux de l'auteur viendra compléter la détermination des principales limites aux droits littéraires et artistiques. Sera donc fixée la délimitation substantielle des droits littéraires et artistiques (Chapitre I), avant que ne soit abordée la délimitation temporelle de cette même matière (Chapitre II).

³ P. EL KHOURY, *Les exceptions au droit d'auteur : étude de droit comparé*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, 2007, p. 57.

⁴ J. PASSA, « Les limitations contractuelles : caractère impératif ou supplétif des exceptions au droit d'auteur ? », *RLDI*, n° 94, 1^{er} juin 2013 : « les règles relatives aux exceptions contribuent, au même titre que celle concernant la durée, à la détermination de l'étendue de la protection conférée par le droit ».

Chapitre I : Délimitation substantielle des droits littéraires et artistiques

702. **Limites substantielles et fonction sociale.** La question des limites substantielles aux droits de l'auteur possède un lien évident avec celui de la fonction sociale du droit de la création immatérielle⁵. Il est possible de discerner derrière chaque limite, de façon plus ou moins évidente, une finalité particulière⁶. Cela est parfaitement clair concernant les exceptions au monopole d'exploitation. Comment mettre en doute toute finalité derrière les différentes dispositions bénéficiant aux personnes en situation de handicap ? Comment nier, par exemple, que l'exception de parodie participe de la liberté d'expression ? En un sens, la conséquence des exceptions est, en partie, d'intégrer des limites externes au sein même du droit d'auteur. La remarque est tout aussi valable s'agissant du contrôle de proportionnalité qui, excluant ponctuellement l'application de la norme, renoue bien souvent avec la finalité des droits en conflit⁷. Le choix de ces deux limites comme objets d'étude apparaît dès lors pleinement justifié dans le cadre de la démarche qui est la nôtre.

703. **Limites substantielles et liberté d'expression.** Lorsque les exceptions au monopole d'exploitation et le contrôle de proportionnalité se trouvent mis en perspective, la liberté d'expression se révèle un élément central. Les exceptions sont bien souvent – mais pas exclusivement – guidées par la liberté d'expression, tandis que le contrôle de proportionnalité, lorsqu'il implique les droits de l'auteur, mettra souvent en jeu ladite liberté. Toutefois, il faut l'affirmer dès à présent, exceptions et contrôle de proportionnalité ne sauraient être réduits à la question de la liberté d'expression, bien que cette dernière conserve un rôle majeur. En effet, comme nous le verrons, seule une catégorie d'exceptions se trouve directement concernée par cette liberté et celle-ci ne constitue pas, en elle-même, une exception à part entière⁸. De même, le contrôle de proportionnalité, en raison de sa nature, peut impliquer de multiples conflits qui ne font pas intervenir la liberté d'expression. Il en résulte que les

⁵ P. EL KHOURY, *Les exceptions au droit d'auteur : étude de droit comparé*, op. cit., p. 102 : « L'assujettissement du droit d'auteur aux exceptions le soumet à des limitations en faveur de la collectivité, mettant ainsi au premier plan sa nature sociale ».

⁶ M. OUTTERS BALIGAND, *Les propriétés intellectuelles à l'aune du triptyque*, Thèse, Paris I, dir. G. LOISEAU, 2015, p. 206 : « Ce que l'on peut voir comme des entorses au pouvoir du créateur n'est en réalité que la traduction fidèle des finalités particulières de son droit de propriété ».

⁷ F. ROUVIÈRE, « Le contrôle de proportionnalité dans la balance du juge », *RTD Civ*, 2017, p. 524 : « En plaçant au-dessus des lois les droits et libertés fondamentaux, le juge renoue avec une forme de droit naturel où les valeurs et les finalités importent plus que la lettre des textes ».

⁸ B. KHALVADJIAN, « L'œuvre détournée et le droit d'auteur », *Légipresse*, 2014, n° 103, note ss. CA Paris, 18 sept. 2013, n° 12/02480.

prochains développements ne sauraient être réduits à une simple opposition entre droit de l'auteur et liberté d'expression du public. Seront donc successivement envisagées l'articulation des droits littéraires et artistiques autour de la technique du contrôle de proportionnalité (Section I), et l'adaptation des exceptions aux droits patrimoniaux de l'auteur (Section II).

Section I : L'articulation des droits littéraires et artistiques autour de la technique du contrôle de proportionnalité

704. **La résolution des conflits *via* le contrôle de proportionnalité.** Dans le cadre de l'arbitrage entre droits fondamentaux de l'auteur et de l'utilisateur, le contrôle de proportionnalité apparaît comme un instrument de choix. S'il possède ses détracteurs, il n'en demeure pas moins qu'il fait déjà partie du paysage juridique français et que, en matière de droit d'auteur, il s'éveille progressivement. En permettant une juste articulation entre différents droits, le contrôle de proportionnalité permet de corriger les excès de la loi, excès que nous n'avons pas fini de dénoncer s'agissant de la propriété littéraire et artistique. En tant qu'instrument correctif déjà adopté par notre système juridique, l'analyse du contrôle de proportionnalité s'impose donc naturellement au bénéfice de droits littéraires et artistiques efficients. La résolution des conflits permise par cette technique s'étendra toutefois au-delà du seul conflit entre droits de l'auteur et droits de l'utilisateur. En réalité, le contrôle de proportionnalité pourra également exister entre le droit d'auteur et de multiples droits fondamentaux et libertés fondamentales. Nous nous concentrerons ici notamment sur les conflits pouvant exister entre droits fondamentaux de l'auteur et droits fondamentaux du public. Les conflits mettant en jeu liberté d'expression, liberté d'expression artistique ou tout autre droit fondamental lié aux exceptions⁹ seront ainsi étudiés avec une attention particulière. Notre analyse, après avoir motivé le principe d'un contrôle de proportionnalité entre droits fondamentaux de l'auteur, de l'utilisateur et du public (§1), exposera les modalités de mise en œuvre de ce contrôle (§2).

⁹ B. FABRE, *La crise du droit d'auteur : une approche systémique*, Thèse, Aix-Marseille, dir. J. FRAYSSINET, 2012, p. 390 : « Afin de participer à l'émergence d'un système droit d'auteur plus équilibré, plus cohérent, le juge national devrait, à chaque fois qu'il doit confronter le droit d'auteur avec un autre principe matériel en lui-même ou au soutien d'une exception, utiliser le contrôle de proportionnalité ».

§1 : Motivation d'un contrôle de proportionnalité entre droits fondamentaux de l'auteur, de l'utilisateur et du public

705. Intérêt d'un contrôle de proportionnalité au sein des droits littéraires et artistiques. Le contrôle de proportionnalité n'est pas inconnu des tribunaux français et n'aurait dès lors rien de purement inédit en droit de la création immatérielle. Cette technique s'est imposée dans l'ensemble du droit positif et ne se refuse qu'en présence de quelques droits indérogeables. Ce contrôle, intimement lié au contrôle de conventionnalité exigé par la Cour EDH, ne suscite cependant pas l'unanimité et ce particulièrement auprès des privatistes. Seront donc exposés les fondements contestés de la mise en balance des droits en droit positif (I), avant que ne soit questionnée la légitimité de cette mise en balance au sein des droits littéraires et artistiques (II).

I : Fondation contestée d'une mise en balance des droits en droit positif

706. Un complément à la loi dans la résolution des conflits. Il peut paraître particulièrement étonnant que, dans un pays et sur un continent où la norme écrite se révèle prééminente, la loi puisse être écartée ponctuellement par le juge. Comment expliquer que le garant de la justice puisse tourner le dos à la statue du commandeur à laquelle il a pourtant prêté allégeance ? Si la non application de la règle peut engendrer des craintes, il faut cependant bien admettre que la technique du contrôle de proportionnalité semble prometteuse. Toutefois, avant de porter tout jugement sur l'opportunité de ce mécanisme, il convient d'en étudier l'économie complexe (A) et d'identifier les principaux droits fondamentaux qu'il mobilise (B).

A : Économie complexe du contrôle de proportionnalité

707. Nature du contrôle de proportionnalité. Il convient avant toute chose de déterminer ce que l'on entend par contrôle de proportionnalité. Ce contrôle, aussi appelé mise en balance des droits ou – de manière plus discutable à notre sens – des intérêts, constitue, comme nous le verrons, une forme aboutie de contrôle de conventionnalité. Indiquons qu'il s'agissait strictement, à l'origine, d'une méthode de résolution des conflits entre une loi,

source d'ingérence, et un droit fondamental, objet d'ingérence. Le contrôle de proportionnalité, s'il existe toujours sous cette forme aujourd'hui, peut en outre exister dans le cadre d'une conciliation entre droits fondamentaux. Concernant ses effets, lorsque le contrôle porte sur une ingérence du fait de la loi, il conduira à une restriction dans l'exercice d'un droit fondamental ou à la remise en cause de la loi provoquant l'ingérence. Lorsque le contrôle oppose deux droits fondamentaux, il provoquera la restriction ponctuelle d'un droit fondamental en vue d'assurer une meilleure protection d'un droit de valeur égale. Le contrôle de proportionnalité se trouve ainsi empreint d'une certaine subjectivité, à l'opposé de la technique syllogistique traditionnellement appliquée en France¹⁰. Notons dès à présent que c'est avant tout le contrôle de proportionnalité opérant une conciliation entre deux droits fondamentaux qui retiendra essentiellement notre attention.

708. Origine du contrôle de proportionnalité. Le contrôle de proportionnalité, avant d'exister au sein de la jurisprudence de la Cour EDH, a été mis en œuvre dans les décisions de la Cour constitutionnelle allemande dans les années cinquante¹¹. L'objectif était de déterminer la limite à partir de laquelle il n'était plus possible de supporter d'atteinte aux différents droits fondamentaux. Pour la Cour constitutionnelle, le caractère proportionné du contrôle implique que les bénéfices attendus de la mesure ne dépassent pas les coûts subis par les droits fondamentaux. Il en résulte que le contrôle de proportionnalité appliqué en France est un véritable « produit d'importation »¹². Toutefois, le modèle allemand ne s'est pas toujours exporté tel quel et des adaptations ont été rendues nécessaires en fonction des conditions dans lesquelles le contrôle était mis en œuvre. Il en résulte une pluralité de techniques mettant en œuvre un contrôle de proportionnalité.

709. Des contrôles de proportionnalité. Conçu initialement comme un moyen de protéger les droits fondamentaux de la loi, le contrôle de proportionnalité s'inscrit *a priori* dans un rapport vertical. Le principe de proportionnalité qui sous-tend la mise en balance des droits

¹⁰ C. GAUTHIER, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2021, p. 793 : Le contrôle de proportionnalité « s'oppose à la technique classique du syllogisme consistant pour le juge à appliquer une règle de droit à des faits selon un mode opératoire précis, fait d'étapes successives » ; V. ég. C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, Thèse, Montpellier, dir. R. CABRILLAC, LGDJ, 2000, p. 122.

¹¹ T. HOCHMANN, « Un succès d'exportation : la conception allemande du contrôle de proportionnalité », *AJDA*, 2021, p. 805.

¹² V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité au Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2021, p. 786.

est lui-même porteur de cette conception du contrôle de proportionnalité¹³. Il ne faudrait toutefois pas en conclure que le contrôle de proportionnalité n'aurait pas sa place dans les rapports horizontaux, lorsqu'entrent en conflit deux personnes privées. En effet, le contrôle de proportionnalité s'étend légitimement à ces hypothèses, puisque, derrière les parties, une opposition entre une norme et un droit fondamental ou entre plusieurs droits fondamentaux peut se manifester. Les contrôles de proportionnalité ne seront donc pas tous strictement comparables entre eux. Il est d'ailleurs possible, au-delà de la nomenclature existant entre contrôle vertical et contrôle horizontal, de distinguer trois types de contrôle de proportionnalité. D'abord, existe un contrôle portant non sur les normes, mais sur les prérogatives individuelles et les sanctions. Il s'agit, dans ce cas de figure, d'évaluer la disproportion dans l'utilisation d'un droit ou dans l'application d'une sanction. Ce type de contrôle ne résulte pas du contrôle de conventionnalité, mais est directement envisagé par la loi. Cela peut correspondre à la reconnaissance d'un abus de droit, l'existence du caractère disproportionné d'un cautionnement¹⁴, le rejet d'une prestation compensatoire sur le fondement de l'équité... Ce type de contrôle n'est pas discuté en doctrine puisqu'il n'est pas dirigé contre la loi et qu'il est consubstantiel à l'acte même de juger.

710. **Contrôles *in abstracto* et *in concreto*.** Ensuite, existe le contrôle de proportionnalité *in abstracto*, notamment issu du contrôle de conventionnalité de la CEDH ou du contrôle des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne. Ce contrôle étendu est celui par lequel le juge va, à l'occasion d'un litige, décider ou non d'exclure l'application d'une norme dans une hypothèse précise, et ce au profit de la totalité des justiciables¹⁵. Ce choix est effectué à l'aune du caractère proportionné ou disproportionné de l'atteinte à un droit fondamental par la norme concernée. Ce contrôle du contenu de la loi vient censurer l'équilibre interne imposé par le législateur à l'occasion de l'élaboration de la règle de droit. Enfin, les magistrats peuvent procéder à un contrôle de proportionnalité *in concreto*, toujours dans le cadre d'un contrôle de conventionnalité. L'hypothèse est en apparence strictement la même, à ceci près que le contrôle ne porte plus sur le contenu de la loi, mais sur sa seule application. Dès lors, en cas de disproportion, la norme n'est écartée que dans l'affaire traitée en l'espèce,

¹³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2022, 14^{ème} éd., V. Proportionnalité : La proportionnalité est une « règle pondération selon laquelle les atteintes portées à des droits fondamentaux par la puissance publique ne peuvent excéder ce qui est nécessaire à l'intérêt général ».

¹⁴ C. ALBIGES, « Articulation entre devoir de mise en garde de la caution et exigence de proportionnalité », *D.*, 2017, p. 2573.

¹⁵ Dans cette hypothèse, le juge participe pleinement à l'élaboration d'une véritable « jurisprudence » ; V. T. REVET, « La jurisprudence » in P. MALAURIE (en l'honneur de), *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie*, dir. A. DECOCQ, L. AYNÈS, P-Y. GAUTIER, B. BEIGNIER et C. CRONE, Defrénois, 2005, p. 377.

et non dans toutes les hypothèses similaires. Le contrôle *in concreto* peut théoriquement être effectué tant par la Cour de cassation que par les juges du fond. Toutefois, ce seront généralement les juges du fond qui y auront recours, le contrôle de proportionnalité *in abstracto* étant le plus souvent assumé par les juges du Droit. Notons également que le contrôle de proportionnalité peut s'exercer en dehors d'un contrôle de conventionnalité. Cependant, dans cette dernière hypothèse, le juge ne présentera pas toujours explicitement son raisonnement comme participant d'un contrôle de proportionnalité et ne suivra pas nécessairement la méthode de la Cour EDH ou de la CJUE. Lors de nos développements à venir, le contrôle de proportionnalité fera essentiellement référence au contrôle de conventionnalité, qu'il soit *in concreto* ou *in abstracto*, à l'exclusion du contrôle de proportionnalité sur les prérogatives individuelles et les sanctions.

711. Nature du contrôle de proportionnalité opéré par la Cour EDH. Afin de pleinement appréhender le contrôle de proportionnalité tel que pratiqué en France, il est indispensable de s'intéresser à la juridiction ayant initié pour une grande part la mise en œuvre de ce contrôle dans l'ordre interne : la Cour EDH. En effet, la Cour européenne montre l'exemple à suivre aux juges nationaux en pratiquant parfois elle-même le contrôle de proportionnalité. L'objectif est ici, en vertu du principe de subsidiarité, que la Cour de Strasbourg se concentre sur ce qui est appelé le « contrôle du contrôle », la vérification de la rigueur du raisonnement des juges et du respect de la méthodologie du contrôle de proportionnalité. Dans les faits, la méthode de la Cour EDH est éprouvée par une longue pratique. Avant toute chose, la Cour ne permet la mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité que lorsqu'il est porté atteinte à un droit fondamental par un État¹⁶, son action se limitant à l'effet vertical¹⁷. Les prérogatives ne peuvent ainsi être instrumentalisées dans le seul but de satisfaire une demande sans qu'un préjudice soit au moins risqué par celui qui sollicite le contrôle. Dès lors qu'existe une atteinte à un droit fondamental, la juridiction doit identifier la source de l'ingérence et le droit fondamental atteint. C'est alors que débute le contrôle de conventionnalité avec l'évaluation de la légalité de la mesure visée, puis le contrôle de la légitimité du but poursuivi par la norme source de l'ingérence. La juridiction vérifie par la suite si l'ingérence peut être qualifiée de nécessaire dans une société démocratique.

¹⁶ H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.*, 2017, p. 656 : « faute d'atteinte à un droit, il ne s'agirait que d'une pesée des intérêts ».

¹⁷ F. SUDRE, collaboration de L. MILANO, H. SURREL et B. PASTRE-BELDA, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2021, 15^{ème} éd., p. 253 : « La Cour européenne n'est compétente *ratione materiae* que pour connaître de recours individuels contre un État contractant ».

Légalité, légitimité et nécessité constituent donc les trois étapes du contrôle de conventionnalité classique. Toutefois, lorsque l'affaire entre dans le périmètre du contrôle de proportionnalité, qui sera décrit plus loin, la mise en balance des droits va être opérée au stade de la vérification de la nécessité de l'ingérence. C'est alors l'ultime étape du contrôle de conventionnalité qui accueille en son sein le contrôle de proportionnalité. Dans le but de procéder à la mise en balance des droits, la Cour EDH retient donc que la proportionnalité résultera du fait que la norme source de l'ingérence est nécessaire ou non dans une société démocratique.

712. Le contrôle de proportionnalité en France. Le juge français, en raison des engagements internationaux pris par la France, est tenu d'opérer le contrôle de conventionnalité des normes de la CEDH ou encore de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Les magistrats vont ainsi être invités par les juridictions européennes à emprunter les mêmes outils qu'elles pour procéder au contrôle. Toutefois, des différences demeureront possibles, notamment lorsqu'une marge d'appréciation nationale est reconnue dans un contentieux déterminé. Il faut d'abord relever que le contrôle de proportionnalité, s'il doit en principe être invoqué par l'une des parties, peut être relevé d'office par le juge. Le contrôle de proportionnalité pourra faire l'objet d'une gradation, celui-ci n'étant pas mis en œuvre strictement de la même manière dans toutes les hypothèses¹⁸. Cela sera particulièrement vrai lors de l'analyse, en cassation, du contrôle opéré par les juges du fond. La plupart du temps, ce contrôle sera dit « léger », ce qui correspond à une simple vérification de la méthodologie du contrôle mise en œuvre par les juges du fond. Le contrôle pourra cependant être qualifié de « lourd » lorsque la Cour vérifiera également la solution retenue par les juges du fond à l'issue du contrôle, et non plus seulement son *modus operandi*. De manière générale, plus la marge d'interprétation nationale sera faible, plus le contrôle aura tendance à être lourd, comme en matière de gestation pour autrui¹⁹ ou de droit de la presse. Également, le contrôle de proportionnalité mené au plan national ne se limitera pas aux rapports verticaux, mais pourra également concerner des conflits entre personnes privées sur fond de droits fondamentaux²⁰.

¹⁸ T. MARZAL, « La Cour de cassation à "l'âge de la balance" », *RTD Civ*, 2017, p. 789 : « la Cour de cassation semble parfois opter pour un contrôle de proportionnalité de moindre intensité, au point de le faire pratiquement disparaître. La Cour se limite alors à identifier un quelconque but légitime pour justifier l'application du texte légal en question, ce qui normalement se fait sans grande difficulté ».

¹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 5 juill. 2017, n° 16-16.901 et 16-50.025, *Bull. (D.)*, 2017, p. 1737, note H. FULCHIRON ; *D.*, p. 1727, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; *D.*, 2018, p. 528, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *D.* 2018, p. 641, obs. M. DOUCHY-OUDOT ; *D.*, 2018, p. 765, obs. J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; *D.*, 2018, p. 966, obs. S. CLAVEL et F. JAULT-SESEKE ; *RCDIP*, 2018, n° 1, p. 143, note S. BOLLÉE).

²⁰ F. SUDRE, collaboration de L. MILANO, H. SURREL et B. PASTRE-BELDA, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 252.

713. **Mise en œuvre du contrôle de proportionnalité.** La mise en œuvre concrète du contrôle représente un point essentiel si l'on souhaite éprouver son utilité et son efficacité dans le cadre des droits littéraires et artistiques. Que le contrôle de conventionnalité soit opéré *in concreto* ou *in abstracto*, le raisonnement des juges du fond suivra toujours cinq étapes, établies en écho à la méthodologie de la Cour EDH²¹. La première consistera en la vérification de l'applicabilité du droit invoqué par le demandeur. La deuxième phase supposera d'identifier une ingérence effective dans l'exercice du droit invoqué par le requérant. Dans un troisième temps, sera identifiée la base légale de l'ingérence, celle-ci pouvant tant résulter d'un texte que d'une jurisprudence constante. La quatrième étape impliquera, quant à elle, de déterminer si la source de l'ingérence poursuit un but légitime. Ces buts sont conçus de façon relativement extensive²², d'autant plus qu'il existe souvent une marge d'appréciation confortable pour le juge national sur cette question. Dans un cinquième et dernier temps interviendra, dans le cadre de la détermination de la nécessité de l'atteinte, le contrôle de proportionnalité, entendu dans son sens le plus pur, soit la mise en balance entre la source de l'ingérence et le droit invoqué par le demandeur²³. Suivant l'exemple de la Cour EDH, les juges nationaux recherchent à ce titre si l'ingérence répond à un besoin social impérieux ou, autrement dit, si elle apparaît nécessaire dans un État démocratique²⁴. Bien entendu, c'est cette dernière étape, dans laquelle est opérée la balance, qui suscitera le plus de débats et de critiques. En effet, bien qu'il s'agisse d'une balance entre les droits et non entre les intérêts – et nous y reviendrons –, la mise en perspective de la norme avec les données de l'espèce fait partie intégrante du contrôle²⁵.

714. **Divergence de méthode entre contrôles *in abstracto* et *in concreto*.** Si toutes les décisions du juge judiciaire présenteront ces cinq étapes lors d'un contrôle de proportionnalité, l'appréciation de la cinquième étape divergera entre contrôle *in abstracto* et contrôle *in concreto*. Dans ce dernier, la cinquième étape du contrôle supposera une « simple »

²¹ Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation, *Memento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, déc. 2018, p. 15.

²² *Ibidem*, p. 17 : « Parmi les buts légitimes admissibles, figurent notamment la protection des droits et libertés d'autrui, celle de la santé publique et de l'environnement, la recherche de la sécurité des personnes et des biens, la satisfaction de l'intérêt général et l'utilité publique, les conditions d'accès à la justice, le bon fonctionnement de l'institution judiciaire, l'équité du procès et le droit au jugement rendu dans un délai raisonnable ».

²³ Voici la formulation généralement donnée par la Cour de cassation dans le cadre du contrôle de proportionnalité : « qu'il appartient au juge saisi de rechercher un équilibre entre ces droits et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime ».

²⁴ En l'absence de cette ultime étape, le contrôle étant incomplet, la Cour de cassation ne pourra que censurer les juges du fond pour manque ou défaut de base légale : V. notamment Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2015, n° 13-27.391.

²⁵ H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *op. cit.*, p. 656 : Le contrôle de proportionnalité suppose que soient « mises en rapport, la règle à laquelle il aurait été porté atteinte, la règle que l'on entend écarter *in casu* et les “données” de l'espèce, éléments de faits et éléments de droit ».

mise en balance des droits en cause pour établir la nécessité de l'ingérence. Le contrôle *in abstracto* se démarque nettement du contrôle *in concreto*, notamment dans la mesure où la cinquième étape du contrôle se décompose en trois sous-étapes. Il conviendra effectivement, avant de procéder à la pesée des droits en tant que telle, d'évaluer l'adéquation de la mesure à l'objectif poursuivi ainsi que la nécessité de la mesure au regard du but recherché²⁶. Dès lors, la méthode employée, choisie par le juge pour déterminer la portée de sa décision, divergera de manière importante entre ces deux formes de contrôle.

715. Contrôle de proportionnalité restreint et contrôle étendu. Il est encore possible de distinguer entre deux types de contrôle de proportionnalité. D'une part, le contrôle sera dit restreint lorsque le juge souhaitera limiter la profondeur de son analyse, laissant davantage de marge de manœuvre au juge national concernant la Cour EDH. Ce type de contrôle sera récurrent dans des matières comme le droit des biens. D'autre part, le contrôle sera qualifié d'étendu lorsque le juge procédera à une analyse particulièrement poussée, laissant une marge de manœuvre moindre au juge national dans la mise en œuvre du contrôle. Le contrôle étendu présente lui aussi plusieurs terrains d'élection, tels que le respect de la vie privée et familiale, la liberté de pensée, la liberté de conscience et de religion, la liberté d'expression et la liberté de réunion et d'association (articles 8 à 11 de la CEDH). Il existe ainsi une distinction entre contrôle *in concreto* et contrôle restreint, et entre contrôle *in abstracto* et contrôle étendu²⁷. Dans le cas du droit d'auteur et des principaux conflits qu'il peut susciter, ce sont principalement le droit au respect de la propriété des biens et la liberté d'expression qui seront en jeu. Or, on observe, au regard des différences tenant à chaque type de contrôle, que l'analyse sera généralement restreinte lorsqu'existe une atteinte au seul droit au respect de la propriété des biens. Indiquons néanmoins qu'aucun type de contrôle n'est strictement exclu d'une catégorie de contentieux, un contrôle étendu pouvant, dès lors, s'exercer en matière de droit des biens. S'agissant de la liberté d'expression, le type de contrôle dépendra essentiellement du droit fondamental qui se trouvera opposé à l'article 10 de la CEDH²⁸.

²⁶ Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation, *Memento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, déc. 2018, p. 18.

²⁷ Dans certaines circonstances, le contrôle *in concreto* pourra ainsi être étendu : V. not. CE, 31 mai 2016, n° 396848, *Gonzalez Gomez*, (AJDA, 2016, p. 1398, chron. L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET ; RFDA, 2016, p. 740, concl. A. BRETONNEAU ; RFDA, 2016, p. 754, note P. DELVOLVÉ).

²⁸ Un conflit opposant liberté d'expression et liberté de religion fera ainsi plus souvent l'objet d'un contrôle restreint. À l'inverse, un conflit entre liberté d'expression et vie privée sera généralement étendu.

716. **Profusion de droits pour une multitude de conflits.** Dans la mise en œuvre d'un contrôle *in concreto*, la mise en balance des droits peut théoriquement impliquer une très grande variété de conflits entre différents droits fondamentaux. Toutefois, dans le cadre du droit d'auteur, quelques droits et libertés retiendront particulièrement notre attention en ce qu'ils concentrent une grande partie des conflits en la matière. Il s'agira spécifiquement des droits patrimoniaux de l'auteur, de son droit moral, du droit de participer à la vie culturelle de la communauté ainsi que de la liberté d'expression. Bien entendu, bien d'autres conflits sont envisageables, comme ceux pouvant exister entre l'auteur d'une biographie et la vie privée d'une personne ou entre les droits patrimoniaux et moraux de l'auteur d'un tableau et la propriété du titulaire du support physique de l'œuvre. Nous nous concentrerons donc ici sur plusieurs droits révélateurs, qui n'empêchent pas l'extension de la technique du contrôle de proportionnalité au-delà de ces seuls droits fondamentaux, bien au contraire.

717. **Périmètre du contrôle de proportionnalité.** Avant de prétendre soumettre certains droits fondamentaux au contrôle de proportionnalité, il convient de déterminer si leur nature leur permet d'intégrer le périmètre d'un tel contrôle. De fait, la mise en balance des droits n'est pas ouverte dans tous les cas de figure car certaines valeurs sont qualifiées d'indérogeables. Parmi ces droits absolus, totalement soustraits au contrôle, l'on compte la prohibition de la torture, l'interdiction de l'esclavage ou encore le principe de légalité des crimes, délits et peines. Les articles 10 de la CEDH et 1^{er} du premier protocole additionnel de la CEDH, qui nous intéressent au plus haut point ici, sont reconnus comme des droits relatifs et donc susceptibles d'un contrôle de proportionnalité²⁹. Au-delà de ces rares cas de droits indérogeables, la Cour de cassation dispose, au plan national, d'un pouvoir d'appréciation dans la détermination du périmètre du contrôle. Il en résulte que le juge national peut décider d'exclure certaines matières du contrôle de proportionnalité, à l'image de ce qui est actuellement retenu concernant la procédure civile. Inversement, le juge peut décider d'appliquer le contrôle dans d'autres contentieux, à l'image du droit des personnes, du droit de la nationalité ou du droit des contrats. La détermination du périmètre du contrôle de proportionnalité, à l'échelle nationale, peut cependant se révéler encore plus fine. À titre d'exemple, la Cour de cassation peut refuser par principe toute mise en balance des droits dans

²⁹ F. SUDRE, collaboration de L. MILANO, H. SURREL et B. PASTRE-BELDA, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 195.

un domaine particulier, tout en prévoyant certaines exceptions. Réciproquement, une matière classiquement ouverte au contrôle pourra se voir privée de mise en balance dans certains cas de figure. Partant, le juge national dispose d'une certaine marge de manœuvre dans l'élaboration du périmètre du contrôle en présence de droits littéraires et artistiques. Bien que ces droits soient relatifs, il ne sera donc pas totalement impossible que certaines de leurs composantes soient soustraites au contrôle au regard de leur valeur.

718. **Un conflit entre droits.** Nous l'avions brièvement évoqué en amont, le contrôle de proportionnalité, peu important sa forme, ne procédera jamais à une balance des intérêts, mais uniquement à une mise en balance des droits³⁰. Ainsi, le contrôle de proportionnalité ne sera pas un simple jugement en équité laissé à la pure discrétion du juge au regard d'éléments purement factuels. Il s'agira pour lui de déterminer s'il existe une atteinte disproportionnée à un droit fondamental par l'application d'une norme ou la présence d'un autre droit fondamental. Les circonstances de l'espèce ne seront évidemment pas ignorées par le juge lorsqu'il statuera, mais les données factuelles ne serviront qu'à mettre en évidence la potentielle disparité entre les droits en cause³¹. La mise en balance étant toujours effectuée à hauteur de droit fondamental, le contrôle de proportionnalité n'opposera jamais frontalement le monopole de l'auteur au droit d'échantillonnage de l'utilisateur par exemple. Nous pouvons donc simplement nous concentrer sur ces droits fondamentaux, sans inclure dans la balance le moindre droit subjectif spécifiquement reconnu à l'auteur, l'utilisateur ou au public.

719. **Un conflit entre droits de valeurs égales.** Plus qu'une simple mise en balance des droits, le contrôle de proportionnalité peut parfois supposer, au-delà d'une ingérence du fait de la loi, un conflit entre droits de valeurs égales. Cela explique également la mise à l'écart du droit de représentation, du droit de reproduction, du droit de paternité ou encore du droit d'échantillonnage. Seuls des droits fondamentaux peuvent faire l'objet de ce contrôle car il serait inconcevable qu'un droit fondamental puisse être supplanté par un intérêt de moindre valeur normative. L'hypothèse de deux parties invoquant le même droit pourrait se présenter³², auquel cas l'égalité de valeur ne pourrait être remise en cause dans son principe, car l'auteur

³⁰ V. VARET, « Droit d'auteur et liberté d'expression : la délicate pesée des intérêts », *Légipresse*, 2018, p. 336, note ss. CA Versailles, 16 mars 2018, n° 15/06029 : « les intérêts en présence, qu'il s'agit de peser et départager, ne sont pas les intérêts personnels et subjectifs de chaque partie, mais ceux qui sont protégés par les droits fondamentaux en conflit ».

³¹ V. VARET, « Balance des intérêts entre droits fondamentaux : fragments pour un discours de la méthode », *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 42, note ss. Cass. civ. 1^{ère} civ., 30 sept. 2015, n° 14-16.273 : « Si l'appréciation s'opère *in concreto*, la balance des intérêts a bien pour objet des normes, et non des faits ».

³² W. DROSS, « Propriété et proportionnalité : nouveaux épisodes », *RTD civ.*, 2018, p. 158, note ss. Cass. civ. 3^{ème}, 21 déc. 2017, n° 16-25.469.

d'une œuvre première et celui d'une œuvre dérivée pourront invoquer le même fondement. Les droits fondamentaux seront cependant le plus souvent différents, comme le droit au respect de ses biens et la liberté d'expression qui possèdent la même valeur normative au sens de la CEDH³³. Partant, de nombreux aspects de la liberté de communication étant partagés avec la liberté d'expression, indiquer que la première serait nécessairement d'une valeur normative moindre que les droits de l'auteur semble contestable³⁴. Liberté d'expression, liberté d'expression artistique et droit au respect de ses biens possèdent aujourd'hui la même valeur normative et sont susceptibles d'être mis en balance dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité, comme cela a notamment été effectué par la Cour d'appel de Paris à l'occasion des arrêts *Koons/enfants* et *Koons/fait d'hiver*³⁵. L'équilibre existant entre ces différents droits est donc établi. Nous rappellerons également que le droit de participer à la vie culturelle de la communauté trouve théoriquement à s'appliquer en droit interne, bien qu'aucun instrument onusien ne vienne sanctionner son atteinte³⁶. À l'image du droit d'accéder à la culture, il appartient au législateur, puis au juge, de s'emparer de la question pour leur octroyer l'assise qu'ils méritent. Il en résulte que, parmi les prérogatives évoquées, seuls ces deux droits ne peuvent prétendre au statut de droit fondamental en l'état du droit positif.

720. Participation des droits patrimoniaux de l'auteur au contrôle de proportionnalité. Le contrôle de proportionnalité, lorsqu'il ne s'attache pas aux prérogatives individuelles mais aux normes, participe du contrôle de conventionnalité de la CEDH. Ainsi, les droits fondamentaux objets du contrôle seront souvent ceux présents au sein de la CEDH.

³³ M. RIKABI, « Les critères de la mise en balance du droit d'auteur et de la liberté d'expression employés par les juges du fond français à la lumière de la jurisprudence de la CEDH », *RLDI*, n° 181, 1^{er} mai 2021 : « Le droit d'auteur et la liberté d'expression sont revêtus de la même valeur normative en tant que droits fondamentaux ».

³⁴ E. DREYER, « Liberté de communication et droit d'auteur », *RLDI*, n° 25, mars 2007, p. 13 : Monsieur le Professeur Emmanuel Dreyer évoquant la thèse de Monsieur le Professeur Christophe Geiger : « Il prétend que le conflit entre liberté de communication et droit d'auteur correspondrait à un conflit entre droits fondamentaux, de valeurs égales, et que ce conflit devrait être réglé, au cas par cas, dans un esprit de conciliation. On saluera le souci d'équilibre à l'origine de cette démarche mais il ne correspond à rien ; surtout cette présentation nous semble parfaitement artificielle : le droit d'auteur serait lui aussi un droit de l'homme ou, du moins, un droit "fondamental". Ce qui est contestable mais peu importe ici. Qu'apporte devant le juge judiciaire la constitutionnalisation du droit d'auteur ? Qu'apporte même le respect dû aux biens, tant corporels qu'incorporels, déduit par la Cour européenne de l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention ? À partir du moment où tout le monde admet que l'auteur doit être associé aux produits d'exploitation de son œuvre, ces 7 proclamations constituent des évidences qui ne peuvent faire avancer notre débat ».

³⁵ CA Paris, pôle 5, ch. 1, 17 déc. 2019, n° 17/09695, *Koons/enfants*, (*Dalloz actualité*, 21 janv. 2020, obs. J. DALEAU ; *Légipresse*, 2020, p. 171, ét. P. PÉROT ; *Propr. Intell.*, 2020, n° 75, p. 96, obs. J-M. BRUGUIÈRE ; *RLDI*, 2020, n° 8, note P. MOURON ; *JCP E*, 2021, n° 5, p. 41, note A. ZOLLINGER) ; CA Paris, pôle 5, ch. 1, 23 févr. 2021, n° 19/09059, *Koons/fait d'hiver*, (*JCP E*, 2022, n° 5, p. 40, note F. MARCHADIER ; *RTD com.*, 2021, n° 4, p. 818, note F. POLLAUD-DULIAN ; *Propr. Intell.*, 2021, n° 79, p. 87, note A. LUCAS ; *Propr. Intell.*, n° 79, p. 180, note P. DE CANDÉ ; *Dalloz actualité*, 12 mars 2021, obs. O. WANG).

³⁶ V. *supra* n° 279.

Le droit patrimonial de l'auteur ou le droit d'auteur dans son ensemble n'étant pas reconnus directement en tant que droits fondamentaux par la Convention, il convient de les rattacher à un texte existant. Au regard des décisions rendues par la Cour EDH³⁷, le droit d'auteur doit être logiquement rattaché à l'article premier du premier protocole additionnel de la Convention aux termes duquel « toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens »³⁸. Les droits patrimoniaux de l'auteur présentant un « intérêt substantiel », ils peuvent être qualifiés de biens. Il suffira dès lors à l'auteur s'estimant lésé par une norme ou l'exercice d'un droit fondamental d'invoquer cet article en défense de ses intérêts patrimoniaux.

721. Intégration des droits moraux au sein du contrôle de proportionnalité.

La question s'avère cependant plus délicate concernant le droit moral de l'auteur. Il serait inadmissible, tenant son caractère extrapatrimonial, de le rattacher au droit au respect de ses biens. Cependant, aucun autre fondement ne semble à même d'intégrer les droits moraux de l'auteur dans la CEDH, sauf à effectuer une interprétation particulièrement extensive de certains droits de la personnalité. En l'absence de texte parfaitement pertinent au sein de la CEDH, faudrait-il en conclure que les droits moraux seraient exclus du contrôle de proportionnalité et à la merci d'autres droits jugés fondamentaux au sens de la Convention ? La réponse ne peut qu'être négative. En réalité, le contrôle de proportionnalité s'exerce déjà à l'égard des droits moraux de l'auteur. Monsieur le Professeur Jean-Michel Bruguière relevait, dans un article de 2016³⁹, qu'au sein de l'arrêt *Les Misérables* de 2007⁴⁰ la Cour de cassation censurait l'arrêt de la Cour d'appel pour n'avoir pas caractérisé l'existence d'une atteinte disproportionnée à la liberté de création par le droit moral. Tous les éléments formels du contrôle n'étaient pas présents à l'époque, mais l'idée d'une mise en balance des droits était déjà latente. Plus récemment, la Cour d'appel de Versailles⁴¹ a pu indiquer que le droit d'un metteur en scène primait le droit moral de l'auteur dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité, non sans s'attirer quelques foudres⁴². Les arrêts *Koons*, dans lesquels était notamment invoquée une

³⁷ Cour EDH, 11 oct. 2005, n° 73049/01, *Anheuser-Busch Inc. c/ Portugal*, (JCP E, 2007, p. 1409, note A. ZOLLINGER ; CCE, mai 2007, p. 67, obs. C. CARON ; Dr. et patr., 2007, n° 163, p. 106, note D. VELARDOCCIO ; RTD eur., 2008, p. 405, obs. J. SCHMIDT-SZALEWSKI).

³⁸ CEDH, 1^{er} protocole additionnel, art. 1.

³⁹ J-M. BRUGUIÈRE, « L'absence d'examen circonstancié déjà dans l'arrêt *les Misérables* », *Juris art etc.*, 2016, n° 39, p. 22.

⁴⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 30 janv. 2007, n° 04-15.543, *Éd. Plon et F. Ceresa c/ P. Hugo et SGDL*, Bull.

⁴¹ CA Versailles, 30 nov. 2018, n° 17/08754, (*Dalloz IP/IT*, 2019, p. 101, obs. P-Y. GAUTHIER ; *LEPI*, 2019, n° 4, p. 2, obs. A-E. KAHN ; *Propr. Intell.*, avr. 2019, n° 71, p. 31, note A. LUCAS).

⁴² P-Y. GAUTIER, « Retour au Moyen-Age : le droit moral dévasté par la balance des intérêts », *Dalloz IP/IT*, 2019, p. 101, obs. ss. CA Versailles, 30 nov. 2018, n° 17/08754 : « le contrôle de proportionnalité s'exerce ici, dans sa pleine subjectivité, destructrice de la rigueur syllogistique, qui n'a pourtant jamais empêché le juge d'user de sa liberté d'appréciation, lors de l'opération de qualification ».

atteinte aux droits extrapatrimoniaux de l'auteur, participent également de la mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité entre le droit moral et les droits issus de l'article 10§1 de la CEDH. Quoi qu'il en soit, l'intégration des droits moraux au sein du contrôle de proportionnalité ne présente pas de difficulté puisque, notamment, le contrôle de proportionnalité peut exister indépendamment de la CEDH. En outre, des droits fondamentaux reconnus au niveau national mais pas directement par la CEDH, comme le droit moral, peuvent légitimement faire l'objet d'une mise en balance des droits. La Convention ne fixe en effet qu'un standard minimum⁴³, les États pouvant reconnaître d'autres droits fondamentaux et les soumettre à la mise en balance des droits. Donc, le droit moral, bien qu'absent de la CEDH, peut légitimement faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité en raison de son caractère fondamental en droit français.

722. Fondement textuel de la protection du droit moral. Si le droit moral se trouve pleinement admis à la table du contrôle de proportionnalité, encore faut-il trouver un fondement textuel auquel le rattacher. Invoquer directement les dispositions du CPI ne semble pas impossible, le juge renvoyant bien aux articles 9 et 16 du Code civil lorsqu'est invoqué le droit au respect de la vie privée ou le respect de la dignité humaine. Le juge judiciaire semble cependant emprunter une autre voie pour donner une assise textuelle au droit moral dans la mise en balance des droits. Il convient alors d'étudier l'arrêt *Koons/enfants*, rendu par la Cour d'appel de Paris en 2019⁴⁴. Dans leur décision, les juges du fond invoquent sans surprise l'article 10 de la CEDH au profit du contrefacteur et l'article premier du premier protocole d'accords de cette même Convention au bénéfice de l'auteur de l'œuvre originelle. Néanmoins, nous l'avions évoqué en amont, ces deux textes se trouvent accompagnés par nul autre que l'article 27.2 de la DUDH, aux termes duquel nous rappellerons que : « chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur ». La décision n'est pas isolée car, deux ans plus tard, dans l'arrêt *Koons/faît d'hiver*, la Cour d'appel de Paris reprenait le même texte au fondement de sa décision⁴⁵. L'invocation de

⁴³ F. SUDRE, collaboration de L. MILANO, H. SURREL et B. PASTRE-BELDA, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 185 : Sur la CEDH et la Charte des droits fondamentaux de l'UE : « La primauté de la norme internationale protectrice des droits de l'homme ne doit pas en effet être comprise comme impliquant nécessairement que la règle internationale va devoir se substituer à la règle interne de rang inférieur. La CEDH, que l'on peut prendre ici en exemple, confie en premier lieu aux autorités nationales le soin d'assurer, dans leurs rapports avec les individus, le respect des droits qu'elle édicte : ses règles de fond ne visent pas à supplanter le droit interne mais, si besoin, à le compléter ou à pallier ses insuffisances. La Convention fixe ainsi un standard minimum en matière de droits et libertés, que les États sont tenus d'assurer tout en pouvant le dépasser ».

⁴⁴ CA Paris, pôle 5, ch. 1, 17 déc. 2019, n° 17/09695, *Koons/enfants*.

⁴⁵ CA Paris, pôle 5, ch. 1, 23 févr. 2021, n° 19/09059, *Koons/faît d'hiver*.

la DUDH est très marquante car le juge aurait tout à fait pu effectuer un renvoi à l'article L. 121-1 du CPI, voire à l'article L. 111-1 du CPI pour asseoir textuellement le droit moral dans sa décision. Le recours à la DUDH est d'autant plus surprenant que, nous le rappellerons, ce texte ne présente qu'une invocabilité très limitée actuellement⁴⁶. Le juge judiciaire semble, par là même, adouber ce texte, invoqué à titre de protection d'un droit fondamental reconnu au plan interne.

723. Inclusion des droits intellectuels de l'utilisateur au sein du contrôle de proportionnalité. Admettre la protection des intérêts moraux de l'auteur sous le prisme de l'article 27.2 de la DUDH invite nécessairement à se questionner sur la protection du public au titre de l'article 27.1 de la même Convention. Le droit de participer à la vie culturelle de la communauté peut être valablement ignoré par les juges du fond en droit positif. Toutefois, dès lors qu'un tel droit se voit reconnaître une valeur fondamentale et se présente comme contraignant au sein d'un système de droits littéraires et artistiques, le recours à l'article 27.1 devient inévitable. L'invocation de la DUDH est, dans cette hypothèse, d'autant plus incontournable que le juge sollicite le second paragraphe de cet article en défense du droit moral de l'auteur. Ainsi, dans une logique de droits littéraires et artistiques, ne seront pas invoqués le droit d'échantillonnage ou le droit de courte représentation à l'occasion d'un contrôle de proportionnalité, mais le droit de participer à la vie culturelle de la communauté et le droit d'accéder à la culture.

724. Liberté d'expression et liberté d'expression artistique. Au titre des principaux droits invoqués à l'occasion d'un contrôle de proportionnalité en matière de droit d'auteur, nous pouvons enfin invoquer la liberté d'expression et l'un de ses corollaires : la liberté d'expression artistique. La liberté d'expression ne présente aucune difficulté car pleinement reconnue en qualité de droit fondamental au titre de l'article 10§1 de la CEDH. La liberté d'expression pourra notamment être invoquée au profit du polémiste, du critique d'art, de l'auteur d'une œuvre satirique ou parodique ou dans de nombreuses hypothèses où un débat de dimension sociale existe autour de la création. Les droits de l'auteur se trouvent donc soumis au contrôle⁴⁷, l'œuvre devenant un objet d'exercice de la liberté d'expression⁴⁸.

⁴⁶ V. *supra* n° 276.

⁴⁷ P. KAMINA, « Un point sur le droit d'auteur et l'article 10 de la Conv. EDH », *Legicom*, 2004./1, n° 30, p. 88 : « En droit français, aucun principe supérieur ou équivalent à l'article 10 de la Conv. EDH (y compris tiré de la législation sur le droit d'auteur) ne s'oppose en principe à l'arbitrage proposé par cet article ».

⁴⁸ P. NOUAL, « Le retour de l'affaire *Klasen* ou l'appropriationnisme artistique entre liberté d'expression et droit d'auteur », *RLDI*, n° 147, 1^{er} avr. 2018, note ss. CA Versailles, 16 mars 2018, n° 15/06029 : « L'œuvre d'art entre

Demeure la question de la liberté d'expression artistique, elle aussi rattachée à l'article 10§1 de la CEDH. Celle-ci bénéficiera en premier lieu à l'auteur, qui pourra l'invoquer aux côtés du droit au respect de ses biens et du droit au respect de ses intérêts patrimoniaux. Dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité, la liberté d'expression artistique profitera également bien souvent à l'auteur d'une œuvre dérivée, bénéficiant ainsi au titulaire d'un droit d'échantillonnage ou de courte représentation, ou encore aux personnes agissant dans le cadre de certaines exceptions, à l'instar d'une courte citation à l'interprétation renouvelée. La liberté d'expression artistique a déjà été invoquée devant les tribunaux et reprise dans l'argumentaire des juges, comme ce fut le cas dans l'arrêt de renvoi dans l'affaire *Klasen*⁴⁹. L'arrêt *Koons/enfants* est également intéressant à cet égard puisqu'il oppose frontalement droit d'auteur et liberté d'expression artistique⁵⁰ tandis que l'arrêt *Koons/fait d'hiver* invoque la liberté d'expression créatrice⁵¹. La Cour EDH admet elle-même l'existence d'une liberté d'expression artistique entrant dans le champ de l'article 10 de la Convention⁵². Il résulte de l'ensemble de ces éléments que les principales prérogatives rencontrées au sein du droit de la création immatérielle sont susceptibles d'initier un contrôle de proportionnalité entre droits fondamentaux. Toutefois, bien qu'elle soit intégrée en droit positif, la mise en balance des droits est source de critiques qui peuvent amener à reconsidérer son opportunité.

II : Fondation légitime d'une mise en balance des droits en droits littéraires et artistiques

725. Un contrôle en cours de légitimation. La technique du contrôle de proportionnalité, mise en œuvre sous l'impulsion des instances du Conseil de l'Europe, prend peu à peu son essor au plan national. La mise en balance des droits fait cependant face à

dans le champ de l'article 10 de la Convention EDH en tant qu'information mais pour que le droit d'auteur constitue une restriction à cette liberté encore faut-il que celle-ci soit justifiée et proportionnée ».

⁴⁹ CA Paris, pôle 5, ch. 1, 23 févr. 2021, n° 19/09059, *Koons/fait d'hiver*.

⁵⁰ CA Paris, pôle 5, ch. 1, 17 déc. 2019, n° 17/09695, *Koons/enfants* : « Il revient au juge de rechercher un équilibre entre les droits en présence, soit la liberté d'expression artistique et le droit d'auteur ».

⁵¹ CA Paris, pôle 5, ch. 1, 23 févr. 2021, n° 19/09059, *Koons/fait d'hiver*.

⁵² Cour EDH, 24 mai 1988, n° 10737/84, *Muller et autres c/ Suisse*, (*Journal du droit international*, 2019, n° 3, p. 811, note P. ROLLAND), § 27 : « Sans doute l'article 10 ne précise-t-il pas que la liberté d'expression artistique, qui se trouve en cause, entre dans son champ d'application ; il ne distingue pas pour autant les diverses formes d'expression. Comme les comparants s'accordent à le reconnaître, il englobe la liberté d'expression artistique - notamment dans la liberté de recevoir et communiquer des informations et des idées - qui permet de participer à l'échange public des informations et idées culturelles, politiques et sociales de toute sorte ».

de nombreuses critiques quant à son fonctionnement et aux conséquences qu'elle implique⁵³. Se frayant peu à peu une place dans le paysage juridique français, cet instrument est actuellement en cours de légitimation. Nous constaterons donc que le contrôle de proportionnalité est un instrument clivant (A), avant d'observer qu'il permet d'assurer un véritable équilibre entre libertés et droits fondamentaux (B).

A : Le contrôle de proportionnalité, instrument clivant

726. Le contrôle de proportionnalité, source d'insécurité juridique ? L'un des principaux arguments avancés par les détracteurs du contrôle de proportionnalité tient au fait qu'il serait intrinsèquement porteur d'une importante insécurité juridique. Il existe en effet un manque de prévisibilité de la solution du juge lorsqu'il recourt à une telle technique : « appliqué sans bornes, le contrôle de proportionnalité porterait une atteinte évidente au droit des parties d'espérer l'application de la règle qu'ils pouvaient raisonnablement anticiper au moment des faits de la cause »⁵⁴. Ce manque de prévisibilité s'explique en partie par le fait que la mise en balance des droits repose sur les droits fondamentaux, dont le champ n'est pas aussi tranché que la plupart des droits subjectifs⁵⁵. L'application du contrôle de proportionnalité est d'autant plus critiquée que, dans le cadre du droit de la propriété littéraire et artistique, la mise en balance peut conduire à écarter le respect des droits de l'auteur alors même que ces derniers sont censés demeurer le principe⁵⁶. Monsieur le Professeur Frédéric Pollaud-Dulian qualifie

⁵³ Une critique identique est classiquement adressée à la notion d'équité, dont les rapports avec le contrôle de proportionnalité sont étroits par nature : C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, Thèse, Montpellier, dir. R. CABRILLAC, LGDJ, 2000, p. 4.

⁵⁴ V. VIGNEAU, « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *D.*, 2017, p. 123 ; V. ég. C. JAMIN, « Motivation des arrêts : une alternative », *D.*, 2015, p. 2001 : « Le contrôle de proportionnalité résultant du contrôle de conventionnalité ne permet plus en effet de déduire une solution d'une norme prédéterminée – si tant est que ce soit jamais le cas ».

⁵⁵ R. LEGENDRE, *Droits fondamentaux et droit international privé, réflexion en matière personnelle et familiale*, Thèse Panthéon-Assas, dir. L. GANNAGE, Dalloz, 2020, p. 255 : « Enoncées sous la forme de principes, les normes fondamentales sont, par nature, imprécises, approximatives » ; V. ég. P. PUIG, « L'excès de proportionnalité », *RTD Civ*, 2016, p. 70 : « en promettant à chacun un emploi, un logement, un environnement équilibré et respectueux de sa santé, le respect de sa vie privée et familiale, de ses biens ou encore de ses convictions religieuses, pour ne prendre que quelques exemples révélateurs, le législateur se place délibérément dans l'incapacité d'honorer ses engagements ».

⁵⁶ B. GALOPIN, *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, Thèse, Paris XI, dir. P. SIRINELLI, IRPI, 2012, p. 67 : « S'agissant des restrictions au droit de propriété, le principe de proportionnalité peut être résumé de la façon suivante : à admettre même que la restriction envisagée poursuive effectivement une finalité d'intérêt général, et satisfasse par conséquent au contrôle de finalité, encore faut-il qu'elle n'aboutisse pas à dénaturer le droit, à vider celui-ci de sa "substance" même ».

ainsi la jurisprudence *Klasen* de « malheureuse »⁵⁷ car ouvrant une porte vers un dialogue égalitaire entre droit d’auteur et droit du public.

727. Le risque d’une décision arbitraire du juge. L’absence de prévisibilité de la réponse apportée par le juge n’est pas le seul grief porté à l’encontre de la mise en balance des droits. Certes, la méthodologie du contrôle de proportionnalité apparaît rigoureuse, mais l’appréciation supposée par la dernière étape du contrôle laisse une certaine marge de manœuvre au juge. Dans ce contexte, il a pu être affirmé que « le contrôle de proportionnalité est un corset élastique, qui paraît contraindre le juge mais n’encadre que faiblement sa décision »⁵⁸. Se profile alors le risque d’un arbitraire des magistrats en l’absence de cadre suffisamment contraignant. En ce sens, le recours au contrôle de proportionnalité constituerait un moyen pour le juge de statuer en pure équité⁵⁹ ou en opportunité⁶⁰, ce qui présenterait un danger bien au-delà du seul droit de la création immatérielle. Ce reproche n’est pas seulement dirigé contre les juges nationaux, mais également contre la Cour EDH qui impulse largement cette manière de juger : « la proportionnalité et, plus généralement, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’Homme, mal rédigée, pauvrement fondée et si factuelle ne nous paraît vraiment pas un modèle enviable »⁶¹. C’est la méthode même du contrôle de proportionnalité qui pose problème à ses opposants, car la technique à laquelle les juges nationaux sont invités à se conformer est bien éloignée du syllogisme judiciaire lorsqu’est mise en œuvre la balance. Cette différence de technique accentue l’apparente inconsistance du contrôle aux yeux de ses contempteurs. Cette critique ne saurait être balayée d’un revers de main et nous prendrons le temps d’y répondre car, si elle peut être largement modérée, elle n’est pas parfaitement infondée.

728. Un étiolement de la loi ? Au-delà des risques pesant sur le jugement rendu, le contrôle de proportionnalité fait craindre une réelle remise en question de la place de la loi,

⁵⁷ F. POLLAUD-DULIAN, « *Sampling* et droit de reproduction : exceptions et liberté de création à l’assaut du droit exclusif », *RTD com.*, 2020, p. 74 note ss. CJUE, 29 juill. 2019, n° C-476/17.

⁵⁸ T. HOCHMANN, « Un succès d’exportation : la conception allemande du contrôle de proportionnalité », *AJDA*, 2021, p. 805.

⁵⁹ F. POLLAUD-DULIAN, « Liberté de création. Droit d’adaptation. Droit moral », *RTD com.*, 2015, p. 515, note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2015, n° 13-27.391 : « il s’agit, à travers des textes flous et des mécanismes modérateurs, de passer à un autre système où l’on demande au juge de statuer selon ce qu’il considère comme l’équité et non selon les lois ».

⁶⁰ R. LEGENDRE, *Droits fondamentaux et droit international privé, réflexion en matière personnelle et familiale*, Thèse Panthéon-Assas, dir. L. GANNAGE, Dalloz, 2020, p. 236.

⁶¹ F. POLLAUD-DULIAN, « *Quo vadis lex ?* », *RTD com.*, 2016, p. 641.

voire un recul de celle-ci⁶². Rappelons que le contrôle de proportionnalité, s'il est mené à son terme, peut conduire à écarter ponctuellement ou généralement l'application d'une disposition spécifique dans une situation donnée⁶³. La crainte est ici que la loi soit rendue totalement superflue par une balance qui porterait essentiellement sur les intérêts en présence⁶⁴. Dans le cadre spécifique du droit de la propriété intellectuelle, le risque principal est évidemment que les intérêts de l'auteur perdent leur protection pour un motif nébuleux et imprévisible. De plus, à entendre les détracteurs du contrôle de proportionnalité, cette technique tend à remettre en question l'existence même d'une liste fermée d'exceptions aux droits patrimoniaux de l'auteur⁶⁵. L'argument invoqué suppose que le contrôle de proportionnalité serait dès lors une forme d'exception générale aux droits de l'auteur, susceptible de s'appliquer en toute circonstance lorsqu'un rattachement à un droit fondamental est possible⁶⁶. Dans ce contexte, la liste exhaustive fournie par l'article L. 122-5 du CPI deviendrait surabondante ou indicative. Cette vision apparaît toutefois excessive, et nous aurons l'occasion d'opérer une distinction entre contrôle de proportionnalité et exception ouverte aux droits de l'auteur.

729. Théorie de l'équilibre interne et contrôle de proportionnalité. En lien direct avec la relativisation du rôle de la loi dans la résolution des litiges, la mise en balance des droits suscite le débat quant au péril pesant sur l'équilibre interne opéré par le législateur. La doctrine de l'équilibre interne postule que la pesée des droits est totalement opérée par le législateur au stade de l'élaboration de la loi, de sorte que le juge ne peut sous aucun prétexte bouleverser cet arbitrage⁶⁷, sauf à mépriser le principe de séparation des pouvoirs en s'érigeant en législateur.

⁶² L. MARINO, « Les droits fondamentaux émancipent le juge : l'exemple du droit d'auteur », *JCP G*, n° 30-34, 26 juill. 2010, doctr. 829 : « Le système même des droits fondamentaux porte en son sein cette défiance envers la loi. [...] Lorsqu'on a érigé le droit d'auteur en droit fondamental, on a déclenché ce processus de recul de la loi en la matière ».

⁶³ F. ROUVIÈRE, « Le contrôle de proportionnalité dans la balance du juge », *RTD Civ*, 2017, p. 524 : « la loi n'est plus considérée comme un outil pour trancher le litige. La loi devient elle-même un élément du litige ».

⁶⁴ F. ROUVIÈRE, « Existe-t-il une méthode du contrôle de proportionnalité ? », *Revue justice actualités*, n° 24, ENM, déc. 2020, p. 35 : « la méthode proportionnelle peut prendre pour objet les intérêts particuliers en présence ; c'est alors une balance des intérêts qui rend la loi superflue ».

⁶⁵ F. POLLAUD-DULIAN, « Liberté de création. Droit d'adaptation. Droit moral », *op. cit.*, p. 515 : « si l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme peut être utilisé pour écarter le bénéfice d'un droit subjectif reconnu par la loi, tel que le droit d'auteur, à quoi bon des exceptions légales strictement définies et d'interprétation étroite ? ».

⁶⁶ P. PUIG, « L'excès de proportionnalité », *op. cit.*, p. 70 : « Le droit de propriété de l'auteur sur son œuvre n'est donc protégé par l'action en contrefaçon, dont les conditions sont remplies, qu'à la condition supplémentaire que l'atteinte à la liberté d'expression du contrefacteur ne soit pas jugée excessive. Est-il encore utile de prévoir dans le code de la propriété intellectuelle des exceptions au monopole de l'auteur, soigneusement encadrées, y compris par le triple test qui réalise déjà un contrôle de proportionnalité, quand il suffit d'invoquer une liberté fondamentale pour y faire échec ? ».

⁶⁷ L. MARINO, « Les droits fondamentaux émancipent le juge : l'exemple du droit d'auteur », *op. cit.* : « Développée par la doctrine, cette théorie est mise en œuvre par le juge qui refuse alors de réexaminer l'équilibre ».

La question de l'équilibre interne est centrale en matière de droit de la création immatérielle, notamment lorsque la lumière est portée sur l'articulation entre monopole et exceptions. C'est notamment cet équilibre interne qui se trouve aujourd'hui remis en question sous l'impulsion des usages numériques⁶⁸. Or, la mise en balance des droits conduit effectivement à réexaminer, au moins ponctuellement, la pondération opérée par le législateur, fait inacceptable pour Monsieur le Professeur Frédéric Pollaud-Dulian : « pourquoi ne pas aller plus loin en remplaçant la législation par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et procéder ainsi à la recherche d'un juste équilibre entre les intérêts des parties, sans s'encombrer de qualifications et de normes légales ? L'arrêt *Klasen contre Malka* n'est rien d'autre qu'un retour à "l'équité des parlements", une régression parée des plumes du paon... »⁶⁹. Néanmoins, bien que la référence à l'équité des parlements ne soient pas vide de sens⁷⁰, à ces attaques répétées à l'endroit du contrôle de proportionnalité peuvent être apportés plusieurs contre-arguments, restaurant le crédit accordé à cette technique.

B : Le contrôle de proportionnalité, instrument d'équilibre entre libertés et droits fondamentaux

730. Opportunité d'un arbitrage *a posteriori* en droit de la création immatérielle.

En dépit de l'ensemble des griefs qui peuvent lui être opposés, le contrôle de proportionnalité présente certaines vertus indéniables. Au premier rang de ces mérites, la mise à l'écart occasionnelle de la règle de droit s'impose pour éviter l'injustice. L'arbitrage *a posteriori* présente, en droit de la création immatérielle, un intérêt important, puisqu'il permet de résoudre des conflits parfois imprévisibles, et pour lesquels l'application froide de la loi conduit à une réponse judiciaire inique⁷¹. Doit-on applaudir la loi lorsqu'elle permet la condamnation,

⁶⁸ Directive 2001/29/CE, considérant 31 : « Il convient de maintenir un juste équilibre en matière de droits et d'intérêts entre les différentes catégories de titulaires de droits ainsi qu'entre celles-ci et les utilisateurs d'objets protégés. Les exceptions et limitations actuelles aux droits, telles que prévues par les États membres, doivent être réexaminées à la lumière du nouvel environnement électronique ».

⁶⁹ F. POLLAUD-DULIAN, « *Quo vadis lex ?* », *op. cit.*, p. 641 ; V. ég. F. POLLAUD-DULIAN, « Nouvelle interprétation des exceptions et promotion de la liberté d'expression : les coups de boutoir de la CJUE contre le droit d'auteur », *RTD com.*, 2020, p. 83, note ss. CJUE, gr. ch., 29 juill. 2019, n° C-516/17, *Spiegel Online c/ Volker Beck* : « La balance des intérêts et des droits a déjà été faite par les rédacteurs de la directive 2001/29/CE : il n'appartient ni au législateur national, ni au juge national, ni même à la Cour de justice de procéder à une nouvelle pondération ».

⁷⁰ C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, Thèse, Montpellier, dir. R. CABRILLAC, LGDJ, 2000, p. 106.

⁷¹ M-A. CHARDEAUX, « Nommer la prérogative d'usage des choses communes », *D.*, 2019, p. 2195 : « il n'est sans doute pas souhaitable de vouloir arbitrer *a priori* l'ensemble des conflits pouvant surgir. Il serait certainement plus sage de recourir à un arbitrage *a posteriori* qui devrait alors rechercher dans chaque espèce s'il y a ou non une soustraction à l'usage commun ».

y compris sur le plan pénal, de l'auteur d'une œuvre transformative sans que puisse être sérieusement invoqué le moindre préjudice quantifiable ? Faut-il que toute atteinte à un droit si largement entendu se conclut par une condamnation, même lorsque le contrefacteur pourrait utilement faire valoir des droits fondamentaux ? Certainement pas ! La loi doit se reposer sur un arbitrage *a priori* dans l'écrasante majorité des cas, pour laisser place à un arbitrage *a posteriori* lorsque l'atteinte à un droit fondamental par le droit d'auteur devient disproportionnée. En réalité, le contrôle de proportionnalité étant inhérent à une logique de droits fondamentaux, tout équilibre entre ces normes de valeur supérieure serait impossible dans le cadre d'un arbitrage purement législatif⁷². C'est la raison pour laquelle, dès lors qu'il est fait recours aux droits fondamentaux, il convient de donner les moyens au juge d'assurer un équilibre *a posteriori*. Si le préteur se voit refuser la possibilité de tout arbitrage dans le cadre de son office, l'injustice devient inévitable dans certains contentieux. C'est pourquoi la mise en balance des droits présente un intérêt intrinsèque, celle-ci ne pouvant être rejetée dans son principe même.

731. Une mise à l'écart exceptionnelle de la règle de droit. La crainte d'une systématisation du contrôle de proportionnalité, conduisant à écarter la norme dans toute forme de circonstance n'est pas fondée. En réalité, le contrôle de proportionnalité, s'il peut être invoqué par les parties lorsqu'est mis en jeu un droit fondamental, ce qui ne sera pas systématiquement le cas, ne pourra conduire à une mise à l'écart de la loi que dans un nombre limité de contentieux⁷³. Ainsi, le contrôle de proportionnalité demeure une véritable exception, la loi constituant toujours le principe. Seules des atteintes profondes à des droits fondamentaux, à l'aune de circonstances exceptionnelles, peuvent aboutir à rejeter ponctuellement l'application de la loi. Le contrôle de proportionnalité se veut donc un outil chirurgical, une technique n'aboutissant que dans un nombre limité de contentieux, lorsque le juge considère qu'une disproportion existe dans l'atteinte portée à un droit fondamental⁷⁴. S'agissant du contrôle *in abstracto*, celui-ci, s'il présente une plus grande portée,

⁷² Tribunal constitutionnel fédéral allemand, 1 BvR 1585/13, 31 mai 2016, *Kraftwerk*, (*Prop. Intell.*, 2016, n° 61, p. 457, obs. A. LUCAS), n° 90 : « La question de savoir si la liberté artistique doit s'effacer en raison de l'atteinte, en particulier des droits fondamentaux des tiers, ne doit être tranchée qu'*a posteriori* ».

⁷³ Ce caractère exceptionnel de l'utilisation du contrôle de proportionnalité se justifie par la nécessité d'un recours parcimonieux à l'équité : C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, Thèse, Montpellier, dir. R. CABRILLAC, LGDJ, 2000, p. 334 : « En dépit de certaines propositions doctrinales favorables à l'extension du recours à l'équité, cette présence doit nécessairement rester ponctuelle, marginale, sous peine d'engendrer une modification de la nature de la notion. Le recours à celle-ci ne doit être motivé que par la recherche d'un équilibre entre intérêts divergents, en fonction de besoins impérieux non satisfaits par l'unique application du droit positif en vigueur ».

⁷⁴ L. MARINO, « Les droits fondamentaux émancipent le juge : l'exemple du droit d'auteur », *op. cit.* : « il ne s'agit pas de créer de nouvelles exceptions générales, mais de réagir au cas par cas ».

demeure cantonné car ne conduisant pas à anéantir la norme⁷⁵, sans compter sur le fait que l'on peut raisonnablement espérer des magistrats de la Cour de cassation qu'ils recourent à ce type de contrôle avec une particulière parcimonie⁷⁶. Il en résulte que le contrôle de proportionnalité ne risque pas d'entraîner une neutralisation générale de la loi, celui-ci demeurant un instrument d'exception.

732. Limites à la théorie de l'équilibre interne. La théorie de l'équilibre interne décrit une réalité inhérente au droit d'auteur comme à toute autre matière de droit privé. Toutefois, c'est lorsqu'elle est poussée à l'extrême que cette théorie présente d'importantes limites⁷⁷. En effet, considérer que le législateur aurait, *ab initio*, définitivement et complètement équilibré les forces au sein du droit de la création immatérielle relève de l'excès : « la loi aurait arbitré une bonne fois pour toutes, elle aurait équilibré les droits. La messe est dite dans l'article L. 122-5 ! Cette analyse s'explique par le dogme de la loi »⁷⁸. Ainsi, l'approche légicentriste conduit à faire du droit d'auteur une matière sclérosée, dépourvue de souplesse. Ce constat est d'autant plus ironique que le droit d'auteur, entre le XIX^{ème} et le milieu du XX^{ème} siècle, s'est essentiellement bâti à partir de la jurisprudence⁷⁹ en l'absence de production législative de grande envergure. L'affirmation selon laquelle la loi serait la seule source d'arbitrage au sein du droit de la création immatérielle peut donc être fondamentalement mise en doute. La loi ne saurait constituer, à elle seule, l'essence du Droit, peu important la matière concernée, puisqu'elle ne constitue pas l'origine du Droit lui-même⁸⁰. On ne saurait affirmer que le contrôle de proportionnalité rend la loi superflue, non seulement car cette dernière s'interprète dans toute sa rigueur dans l'immense majorité des occurrences, mais également car le contrôle de proportionnalité, lorsqu'il est effectué, est notamment apprécié au regard de la *ratio legis* poursuivie par la loi⁸¹. Ainsi, c'est notamment la raison d'être de la loi qui permet de déterminer si l'atteinte à un droit fondamental apparaît proportionnée au but poursuivi. L'équilibre interne

⁷⁵ Le contrôle *in abstracto* conduira à une mise à l'écart systématique de la norme, non pas de manière générale, mais dans des circonstances proches du contentieux ayant donné lieu à ce contrôle. Lorsque, à l'occasion d'un nouveau procès, les circonstances de fait ne seront pas comparables avec la solution d'un précédent contrôle *in abstracto*, la solution de ce dernier ne s'imposera jamais aux magistrats du siège.

⁷⁶ P. LÉGER, *La recherche d'un statut de l'œuvre transformatrice : contribution à l'étude de l'œuvre composite en droit d'auteur*, Thèse Paris I, dir. P. SIRINELLI, LGDJ, 2018, p. 300 « Il ne s'agit pas d'inciter les juges à imposer un nouvel équilibre des intérêts en toutes hypothèses ».

⁷⁷ L. MARINO, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013, p. 151.

⁷⁸ L. MARINO, « Les droits fondamentaux émancipent le juge : l'exemple du droit d'auteur », *op. cit.*

⁷⁹ *Ibidem* : « en droit d'auteur, le juge français a d'ailleurs tant (et si bien) œuvré... que la grande loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique s'est, pour l'essentiel, bornée à consacrer la jurisprudence ».

⁸⁰ G. HUARD, *Traité de la propriété intellectuelle*, Marchal et Billard, 1903, t. 1, p. 32 : « Tout droit, s'il est juste, dérive, non de la loi positive, mais des principes de l'équité ; la loi est la sanction, non la source du droit ».

⁸¹ V. VIGNEAU, « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *op. cit.*, p. 123.

opéré par le législateur doit donc être occasionnellement complété par une mise en perspective de la loi et de ses objectifs par le juge au regard des droits fondamentaux.

733. La crainte infondée d'un juge législateur et arbitraire. La défense de la technique du contrôle de proportionnalité impose également d'écarter toute inquiétude liée à la possibilité de voir le juge revêtir les atours du législateur. Au-delà du faible nombre de contentieux effectivement concernés par une véritable mise à l'écart de la loi, le contrôle de proportionnalité ne conduit pas le juge à reconnaître une véritable exception au droit d'auteur. Dans l'hypothèse la plus sensible et la plus rare, celle d'un contrôle *in abstracto*, la mise à l'écart de la norme ne concernera qu'une hypothèse particulièrement précise à laquelle il sera difficile de reconnaître le statut d'exception. Concernant le contrôle *in concreto*, la discussion n'a même pas cours, la solution ne pouvant en principe prétendre s'imposer hors du cas spécifiquement concerné. On ne peut non plus craindre que la mise en balance des droits conduise à un sérieux risque d'arbitraire en matière de propriété intellectuelle. Sans revenir en détail sur la place qu'occupe le juge au sein du droit de la création immatérielle, rappelons qu'il est, bien plus que dans d'autres contentieux, un juge de l'interprétation⁸². C'est précisément lorsque le juge tente d'imiter la loi, en rendant son appréciation la plus lisse possible, qu'il prend le risque de dénaturer la norme. En témoigne la caractérisation trop étendue de l'originalité ouvrant les portes du droit d'auteur « jusqu'à l'absurde »⁸³. Plus que dans n'importe quelle autre matière, et notamment par le rôle qu'il confère au juge, le contrôle de proportionnalité trouve donc toute sa place en droit de la création immatérielle.

734. Subjectivité irréductible du contrôle de proportionnalité. Il faut cependant l'admettre, le contrôle de proportionnalité, s'il est encadré par une méthodologie précise, présentera toujours une part de subjectivité⁸⁴. Cet appel à la sensibilité du juge ne pourra avoir lieu que lors de l'ultime étape du test : la mise en balance des droits au sens pur⁸⁵.

⁸² C. CARON, *Abus de droit et droit d'auteur*, Thèse, Paris II, dir. A. FRANÇON, Litec, 1998, p. 147 : « la crainte du juge et de son arbitraire est assez mal venue dans une discipline – le droit d'auteur – où les magistrats sont omniprésents. Il convient, en effet, de ne pas oublier que c'est le juge qui décide si une œuvre peut bénéficier de la protection par le droit d'auteur parce qu'elle est originale ».

⁸³ C. CARON, « Le consommateur en droit d'auteur », *Lamy droit des affaires*, n° 77, 1^{er} déc. 2004.

⁸⁴ Cette subjectivité s'avère inhérente au contrôle de proportionnalité tenant l'intervention de l'équité dans la décision finale du juge : C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, Thèse, Montpellier, dir. R. CABRILLAC, LGDJ, 2000, p. 7 ; V. ég. J-B. DUCLERCQ, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse, Paris I, dir. M. VERPEAUX, LGDJ, 2015, p. 9 : « La proportionnalité contient des éléments à la fois indérogeables, mais aussi malléables, précisément parce que la proportionnalité se nourrit du contenu de la norme, subjectivement déterminé par son auteur, pour se concrétiser ».

⁸⁵ H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.*, 2017, p. 656 : « Reste que l'appréciation finale (la pesée proprement dite) peut être empreinte de subjectivité. Mais cette subjectivité est-elle

Il est cependant heureux que demeure une part de subjectivité dans l'application de ce contrôle, dont l'intérêt a été démontré plus tôt. Le conflit entre droits fondamentaux à l'occasion de contentieux est aujourd'hui inévitable. Or, comment le juge pourrait-il trancher de façon objective une opposition entre deux droits de natures différentes, comme le droit au respect de la vie privée face à la liberté d'expression, sans faire automatiquement prédominer l'un sur l'autre⁸⁶? La régulation entre ces différents droits fondamentaux, qu'elle soit exigée par la Cour EDH ou non, s'imposera toujours d'une manière ou d'une autre. C'est pour cette raison qu'il est indispensable que la main du magistrat soit, en la matière, guidée tant par le Droit que par les circonstances. Bien entendu, un tel procédé n'écarte pas la possibilité d'une décision insatisfaisante ou qui opère un équilibre critiquable entre droits fondamentaux. Quoi qu'il en soit, ce risque sera toujours préférable et moins insupportable à la certitude d'une solution dictée par une norme aveugle et sourde, portant occasionnellement des coups violents et répétés à un droit fondamental. En outre, la possibilité d'un équilibre insatisfaisant doit être relativisée, le juge du fond demeurant soumis au contrôle du contrôle opéré par la Cour de cassation⁸⁷, cette dernière pouvant lui fournir des outils et critères spécifiques afin d'opérer au mieux la mise en balance des droits dans un contentieux donné⁸⁸. Il faut donc oublier la conception selon laquelle existerait d'un côté la loi dont l'application serait nécessairement ferme et constante, et de l'autre le contrôle de proportionnalité, instrument d'opportunité inconsistant et dépourvu de toute forme de rigueur⁸⁹. L'important tient en réalité à la mise en œuvre concrète de cette technique, qui doit avoir lieu dans le strict respect des cinq étapes présentées en amont et au sein d'une décision suffisamment motivée.

moindre que dans des affaires civiles ou pénales qui laissent également, une place à l'appréciation personnelle du juge ? ».

⁸⁶ E. DUBOUT, « Le côté obscur de la proportionnalité » in F. SUDRE (en l'honneur de), *Les droits de l'Homme à la croisée des droits, mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, dir. G. GONZALEZ, A. GOUTTENOIRE, L. MILANO, H. SURREL et R. TINIÈRE, LexisNexis, 2018, p. 191 : « On pourrait multiplier les dilemmes à l'envi, comme en matière de lutte contre le terrorisme, en se demandant si une atteinte même grave à la liberté ne pourrait pas être justifiée par un gain même minime de sécurité. Liberté et sécurité étant incommensurables, le choix en faveur de l'une ou de l'autre est avant tout politique, et ne peut tout simplement pas faire l'objet d'une analyse objective ».

⁸⁷ H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *op. cit.*, p. 656 : « On peut faire le pari que les juges du fond sauront faire preuve de rigueur sous le contrôle vigilant de la Cour de cassation ».

⁸⁸ P. NOUAL, « Le retour de l'affaire *Klasen* ou l'appropriationnisme artistique entre liberté d'expression et droit d'auteur », *op. cit.* : « Une grille d'analyse se dessine et il n'est pas à douter que, comme pour la construction méthodologique entre liberté d'expression et respect à la vie privée, de futurs jugements précisent celle-ci afin que la recherche concrète d'un juste équilibre ne dénature ni le droit d'auteur, ni ne crée une insécurité juridique trop grande par le biais de la liberté d'expression ».

⁸⁹ H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *op. cit.*, p. 656 : « De fait, le contrôle de proportionnalité brise le mythe d'une application mécanique de la règle de droit ; il remet en avant la dimension sociale et humaine de l'acte de juger ».

735. Le contrôle de proportionnalité, outil de réalisation de la fonction sociale du droit de la création immatérielle. Davantage qu'un outil nécessaire afin d'apporter une souplesse salubre au droit d'auteur, le contrôle de proportionnalité se présente comme un instrument à même de participer à la redéfinition et à la revalorisation de la fonction sociale de la matière. En tant qu'instrument correctif, notamment employé à l'aune de la *ratio legis* de la norme concernée⁹⁰, la mise en balance des droits est en mesure de pallier une partie des excès induits par le droit de la propriété littéraire et artistique⁹¹. Le contrôle de proportionnalité, opéré au regard de la nature des droits et des objectifs qui leur sont fixés par le législateur, permet de donner une dimension nouvelle au droit de la création immatérielle⁹², valorisant sa lettre, tout en recourant à son esprit lorsque cela s'avère nécessaire. Derrière la mise en avant de la fonction sociale, le contrôle de proportionnalité porte la promesse de participer à une réconciliation progressive entre droit d'auteur et public⁹³. En suscitant davantage l'adhésion, la matière pourrait reprendre peu à peu du crédit et responsabiliser davantage ceux qui accèdent aux œuvres, particulièrement lorsqu'elles sont dématérialisées et encore plus spécifiquement lorsqu'elles transitent par Internet. C'est pour cette raison que, si la mise en balance des droits est désirable en droit de la propriété littéraire et artistique, elle l'est d'autant plus dans la perspective de droits littéraires et artistiques, dans lesquels elle est susceptible de parfaitement se fondre, pourvu que sa mise en œuvre se trouve correctement ajustée. Nous faisons donc le choix d'intégrer le contrôle de proportionnalité à notre modèle, les modalités de la mise en balance des droits devant à présent être déterminées.

⁹⁰ R. LEGENDRE, *Droits fondamentaux et droit international privé, réflexion en matière personnelle et familiale*, *op. cit.*, p. 261 : Le contrôle de proportionnalité « constitue un garde-fou indispensable contre les inévitables déficiences et carences de l'abstraction du droit. Il permet de préserver l'opportunité des règles matérielles en évitant que leur application ne s'écarte de leur *ratio legis* ».

⁹¹ C. GEIGER, « Les droits fondamentaux, garanties de la cohérence du droit de la propriété intellectuelle ? », *JCP G*, n° 29, 14 juill. 2004, doctr. 150 : « Les droits fondamentaux permettent de pallier aux dysfonctionnements des propriétés intellectuelles. Ils peuvent servir de correctifs lorsque les droits sont utilisés de manière excessive et contrairement à leurs fonctions ».

⁹² Cour suprême du Canada, 28 mars 2002, n° 27872, *Théberge c/ Galerie d'art du petit Champlain*, par. 31 : « The proper balance among these and other public policy objectives lies not only in recognizing the creator's rights but in giving due weight to their limited nature. In crassly economic terms it would be as inefficient to overcompensate artists and authors for the right of reproduction as it would be self-defeating to undercompensate them. Once an authorized copy of a work is sold to a member of the public, it is generally for the purchaser, not the author, to determine what happens to it ».

⁹³ C. GEIGER, « Les droits fondamentaux, garanties de la cohérence du droit de la propriété intellectuelle ? », *op. cit.* : « Un recours plus fréquent aux droits fondamentaux dans des litiges liés aux propriétés intellectuelles, loin d'être à craindre, nous semble au contraire fortement souhaitable, afin que ne se produise pas une rupture entre le droit et la société ».

§2 : Mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité entre droits fondamentaux de l'auteur, de l'utilisateur et du public

736. **Arbitrer le conflit de droits fondamentaux.** Adopter la technique du contrôle de proportionnalité au sein des droits littéraires et artistiques est une étape nécessaire, mais non suffisante pour adapter le droit de la création immatérielle aux enjeux numériques. Bien que la mise en balance des droits fasse l'objet d'une méthode précise, celle-ci réserve un espace de liberté au sein de la dernière étape consistant en la détermination du caractère proportionné de l'atteinte. La caractérisation de cette disproportion ne doit pas être laissée à une pure appréciation en équité du juge. Il est en effet nécessaire de lui fournir des critères qui éclaireront son jugement dans l'établissement de la disproportion de l'atteinte à un droit fondamental. Si le droit positif établit peu à peu les critères permettant de guider le juge, il nous revient de les étudier et d'en effectuer une critique afin de parvenir à un équilibre satisfaisant entre droits fondamentaux. Nous sélectionnerons donc les critères adéquats dans la mise en balance des droits fondamentaux en droit d'auteur (I), avant d'articuler ces critères dans le cadre du contrôle de proportionnalité (II).

I : Sélection de critères adéquats dans la mise en balance des droits fondamentaux

737. **Les voies de la proportionnalité.** Au-delà des cinq principales étapes de la mise en balance des droits, il convient de fournir un cadre au contrôle de proportionnalité au sens strict résultant de la cinquième phase du test. Les juges du fond ayant été, en partie, livrés à eux-mêmes dans l'élaboration de ces critères⁹⁴, et la mise en balance des droits en droit d'auteur étant relativement récente, les voies de la proportionnalité ne paraissent pas encore parfaitement balisées. Le principal risque est ici que des critères trop larges soient érigés en conditions, ce qui apparaîtrait contraire à l'esprit même de la mise en balance des droits. Cette dernière, caractérisée par sa souplesse, ne peut en effet adopter une logique péremptoire sans trahir sa fonction. Ainsi, nous étudierons dans un premier temps les multiples sources d'inspiration dans

⁹⁴ V. VARET, « Droit d'auteur et liberté d'expression : la délicate pesée des intérêts », *Légipresse*, 2018, p. 336, note ss. CA Versailles, 16 mars 2018, n° 15/06029 : « La Cour de cassation, au-delà de l'exigence d'une appréciation *in concreto*, n'a rien dit de la manière de procéder, laissant aux juges du fond la lourde tâche d'élaborer à la fois la méthode et les poids de la pesée ».

l'élaboration des critères du contrôle de proportionnalité (A), avant de déterminer, dans un second temps, les multiples critères qui seront retenus dans l'exécution de ce contrôle (B).

A : Multiplicité des inspirations dans l'élaboration des critères du contrôle de proportionnalité

738. **Un sillon déjà creusé.** En matière de contrôle de proportionnalité en droit de la création immatérielle, le terrain n'est, et c'est heureux, pas vierge. Certes, si l'édifice n'est indubitablement pas complet à l'heure actuelle⁹⁵, certains critères émergent progressivement des prétoires. Ces nouveaux critères seront dès lors étudiés en vue de leur éventuelle mise en œuvre au sein des droits littéraires et artistiques. En outre, nous prendrons également soin d'étudier plusieurs instruments dont l'esprit se rapproche en partie de celui du contrôle de proportionnalité. Seront donc successivement étudiés des critères exogènes, issus de mécanismes voisins de la mise en balance des droits (1) et les critères directement issus de la pratique jurisprudentielle du droit d'auteur (2).

1 : Les critères issus de mécanismes voisins de la mise en balance des droits

739. **L'inspiration de mécanismes au voisinage du contrôle de proportionnalité.** Avant même d'évoquer les premiers critères soulevés par les juges, il peut être intéressant, pour élargir notre champ d'horizon, de nous inspirer de critères présents dans des mécanismes qui sont, dans une certaine mesure seulement, assimilables au contrôle de proportionnalité. À cet égard, il est possible de porter notre regard au-delà du seul droit interne. Nous analyserons donc les critères bénéfiques issus du triple test (a) ainsi que les critères avantageux du *faire use* (b).

a : Le recours bénéfique aux critères du triple test

740. **Distinction entre contrôle de proportionnalité et triple test.** Le triple test appliqué aux nouvelles exceptions au droit d'auteur présente des critères susceptibles

⁹⁵ P. NOUAL, « Le retour de l'affaire *Klasen* ou l'appropriationnisme artistique entre liberté d'expression et droit d'auteur », *op. cit.* : « cette motivation n'est pas encore parfaite – notamment en l'absence de critères parfaitement identifiables ».

d'intéresser la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité. En effet, les deux mécanismes présentent des points communs, de sorte que le triple test se trouve parfois assimilé à un contrôle de proportionnalité limité au seul champ des exceptions⁹⁶. Le rôle actif reconnu au juge dans le cadre du triple test permet également de rapprocher les deux mécanismes⁹⁷, de même que la souplesse de certains critères du test, comme nous allons le mettre en évidence. Il ne faudrait cependant pas pousser l'assimilation entre contrôle de proportionnalité et triple test trop loin. Ce dernier ne fait qu'évaluer l'acceptabilité d'une nouvelle limite interne au regard de certains critères strictement définis. Le triple test ne vient donc pas neutraliser un droit dans une circonstance particulière au regard d'une mise en balance des droits, mais valider ou censurer une exception érigée par le législateur. De plus, le triple test est un mécanisme régulant uniquement les exceptions et non les prérogatives de l'auteur, de sorte qu'il ne s'exerce qu'à sens unique, au profit des titulaires de droit. Ce garde-fou constitue ainsi une simple « limite aux limites »⁹⁸ et ne peut que constituer une forme de contrôle de proportionnalité circonscrit et édulcoré.

741. Complémentarité entre contrôle de proportionnalité et triple test.

La proximité entre contrôle de proportionnalité et triple test ne neutralise cependant pas l'utilité de ce dernier. Certes, ces deux instruments peuvent opérer un contrôle similaire, avec une méthode différente toutefois, afin d'évaluer la pertinence d'une exception⁹⁹. Néanmoins, le contrôle de proportionnalité, s'il peut conduire à écarter l'exception au profit du droit d'auteur dans une hypothèse particulière, ne le fait qu'à l'occasion de la défense d'un droit fondamental. Lors du triple test, l'exception se trouve écartée en totalité et en raison de sa seule nature, peu important les fondements sur lesquels elle s'appuie. Également, le contrôle de proportionnalité, même *in abstracto*, ne conduira probablement jamais à anéantir le contenu d'une exception sauf à ce que son champ d'action soit initialement particulièrement réduit.

⁹⁶ T. SINODINOU, « Voyage des sources du test des trois étapes aux sources du droit d'auteur », *RLDI*, n° 30, 1^{er} août 2007 : « Quand le destinataire est le législateur national ou communautaire, le test prend la forme d'un vrai contrôle de la proportionnalité des exceptions ».

⁹⁷ F. POLLAUD-DULIAN, « Exceptions », *RTD com.*, 2006, p. 370, note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 28 févr. 2006, n° 05-15.824, Bull. : Le triple test « confère au juge un rôle assez particulier puisqu'il est amené à corriger les excès de l'utilisation que font ou peuvent faire les individus de la règle de droit, mais, au fond, aussi les inconvénients que l'évolution des techniques ou des pratiques font apparaître dans la règle de droit elle-même, chaque fois que l'exception qu'elle pose cause un préjudice anormal aux intérêts légitimes des titulaires de droits ou porte atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. Il y a là une forme de contrôle de proportionnalité ».

⁹⁸ B. FABRE, *La crise du droit d'auteur : une approche systémique*, Thèse, Aix-Marseille, dir. J. FRAYSSINET, 2012, p. 194.

⁹⁹ A. LATIL, « Contrôle de proportionnalité en droit d'auteur », *Juris art etc.*, 2016, n° 39, p. 21 : « le contrôle de proportionnalité se confond avec le triple test quant à sa fonction de contrôler l'application d'une exception existante ».

S'agissant de la mise en balance des droits *in concreto*, la mise à l'écart de l'exception ne concernant qu'un litige, le contrôle ne dégènera jamais en une véritable censure de l'exception. Ainsi, contrôle de proportionnalité et triple test apparaissent à la fois compatibles et complémentaires, la reconnaissance de l'un ne rendant pas l'autre surabondant. Nous pouvons à présent procéder à l'étude successive des critères du test en trois étapes.

742. Un nombre limité d'exceptions aux droits de l'auteur. Le premier critère du triple test tient à l'exigence d'un nombre strictement limité d'exceptions aux droits de l'auteur. Cette exigence, tendant à empêcher l'émergence d'exceptions ouvertes, vise à éviter toute hémorragie des utilités issues du monopole. Ce critère, par sa nature objective, semble inutile dans la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité. De fait, la rigidité de cette limite ne permet pas de l'inclure au sein d'un dispositif assurant l'équilibre entre droits fondamentaux. En outre, la limitation du nombre d'exceptions n'offrirait pas au juge un éclairage sur la manière de procéder lors du contrôle. Il est donc inutile d'étudier plus en détail ce critère qui ne peut être retenu dans la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité issu du contrôle de conventionnalité.

743. La prohibition des atteintes à l'exploitation normale de l'œuvre. Le deuxième critère du triple test, constitué par la prohibition de toute atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre par l'exception, apparaît, quant à lui, prometteur. Toutefois, il faut bien prendre conscience, comme le soulève Monsieur le Professeur Frédéric Pollaud-Dulian, que ce critère possède une portée générale¹⁰⁰. L'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, en tant que telle, n'a de sens que dans le cadre d'une appréhension globale des effets de l'exception et non dans un simple raisonnement au cas par cas. Il ne faudrait toutefois pas exclure d'emblée un tel critère. Il convient de rappeler que, lors d'un contrôle de proportionnalité *in abstracto*, le juge raisonne de façon globale en évaluant l'impact de la norme pour toute atteinte à un droit fondamental comparable à celle qui lui est soumise. La prohibition de l'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, serait alors admissible en tant que critère de la mise en balance des droits. L'un des avantages de ce critère est qu'il limite les risques de dénaturation du droit de l'auteur¹⁰¹. Le droit fondamental opposé à l'auteur ne peut en effet conduire, en présence de ce

¹⁰⁰ F. POLLAUD-DULIAN, « Exceptions », *op. cit.*, p. 370 : « si le juge devait apprécier les trois critères non en fonction des effets de l'exception par rapport à l'environnement économique mais seulement des conséquences de l'acte particulier à propos duquel elle est invoquée, cette règle serait totalement privée d'utilité concrète, puisque l'exploitation normale de l'œuvre est une notion qui a une portée générale, alors que l'acte critiqué sera le plus souvent une utilisation ponctuelle ».

¹⁰¹ T. SINODINOU, « Voyage des sources du test des trois étapes aux sources du droit d'auteur », *op. cit.* : « Le terme "normal" ne peut non plus être défini uniquement en fonction du but direct poursuivi par l'exception ;

critère, à vider les droits patrimoniaux de leur substance. Ils ont notamment pour but d'assurer une rémunération à l'auteur, cette rétribution ne devant pas être balayée de façon générale. L'importance économique du mode d'exploitation concerné étant l'un des paramètres pris en compte dans l'appréciation de l'atteinte à l'exploitation normale¹⁰², le risque pesant sur l'auteur se trouve relativisé. Ainsi, ce critère pourrait empêcher la mise en balance des droits de priver l'auteur d'une partie substantielle de sa rémunération lorsque celle-ci est menacée. Il présente dès lors une certaine souplesse car prenant en considération la part de chaque marché dans la rémunération de l'auteur¹⁰³, cette approche pragmatique apparaissant parfaitement en phase avec la logique même du contrôle de proportionnalité.

744. **L'absence de préjudice injustifié causé aux intérêts de l'auteur.** Le dernier critère du triple test réside dans la recherche d'un préjudice injustifié aux intérêts de l'auteur. Ce critère apparaît *a priori* suffisamment souple pour intégrer une technique comme celle du contrôle de proportionnalité. La notion d'intérêts de l'auteur ne se limite bien entendu pas seulement aux droits patrimoniaux de l'auteur, mais englobe également la totalité de ses intérêts extrapatrimoniaux, droits moraux et droits de la personnalité compris. L'objectif est ici d'assurer la protection la plus large possible au créateur, prenant notamment en compte des aspects pouvant échapper au strict domaine du droit d'auteur. Néanmoins, là où la limitation du nombre d'exceptions apparaissait comme un critère trop restrictif, la prise en compte générale de toute atteinte injustifiée aux intérêts de l'auteur semble trop extensive. En réalité, c'est l'objet même de la mise en balance des droits d'indiquer s'il existe un préjudice injustifié aux intérêts de l'une ou l'autre des parties. Il n'apparaît donc pas opportun de transposer ce critère au sein du contrôle de proportionnalité.

b : Le recours avantageux aux critères du *fair use*

745. **Les critères retenus dans le cadre du *fair use* américain.** Le modèle du *copyright* nord-américain présente également un mécanisme voisin de la mise en balance des

une approche purement normative déséquilibrerait le droit d'auteur car, dès lors qu'une exception est justifiée par une liberté fondamentale constituant sa raison d'être, elle se trouverait justifiée nonobstant son éventuel impact économique concret ».

¹⁰² F. POLLAUD-DULIAN, « Exceptions », *op. cit.*, p. 370.

¹⁰³ S. DUSOLLIER et M. BUYDENS, « Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses », *CCE*, sept. 2001, n° 9, chron. 22 : « le caractère normal de l'exploitation est [...] un standard variable au gré des techniques et des marchés ».

droits qui pourrait inspirer certains critères du contrôle de proportionnalité : le *fair use*¹⁰⁴. Rappelons qu'il s'agit d'une exception ouverte aux droits de l'auteur, permettant au juge de faire primer l'usage du public sur le *copyright* du titulaire de droits. L'analogie au contrôle de proportionnalité, si elle n'est pas parfaite comme nous le verrons, s'impose avec force. Le *fair use* peut conduire à reconnaître l'existence d'une exception au profit du public, sans que l'usage en question ne soit directement visé dans la loi. Le juge se trouve simplement guidé par une série de quatre critères, non exhaustifs, qui permettront d'évaluer si l'utilisateur peut bénéficier de la protection de l'exception ouverte. Il n'est alors pas surprenant que le juge américain utilise l'expression de « *balance of equities* » pour évoquer le *fair use*¹⁰⁵. Nous évoquerons donc successivement les quatre critères utilisés dans la mise en œuvre de ce mécanisme.

746. Caractère incontournable de la nature de l'utilisation et de sa finalité.

Le premier critère mis à la disposition du juge dans le cadre du *fair use* consiste en la prise en compte de la nature et de la finalité de l'utilisation concernée. En d'autres termes, il s'agit d'identifier le contexte dans lequel est utilisée l'œuvre ainsi que l'objectif visé par l'utilisateur. Dès lors, ce critère permet d'adopter un regard plus accueillant envers des utilisations vertueuses, comme l'utilisation dans un cadre éducatif ou associatif, et plus rigoureux à l'encontre d'utilisations immorales ou purement politiques. Également, la prise en compte de la finalité de l'utilisation permettra notamment de distinguer selon que l'œuvre est reprise dans un but économique ou strictement désintéressé. La souplesse procurée par ces différents éléments apparaît comme une véritable clé de la mise en balance des droits, et il est difficile d'imaginer comment le juge pourrait ne pas prendre explicitement appui sur ceux-ci dans sa motivation. Un tel critère, et nous aurons l'occasion de revenir sur ce point, apparaît donc particulièrement pertinent dans la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité.

747. **Prise en compte de la nature de l'œuvre d'origine ?** Le *fair use* invite également le juge à prendre en compte la nature de l'œuvre d'origine dans l'admission de l'exception. Ce critère permettra notamment de distinguer selon que l'œuvre appartient à un

¹⁰⁴ Code des États-Unis d'Amérique, Titre 17, §107. Limitations aux droits exclusifs : *Fair use* : « Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright ».

¹⁰⁵ Cour suprême des États-Unis d'Amérique, 20 mai 1985, 471 US 539, *Harper et Row c/ Nation Enterprises* ; V. ég. P. EL KHOURY, *Les exceptions au droit d'auteur : étude de droit comparé*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, 2007, p. 98.

domaine dans lequel la contrefaçon est généralement tolérée, voire inhérente à certaines phases du processus créatif ou qu'elle ne peut que très difficilement faire l'objet d'une atteinte au regard de son domaine. En dehors du *fair use*, ce critère précis avait été pris en compte par la Cour constitutionnelle allemande dans l'arrêt *Kraftwerk*¹⁰⁶, dans lequel le genre de l'œuvre musicale avait été déterminant. Ce critère pragmatique pourrait sembler pertinent, mais on ne peut que constater qu'il entre frontalement en conflit avec la théorie de l'unité de l'art telle qu'elle existe en droit français. À l'évidence, il serait difficile d'admettre, en droit de la création immatérielle, que le juge soit autorisé à traiter les œuvres de façon différente à raison de leur seule nature. Créant une forme de discrimination entre les œuvres, la prise en compte de la nature de l'œuvre d'origine ne sera donc pas un critère retenu au sein du contrôle de proportionnalité en droits littéraires et artistiques. Toutefois, si ce principe devait être abandonné ou envisagé sous un autre jour, un tel critère deviendrait parfaitement recevable.

748. Quantification de l'étendue de la reprise de l'œuvre d'origine. Le troisième critère explicitement mentionné par les textes relatifs au *fair use* demande au juge de se référer à l'étendue de la reprise de l'œuvre d'origine par l'utilisateur. Il s'agit alors de traiter avec davantage de rigueur l'utilisateur effectuant une reprise totale de l'œuvre, là où une reprise partielle jouera en faveur de la reconnaissance d'une utilisation équitable. Là encore, la souplesse de ce critère semble le promettre à un mariage heureux avec la mise en balance des droits. La prise en compte de l'étendue de la reprise permet de pleinement nuancer l'atteinte aux droits de l'auteur, sans pour autant la nier d'emblée. Ce n'est toutefois pas parce qu'une reprise s'avèrera minime que l'usage sera toléré, tout comme sera exclue la condamnation automatique de l'utilisateur au seul motif que la reproduction de l'œuvre est totale. Ici, aucun obstacle ne vient empêcher l'adoption d'un tel critère dans le cadre du contrôle de proportionnalité en droit français, de sorte que son adoption sera suggérée en aval.

749. Incidence de l'utilisation sur la valeur de l'œuvre. L'ultime critère directement visé dans le cadre du *fair use* consiste en l'évaluation de l'impact de l'utilisation sur la valeur même de l'œuvre d'origine. Il s'agit de déterminer l'existence d'un préjudice économique subi par l'auteur du fait de l'utilisation de l'œuvre par un tiers. Ce critère peut être rapproché de celui résultant de l'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre dans le cadre du triple test. Si les domaines de ces deux critères ne se recoupent que partiellement, il semble peu opportun de les faire coexister au sein du contrôle de proportionnalité eu égard à leur proximité.

¹⁰⁶ Tribunal constitutionnel fédéral allemand, 1 BvR 1585/13, 31 mai 2016, *Kraftwerk*.

Ainsi, quoi qu'il advienne, une exception prenant en compte l'impact de l'utilisation sur la valeur de l'œuvre et son exploitation sera nécessairement prise en compte. Si les critères jusqu'ici rencontrés au sein de mécanismes voisins du contrôle de proportionnalité semblent, pour certains, pertinents, les outils récemment forgés par le juge dans le cadre du contrôle de proportionnalité méritent également tout notre intérêt.

2 : Les critères issus de la pratique jurisprudentielle du droit d'auteur

750. L'œuvre suscitant une réflexion d'ordre social. Depuis 2015, avec l'arrêt *Klasen* de la Cour de cassation, les juges du fond ont eu l'occasion d'élaborer plusieurs critères dans la détermination de la nécessité de l'atteinte au droit fondamental de l'auteur ou du public. Les critères utilisés à ce titre ne font pas l'objet d'une liste fermée, de sorte qu'ils peuvent se décliner sous un grand panel. Nous nous concentrerons ici sur plusieurs critères récurrents, à commencer par la prise en compte de la participation de l'utilisateur à une réflexion d'ordre social. Dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris quelques mois seulement après l'arrêt *Klasen*, dans le cadre d'une contrefaçon d'un ballet de Prokofiev, ce critère était subtilement proposé par la Cour d'appel. En effet, bien que la demande du contrefacteur ait été rejetée car non argumentée, les juges relevaient que l'utilisateur ne prétendait pas « susciter une réflexion d'ordre social »¹⁰⁷, comme cela avait pu être invoqué par le demandeur au pourvoi lors de l'arrêt *Klasen*. La Cour présentait ainsi ce critère, sous la forme d'un *obiter dictum*, comme susceptible de guider la mise en balance des droits. Dans l'arrêt *Klasen* de la Cour d'appel de renvoi, la « dimension de réflexion sociale » de l'œuvre seconde était explicitement prise en compte par le juge¹⁰⁸. Plus récemment, l'arrêt *Koons/enfants* intégrait lui aussi ce critère dans la détermination de la nécessité de l'atteinte au droit fondamental de l'auteur¹⁰⁹. Ce critère doit bien évidemment être mis en relation avec la liberté d'expression de la personne utilisant l'œuvre au mépris des droits de l'auteur. C'est donc essentiellement dans un conflit entre droit au respect des biens de l'auteur et liberté d'expression d'un tiers que ce critère tend

¹⁰⁷ CA Paris, Pôle 5, 2^{ème} ch., 25 sept. 2015, n° 14/01364, (*Propr. Intell.*, 2016, n° 58, p. 51, note A. LUCAS).

¹⁰⁸ CA Versailles, 16 mars 2018, n° 15/06029, (*Dalloz IP/IT*, 2018, p. 300, obs. V-L. BENABOU ; *RTD com.*, 2018, p. 345, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *Légipresse*, 2018, p. 336, note V. VARET ; *CCE*, 2018, n° 32, note C. CARON ; *Propr. Intell.*, juill. 2018, n° 67, p. 66, note A. LUCAS ; *JCP E*, n° 6, p. 45, note A. ZOLLINGER).

¹⁰⁹ CA Paris, pôle 5, ch. 1, 17 déc. 2019, n° 17/09695, *Koons/enfants* : « il n'est pas établi que l'utilisation sans autorisation de la photographie [...] était nécessaire à l'exercice de sa liberté d'expression artistique, y compris dans sa dimension de réflexion d'ordre social ».

à être mis en œuvre. Son opportunité sera étudiée plus en aval¹¹⁰, à l'image de l'ensemble des critères ici présentés.

751. La différence du message véhiculé par l'œuvre seconde. Un autre critère, pouvant lui aussi être mis en perspective avec la liberté d'expression, implique l'analyse de la différence existant entre le message porté par l'œuvre première, et celui véhiculé par l'œuvre seconde. Cet élément a notamment été soulevé à l'occasion de l'affaire *Koons/enfants* pour établir la proportionnalité de l'atteinte aux droits de l'auteur : « le message véhiculé par la sculpture est très différent de celui de la photographie »¹¹¹. Ainsi, à l'aune de ce critère, une reprise de l'œuvre d'origine, sans démarcation avec le message porté par celle-ci, jouera en défaveur du créateur de l'œuvre seconde dans le cadre du contrôle de proportionnalité. Inversement, l'œuvre dérivée prenant le contre-pied idéologique de l'œuvre première apparaîtra bien moins comme une copie servile et participera bien plus de l'exercice de la liberté d'expression de son auteur.

752. La notoriété de l'œuvre contrefaite. Au cours de leur travail de défrichage des critères de mise en balance des droits en droit de la création immatérielle, les juges du fond ont également pu s'appuyer sur la notoriété de l'œuvre contrefaite. L'idée est ici que l'atteinte aux droits de l'auteur dont les œuvres sont reconnues pourra être moins forte que celle à laquelle est exposé un créateur plus confidentiel. À ce titre, la Cour d'appel de Paris souligne, dans l'arrêt *Koons/enfants*, qu'il « ne peut être reproché au tribunal de prendre en considération le degré de connaissance par le public de l'œuvre primaire et de retenir que cette connaissance a une incidence importante sur l'appréhension par le spectateur du message délivré »¹¹². Il existe dès lors une double atteinte pour le créateur de l'œuvre première s'il ne dispose pas d'une notoriété suffisante. D'une part, le public ne pourra jamais dissocier le message entre l'œuvre d'origine et l'œuvre dérivée, neutralisant, partiellement, l'argument tiré de la liberté d'expression du contrefacteur¹¹³. D'autre part, et cela est sans doute bien plus préoccupant, le public pourra identifier l'auteur de l'œuvre seconde comme seul et unique auteur, portant ainsi une forte atteinte au droit de paternité de l'auteur de l'œuvre première.

¹¹⁰ V. *infra* n° 761.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ CA Paris, pôle 5, ch. 1, 23 févr. 2021, n° 19/09059, *Koons/fait d'hiver* : « Cette photographie n'est pas familière du public qui ne pourra donc pas l'identifier et appréhender la création de Jeff Koons par référence à elle et partant, percevoir le caractère transformatif revendiqué ».

Bien qu'il apparaisse pragmatique, ce critère n'est pas totalement exempt de critiques comme nous le verrons.

753. **La prise en compte du préjudice économique causé à l'auteur.** Dans une décision rendue en 2021, le Tribunal judiciaire de Rennes avait eu à se prononcer sur la reproduction du personnage de Tintin au sein d'une série de tableaux, sans autorisation sollicitée auprès de la société Moulinsart, détentrice des droits. Si, dans l'exercice de son contrôle de proportionnalité, était notamment évoquée la question de la notoriété de l'œuvre d'origine, empêchant toute confusion sur l'origine du personnage¹¹⁴, c'est la prise en compte du préjudice économique causé à l'auteur qui suscite véritablement l'attention. Ayant relevé que l'auteur des vingt-trois tableaux ne pouvait espérer qu'un chiffre d'affaires de quarante mille euros au titre de leur vente, mis en perspective avec les revenus des titulaires de droits, le tribunal retient que les considérations artistiques doivent prévaloir. En substance, la juridiction affirme que « la violation alléguée des droits de l'auteur est de faible ampleur et n'entraîne qu'une perte financière minime, voire totalement hypothétique pour les ayants droit, lesquels ne peuvent s'opposer à la liberté de création, l'intérêt de l'artiste à la libre utilisation de l'œuvre dans le cadre d'une confrontation sur le terrain artistique devant prévaloir sur les simples intérêts financiers des titulaires de droit »¹¹⁵. Le tribunal juge le préjudice hypothétique dans la mesure où le public de la bande dessinée n'est pas nécessairement le même que celui auquel s'adresse le peintre. La prise en compte de ce critère, se rapprochant de l'argument *de minimis non curat praetor*, n'est cependant pas à l'abri de toute critique. En effet, cette décision soulève la question de la détermination de l'étendue du préjudice pris en compte pour l'auteur. Si l'on s'en tient au seul préjudice subi par l'auteur au titre d'une utilisation particulière, le péril est de cautionner une multitude d'atteintes minimales qui, analysées de façon isolée, ne portent pas préjudice aux intérêts patrimoniaux de l'auteur, mais qui, évaluées de manière globale, lui causent un préjudice patrimonial non négligeable. Cette question devra donc être abordée dans la suite de notre démonstration. Quoi qu'il en soit, cette décision met à nouveau en évidence le caractère central de la prise en compte des impacts de l'utilisation critiquée sur la valeur de l'œuvre. Également envisagé à travers l'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre

¹¹⁴ TJ Rennes, 2^{ème} ch. civ., 10 mai 2021, n° 17/04478, *Moulinsart c/ Marabout*, (RJC, 2021, n° 6, p. 446, note C. ALLEAUME et D. MARTIN) : « Se trouve donc en balance, une œuvre largement divulguée et entrée dans une postérité majeure qui est celle d'HERGÉ (230 millions d'albums vendus) et quelques 23 tableaux, reproduits à 20 exemplaires pour lesquels, ainsi qu'il a été dit plus haut, un public même très moyennement attentif ne saurait se méprendre sur le fait qu'il ne s'agit pas d'œuvres originales d'HERGÉ ».

¹¹⁵ *Ibidem*.

dans le cadre du triple test et sous l'angle de l'incidence sur la valeur de l'œuvre au sein du *fair use*, nous ne saurions, en définitive, faire l'impasse sur un tel critère.

754. Le caractère non substituable de l'œuvre première. La Cour d'appel de Versailles, saisie sur renvoi dans l'affaire *Klasen*, recherchant un moyen de caractériser au mieux la nécessité de l'atteinte au droit de l'auteur, va déterminer si l'utilisation de l'œuvre première était impérative pour l'auteur de l'œuvre seconde. Elle retient « qu'il appartient à M. Klasen, qui invoque sa liberté d'expression, d'établir en quoi un juste équilibre entre la protection de celle-ci et celle due au droit du photographe imposait qu'il utilisât les œuvres de ce dernier au surcroît sans son autorisation »¹¹⁶. Pour déterminer si l'utilisation s'imposait au contrefacteur, la Cour va poser deux critères, le premier consistant en la détermination du caractère substituable ou non de l'œuvre objet de la reprise. Dès lors, si l'œuvre n'est pas substituable, l'atteinte aux droits de l'auteur ne s'avère pas proportionnée : « de l'aveu même de M. Klasen, les œuvres du photographe étaient parfaitement substituables, qu'il aurait pu tout aussi bien utiliser d'autres photographies publicitaires du même genre ; qu'il en découle que l'utilisation des œuvres du photographe, [...], n'était pas nécessaire à l'exercice de la liberté que M. Klasen revendique »¹¹⁷. Avant d'entrer dans une critique plus approfondie de cette conception de la nécessité de l'atteinte, nous pouvons mettre en évidence le caractère restrictif de ce premier critère¹¹⁸. L'œuvre sera en effet presque toujours substituable car, en matière littéraire ou artistique, des parallèles pourront toujours être effectués avec des œuvres semblables ou présentant un message identique. Si le caractère substituable de l'œuvre est *a priori* subjectif, la Cour d'appel tend à en faire une appréciation objective, ce qui l'érige en un critère particulièrement défavorable aux auteurs d'œuvres dérivées.

755. La possibilité d'obtenir une autorisation des ayants droit. Afin de déterminer si la reprise de l'œuvre première s'imposait au créateur de l'œuvre seconde, les juges du fond semblent s'appuyer sur un second critère : la possibilité d'obtenir une autorisation des titulaires de droits. Cette exigence est notamment présente au sein de l'arrêt *Koons/enfants* : « il n'est pas justifié que Jeff Koons, qui pouvait utiliser une autre œuvre que la photographie de Jean François Bauret, a essayé d'obtenir l'autorisation de l'auteur, dont il ne pouvait ignorer

¹¹⁶ CA Versailles, 16 mars 2018, n° 15/06029.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ M. RIKABI, « Les critères de la mise en balance du droit d'auteur et de la liberté d'expression employés par les juges du fond français à la lumière de la jurisprudence de la CEDH », *RLDI*, n° 181, 1^{er} mai 2021 : « Peut-on légitimement lui [l'auteur de l'œuvre seconde] suggérer d'utiliser une source d'inspiration ou une "matière première" différente sous prétexte que sa source d'inspiration est protégée par un droit exclusif ? ».

l'identité »¹¹⁹. L'objectif est donc d'évaluer le conflit entre liberté d'expression artistique et droit au respect des biens de l'auteur au regard d'une potentielle demande préalable accompagnée du versement d'une rémunération au profit de l'auteur. Ce critère, s'il semble louable en apparence, n'en demeure pas moins extrêmement critiquable dès lors qu'il se trouve inséré au sein d'un contrôle de proportionnalité. Dans le cas d'une critique, d'un détournement ou d'une parodie, un tel critère serait susceptible de créer un déséquilibre redoutable entre les droits¹²⁰. Ainsi, si les deux derniers critères évoqués apparaissent, à ce stade, inopportuns, il convient à présent de déterminer le sort qui leur sera réservé au sein des droits littéraires et artistiques.

B : Multiplicité des critères retenus dans l'exécution du contrôle de proportionnalité

756. Enjeux de la sélection des critères de mise en œuvre du contrôle de proportionnalité. Les quatre critères que nous nous apprêtons à proposer dans le cadre du contrôle de proportionnalité n'ont pas pour objet de modifier sa nature, mais simplement sa mise en œuvre. Les étapes préalables à la mise en balance des droits ne sont dès lors nullement remises en cause. Il s'agit de proposer une série de critères utilisables par le juge lorsque se présente un conflit de droits fondamentaux en matière de droit de la création immatérielle. Ces critères, qui ne doivent pas être appréciés comme des conditions, ont pour objectif d'harmoniser les décisions et de rationaliser la mise en balance des droits, sans pour autant dénaturer son essence même en privant le juge de son pouvoir d'appréciation¹²¹. Il ne s'agit bien entendu pas d'une liste exhaustive, ces critères n'excluant pas l'émergence de nouveaux outils dans la résolution de contentieux spécifiques. Ces critères seront applicables que le contrôle soit opéré *in abstracto* ou *in concreto*, bien que cette dernière hypothèse demeurera la plus répandue. Toutefois, avant d'évoquer les critères retenus dans le cadre de la mise en balance des droits, il convient d'étudier la manière dont est appréhendée la nécessité de l'atteinte à la liberté d'expression et au droit au respect de ses biens.

¹¹⁹ CA Paris, pôle 5, ch. 1, 17 déc. 2019, n° 17/09695, *Koons/enfants*.

¹²⁰ P. NOUAL, « Le retour de l'affaire *Klasen* ou l'appropriationnisme artistique entre liberté d'expression et droit d'auteur », *op. cit.* : « L'on imagine difficilement comment un artiste pourrait demander une autorisation à un tiers afin de tourner en dérision son œuvre ».

¹²¹ E. DUBOUT, « Le côté obscur de la proportionnalité » in F. SUDRE (en l'honneur de), *Les droits de l'Homme à la croisée des droits, mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, dir. G. GONZALEZ, A. GOUTTENOIRE, L. MILANO, H. SURREL et R. TINIÈRE, LexisNexis, 2018, p. 192.

757. Différence d'appréciation de la nécessité de l'atteinte entre liberté d'expression et droit au respect des biens. L'appréciation de la nécessité de l'atteinte, participant de la mise en balance des droits, n'est pas appréciée de façon strictement identique suivant le droit se trouvant visé. À ce titre, liberté d'expression et droit au respect des biens ne donnent pas lieu à une même définition de la nécessité de l'atteinte. S'agissant de la liberté d'expression, la CEDH précise que « l'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, [...] à la protection de la réputation ou des droits d'autrui »¹²². La nécessité renvoie dès lors à ce qui s'impose dans une société démocratique, ce qui implique un besoin social impérieux au sens de la Cour EDH¹²³. Ainsi, comme le reconnaît la Cour de cassation¹²⁴, toute ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression, y compris par le biais du droit de propriété ou des droits patrimoniaux de l'auteur, doit se trouver justifiée par un besoin social impérieux. La protection assurée par ce droit fondamental s'avère donc importante, toute atteinte devant être particulièrement fondée et motivée. S'agissant du respect des droits patrimoniaux, l'exigence attachée à la nécessité de l'atteinte se révèle différente. La CEDH indique notamment que les droits liés au respect des biens « ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général »¹²⁵. L'appréciation de la nécessité est ici bien distincte, dans la mesure où ce n'est plus un besoin social impérieux qui doit justifier l'atteinte, mais la conception nationale de l'intérêt général¹²⁶. Il existe en conséquence une large marge d'appréciation laissée aux États quant à la définition de l'intérêt général. Le droit au respect des biens semble, au regard des textes précités, protégé de façon différente de la liberté

¹²² CEDH, art. 10§2.

¹²³ Cour EDH, 10 janv. 2013, n° 36769/08, *Ashby Donald c/ France*, (AJDA, 2013, p. 1794, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; D., 2013, p. 172, obs. C. MANARA ; D., 2013, p. 2487, obs. J. LARRIEU, C. LE STANC et P. TRÉFIGNY ; D., 2014, p. 2078, obs. P. SIRINELLI ; *Légipresse*, 2013, p. 221, ét. F. MARCHANDIER ; *RTD com.*, 2013, p. 274, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *CCE*, 2013, n° 5, p. 7, note A. ZOLLINGER) : « L'adjectif “nécessaire”, au sens de l'article 10 § 2, implique un “besoin social impérieux”. Les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin ».

¹²⁴ Cass. ass. plén., 16 déc. 2016, n° 08-86.295, (AJ pénal, 2017, p. 187, obs. C. PORTERON ; D., 2017, p. 434, note E. RASCHEL ; *Gaz. Pal.*, 6 juin 2017, n° 21, p. 29, obs. B. DE BELVAL ; *Dr. et patr.*, 2017, n° 267, p. 90, note J. SAINT LAURENT ; *Gaz. Pal.*, 2017, n° 7, p. 32, note P. PIOT) : « Attendu que la liberté d'expression ne peut être soumise à des ingérences que dans les cas où celles-ci constituent des mesures nécessaires au regard du paragraphe 2 du texte susvisé ».

¹²⁵ CEDH, 1^{er} protocole additionnel, art. 1§2.

¹²⁶ C. GEIGER, « L'utilisation jurisprudentielle des droits fondamentaux en Europe en matière de propriété intellectuelle : quel apport ? Quelles perspectives ? » in C. GEIGER, *La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe*, LexisNexis, 2013, p. 207.

d'expression. D'ailleurs, la Cour de cassation a eu l'occasion de soulever que « la Cour EDH n'hésite pas, dans ce domaine plus que dans d'autres, à faire prévaloir l'intérêt général justifiant la mesure prise sur l'intérêt particulier du requérant au droit au respect de ses biens »¹²⁷. Concernant les droits moraux, rien n'indique comment devrait être appréciée la nécessité de l'atteinte. En procédant par analogie, les droits moraux pouvant être rapprochés des droits de la personnalité présents dans la clause d'ordre public de la CEDH, la nécessité de l'atteinte devrait ici être plus probablement appréciée de façon similaire à l'atteinte à la liberté d'expression. Retenons, en définitive, qu'il existe une différence d'appréciation entre la nécessité de l'atteinte au droit patrimonial de l'auteur, et la nécessité de l'atteinte à la liberté d'expression.

758. Critique de la conception de la nécessité de l'atteinte au respect des biens de l'auteur. Parmi les critères jurisprudentiels étudiés plus tôt, le caractère substituable de l'œuvre première et l'existence d'une demande préalable d'autorisation se démarquent. Ceux-ci permettent d'évaluer la nécessité de l'atteinte au droit patrimonial de l'auteur. Or, ces critères apparaissent bien trop restrictifs et le caractère substituable de l'œuvre semble parfois posé en véritable condition de la nécessité de l'atteinte dans la motivation des juges. Comme nous l'avons évoqué en amont, il sera pratiquement toujours possible pour l'auteur d'exciper du caractère substituable de son œuvre. Rien n'impose à l'auteur d'une œuvre transformative de recourir à une œuvre en particulier dans sa démarche, sauf à critiquer l'œuvre première elle-même. L'utilisation d'une œuvre issue du domaine public ne protégera pas l'auteur de l'œuvre transformative, une atteinte au droit au respect de l'œuvre pouvant être invoquée à la moindre modification matérielle en l'état du droit positif. S'agissant du critère relatif à la demande d'autorisation auprès du titulaire de droits, la mise en œuvre de cet outil n'est pas non plus satisfaisante. En effet, il revient concrètement à ériger en critère l'absence de contrefaçon dans le cadre d'un conflit qui met précisément en jeu, dans une très grande majorité d'hypothèses, un acte qualifié de contrefaçon. Ce critère est un véritable non-sens dans le cadre d'une mise en balance des droits dont il court-circuite la fonction même.

759. Rejet des critères de substituabilité de l'œuvre et de demande préalable d'autorisation. En outre, l'atteinte au droit au respect des biens se justifiant par l'intérêt général, ces critères reviennent à drastiquement limiter la conception de l'intérêt général en matière de droit de la création immatérielle. Ces critères présentent en outre un danger tenant à

¹²⁷ Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation, *Memento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, déc. 2018, p. 118.

la prévisibilité juridique. Il est évident que les juges souhaitant voir triompher la liberté d'expression artistique dans une affaire, n'invoqueront pas ces deux critères, qui renverseraient nécessairement le dispositif. Le tribunal judiciaire de Rennes, dans l'affaire *Moulinsart* sus évoquée¹²⁸, n'a ainsi à aucun moment reproché au peintre le caractère non substituable du personnage de Tintin ou l'absence de demande d'autorisation préalable au titulaire de droits. Ces critères apparaissent comme de véritables « jokers » qui pourront être invoqués par le juge lorsqu'il souhaite voir prospérer les droits de l'auteur, et devront être mis de côté dans l'hypothèse inverse puisque, en définitive, ces outils ne sont pas fonctionnels dans le cadre du contrôle de proportionnalité. Dès lors, ils apparaissent symptomatiques de la conception actuelle du droit d'auteur, dans laquelle les droits patrimoniaux s'étendent au-delà du raisonnable. La nécessité de l'atteinte ne prendra donc pas en compte le caractère substituable de l'œuvre première et l'existence d'une autorisation préalable dans notre modèle.

760. Une prise en compte croisée des nécessités de l'atteinte. Dans l'arrêt de renvoi de l'affaire *Klasen*, à l'image de nombreuses autres décisions, le juge, citant l'article 10§2 de la CEDH, semble se concentrer sur la caractérisation de la nécessité de l'atteinte au droit au respect des biens de l'auteur, en mettant en œuvre les deux critères sus évoqués. Le contrôle de la nécessité de l'atteinte semble effectivement s'opérer à sens unique dans ces décisions¹²⁹. Pour autant, peu importe la position de demandeur ou défendeur, en cas de conflit entre deux droits fondamentaux, c'est en réalité à un double contrôle de proportionnalité qu'il faut procéder. Lorsque l'auteur invoque une atteinte à son monopole, le contrôle de la nécessité de l'atteinte à son droit au regard de l'intérêt général doit s'effectuer en même temps que le contrôle de la nécessité de l'atteinte à la liberté d'expression de l'utilisateur au regard d'un besoin social impérieux. Le conflit de droits fondamentaux conduira, de fait, à porter atteinte à l'une des prérogatives en cause. On ne saurait dès lors uniquement étudier la nécessité de l'atteinte au droit du demandeur, sans se pencher sur ses conséquences sur le droit fondamental lui étant opposé. Le juge, orientant ces critères dans le but de déterminer, de façon restrictive, la nécessité de l'atteinte au droit de l'auteur, déséquilibre la mise en balance des droits. Il en résulte que l'utilisateur se trouve face à des obstacles qui renversent l'équilibre qui devrait

¹²⁸ TJ Rennes, 2^{ème} ch. civ., 10 mai 2021, n° 17/04478, *Moulinsart c/ Marabout*.

¹²⁹ V. VARET, « Droit d'auteur et liberté d'expression : la délicate pesée des intérêts », *Légipresse*, 2018, p. 336, note ss. CA Versailles, 16 mars 2018, n° 15/06029 : « L'application de l'article 10 de la Convention implique bien, dans la jurisprudence de la CEDH, un critère de nécessité, mais celui-ci s'applique à la restriction à la liberté d'expression que constitue le droit d'auteur, et non à la restriction au droit d'auteur que constituerait la liberté d'expression ».

exister entre les moyens dont disposent les parties pour faire prospérer leurs prétentions¹³⁰. C'est la raison pour laquelle, dans chaque affaire, les conséquences prévisibles sur chacun des droits fondamentaux invoqués, de part et d'autre, devront être évaluées.

761. **Nature et finalité de l'usage à l'aune de la finalité des droits de l'auteur.**

Le premier critère qui sera retenu dans le cadre du contrôle de proportionnalité en droits littéraires et artistiques tient à la prise en compte de la nature et de la finalité de l'usage de l'œuvre. Ce critère est directement inspiré du *fair use* ainsi que de la pratique jurisprudentielle à travers l'existence d'une réflexion sociale relative à l'œuvre. Il s'agit probablement de l'un des éléments les plus incontournables dans la mise en œuvre d'une mise en balance des droits. Si une notion cadre telle la bonne foi peut être intégrée au contrôle de proportionnalité, ce sera, indirectement, au titre de ce critère. Il est juste que les magistrats soient en mesure de mieux traiter l'utilisateur suivant qu'il cherchera un pur profit économique ou qu'il sera dans l'exercice le plus dévoué de sa liberté d'expression, sans nier l'existence d'une infinité de nuances entre ces deux cas extrêmes. À ce titre, Monsieur Vincent Varet effectue une proposition très intéressante afin de distinguer finement selon les usages, bien au-delà de la simple distinction entre utilisation commerciale et non commerciale. Il propose en effet de dissocier selon que l'œuvre est utilisée au premier ou au second degré, c'est-à-dire pour sa forme ou bien pour son message et ses idées¹³¹. Par conséquent, l'utilisation de l'œuvre pour sa seule forme serait plus sévèrement appréciée que celle relative aux idées. Bien entendu, le juge procède déjà de cette manière, mais il s'agit d'un moyen de conceptualiser et rationaliser la prise en compte d'un tel critère. En outre, cet outil doit notamment être apprécié au regard de la finalité des droits de l'auteur qui doit peser dans la mise en balance des droits¹³². Cette finalité est identifiée par la Cour d'appel de Paris de la manière suivante : « le droit d'auteur a pour finalité de permettre à chaque créateur, quel que soit le mérite de son œuvre dès lors qu'elle est originale, d'obtenir une rémunération en contrepartie de l'autorisation d'exploiter son œuvre, et de faire respecter son droit moral, et notamment son droit à la paternité »¹³³. Lorsqu'un conflit

¹³⁰ CA Paris, pôle 5, ch. 1, 17 déc. 2019, n° 17/09695, *Koons/enfants* : « Ils [les avocats de Jeff Koons] affirment que le jugement a renversé la charge de la preuve, car c'est aux consorts E... de justifier du caractère proportionné de l'atteinte à la liberté d'expression qu'ils demandent, ce qu'ils ne font pas ».

¹³¹ V. VARET, « Droit d'auteur et liberté d'expression : la délicate pesée des intérêts », *op. cit.*, p. 336 : « Si l'œuvre dont la protection est revendiquée au titre du droit d'auteur est utilisée en tant que telle, au premier degré pourrait-on dire, pour la forme qu'elle constitue, ou bien au contraire si elle est utilisée, au second degré, pour l'information ou les idées qu'elle véhicule, voire le symbole qu'elle représente, afin d'illustrer un propos, nourrir un débat, etc. ».

¹³² C. GEIGER, « L'utilisation jurisprudentielle des droits fondamentaux en Europe en matière de propriété intellectuelle : quel apport ? Quelles perspectives ? » *op. cit.*, p. 211.

¹³³ CA Paris, pôle 5, ch. 1, 23 févr. 2021, n° 19/09059, *Koons/fait d'hiver*.

entre droits fondamentaux survient, il apparaît opportun de se référer à la finalité de ce droit pour ne pas en faire une application déraisonnable. Il en va de même pour la liberté d'expression qui ne saurait poursuivre n'importe quel but¹³⁴. Ainsi, la *ratio legis* doit explicitement intégrer la mise en balance des droits aux côtés de la finalité de l'utilisation elle-même.

762. L'incidence de l'utilisation sur l'exploitation normale de l'œuvre.
Deuxième critère proposé, celui de l'incidence de l'utilisation sur l'exploitation normale de l'œuvre. Celui-ci trouve évidemment son inspiration dans le triple test dont il se distingue cependant dans l'interprétation. L'important est ici de prendre en considération l'impact de l'utilisation sur les revenus que peut raisonnablement attendre l'auteur de son œuvre. Le terme « normal » est important dans la mesure où il tendra à sanctionner les atteintes substantielles au droit d'auteur, évitant toute dénaturation de ce dernier, à l'image des effets produits par le triple test. Il s'agira ici bien d'un critère et non d'une condition, comme cela est le cas dans le triple test, une atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre pouvant parfois se trouver justifiée par le cumul d'autres critères. La prise en compte de l'incidence de l'utilisation sur l'exploitation normale ne doit dès lors pas être interprétée de manière restrictive¹³⁵, sous peine de faire de ce critère une condition grippant la mécanique de la mise en balance des droits. Toute perte de valeur dans l'exploitation de l'œuvre sera donc prise en compte dans l'appréciation globale de la disproportion de l'atteinte aux droits patrimoniaux de l'auteur. Cette perte ne devra pas être seulement appréciée à l'aune du cas considéré, mais devra également être évaluée *in abstracto*, en prenant en compte les multiples atteintes pouvant résulter d'utilisations similaires. Partant, sera évalué un préjudice important pour l'auteur si l'utilisation concernée ne produit qu'un faible préjudice, mais répété en raison de la récurrence de l'usage concerné. Dans l'hypothèse de l'arrêt *Moulinart* du Tribunal judiciaire de Rennes, le caractère hypothétique du préjudice pourrait être ainsi mis en perspective avec l'importance des cas de détournement satyrique du personnage de Tintin dans des œuvres pittoresques. En ce sens, s'il s'agit d'une manière d'appliquer le principe *de minimis non curat praetor* en droit d'auteur, sa mise en œuvre

¹³⁴ V. VARET, « Droit d'auteur et liberté d'expression : la délicate pesée des intérêts », *op. cit.*, p. 336 : « On peut sans doute s'accorder sur l'idée que la substance même du droit d'auteur est, à s'en tenir à l'essentiel, de permettre à chaque créateur d'obtenir une rémunération en contrepartie de l'autorisation d'exploiter ses œuvres, de faire respecter son droit moral. La liberté d'expression, quant à elle, vise, dans son essence, à garantir la libre circulation des idées et des informations et ainsi la liberté de penser et d'opinion ».

¹³⁵ C. GEIGER, « Le test des trois étapes, un danger pour l'équilibre du droit d'auteur ? », *RLDI*, n° 15, 1^{er} avr. 2006 : « une conception extrêmement restrictive de la notion d'exploitation normale de l'œuvre pour éviter que le législateur et le juge ne voient leur marge de manœuvre réduite à néant ».

demeure cantonnée au contrôle de proportionnalité et fait l'objet d'une appréciation *in abstracto*.

763. L'importance de l'emprunt. Troisième critère auquel il pourra être fait recours lorsque se trouvent atteints les droits fondamentaux de l'auteur : l'importance de la reprise de l'œuvre première. L'appréciation du juge devra en toute logique varier selon que l'œuvre a été reproduite en bloc et de façon purement servile ou qu'elle n'a été reprise que par l'intermédiaire de brefs extraits. En ce sens, un raisonnement proche de celui parfois opéré par le juge dans le cadre du droit d'échantillonnage peut être employé ici. Pour les œuvres dont on ne peut rendre compte que partiellement, une analyse analogue à celle présidant l'analyse du droit de courte représentation peut également être invoquée. L'importance quantitative de la reprise devra donc être appréciée et participer de la mise en balance des droits. Mais qu'en est-il de l'importance qualitative de la reprise ? Il faut ici faire preuve d'une extrême prudence. Si l'on conçoit qu'une courte reprise puisse révéler une partie de l'esprit de l'œuvre, il ne faudrait pas que toute citation ou tout échantillonnage se trouve automatiquement sanctionné au prétexte qu'il reprend des éléments essentiels de l'œuvre d'origine. C'est l'objet même de la reprise d'employer des éléments caractéristiques de la création et qui permettent d'en cerner l'esprit. On ne saurait exiger des auteurs qu'ils se contentent de ne reprendre que des banalités des œuvres qu'ils citent, ou interdire à une parodie musicale le droit de détourner un refrain¹³⁶. C'est avant tout la reprise massive de l'œuvre ou l'accumulation de nombreux extraits, à l'instar des faits de l'arrêt *Infopaq*¹³⁷, qui doivent être prises en compte à travers ce critère. Par conséquent, c'est la conception quantitative de la reprise qui doit primer dans la prise en considération de l'importance de l'emprunt.

764. Notoriété et sourçage de l'œuvre première. En guise de quatrième et ultime critère proposé dans la mise en balance des droits, sera envisagée la prise en compte de la notoriété de l'œuvre première ainsi que son sourçage. Rappelons que la notoriété est déjà prise en compte par les tribunaux lors de la mise en balance des droits. Ce critère pourrait sembler critiquable, car créant une différence de traitement entre les œuvres à raison de la connaissance qu'en a le public. Toutefois, cette différence de traitement se trouve justifiée par une inégalité

¹³⁶ Cour suprême des États-Unis d'Amérique, 7 mars 1994, 510 US 569, *Campbell c/ Acuff-Rose Music, Inc.*, (*RIDA*, oct. 1994, p. 352, note J. GINSBURG) : « The heart is also what most readily conjures up the song for parody, and it is the heart at which parody takes aim ».

¹³⁷ CJUE, 4^{ème} ch., 16 juill. 2009, n° C-5/08, *Infopaq*, (*D.*, 2011, p. 2164, obs. P. SIRINELLI ; *RTD com.*, 2009, p. 715, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; chron. E. TREPPOZ, *RTD eur.*, 2010, p. 939 ; *CCE*, 2009, n° 97, note C. CARON ; *JCP G*, 2009, p. 272, note L. MARINO ; *Propr. Intell.*, 2009, n° 31, p. 185, obs. V-L. BENABOU), cons. 50.

face aux risques de confusion. L'œuvre présentant une grande notoriété ne sera raisonnablement pas attribuable à l'auteur d'une œuvre dérivée dans laquelle elle est incorporée, ce qui ne sera pas le cas lorsque l'œuvre première est confidentielle. Il en résulte que les reprises opérées par Jeff Koons dans ses œuvres sont, à raison, critiquées, notamment parce qu'elles reposent sur des œuvres confidentielles que le public n'est bien souvent pas en mesure d'identifier. À ce titre, le critère doit tenir compte, dans sa mise en œuvre, du public visé. Si l'œuvre dérivée vise un public très spécifique qui sera en mesure de reconnaître naturellement l'origine de l'œuvre première, l'atteinte portée aux droits de l'auteur sera relativisée. L'évaluation de la notoriété de l'œuvre première peut utilement s'accompagner d'une prise en compte du sourçage de l'œuvre première par l'auteur de l'œuvre dérivée. L'existence d'une référence directe à l'œuvre d'origine ne peut que conduire à relativiser l'atteinte aux droits de l'auteur, tandis que l'absence de toute mention, notamment lorsque l'œuvre première demeure dans l'ombre, cause une atteinte supérieure aux droits de l'auteur. À titre d'exemple, si Jeff Koons avait pris soin, dans l'affaire *Koons/Fait d'hiver*, de mentionner l'origine précise du visuel repris dans son œuvre ainsi que le nom de l'auteur, le contrôle de proportionnalité, sans nécessairement basculer en sa faveur, aurait été plus conciliant à son égard. Le dernier des critères de la mise en balance des droits ayant été posé, il nous revient de préciser la manière dont ces clés de motivation sont susceptibles d'être employées et de s'articuler.

II : Articulation des critères sélectionnés dans la mise en balance des droits fondamentaux

765. Pesée des critères du contrôle de proportionnalité. Le contrôle de proportionnalité ne supposera pas une parfaite égalité des critères en toutes circonstances. Il faut admettre que, en fonction du cas présenté au juge, certains critères devront prendre davantage d'importance que d'autres, sans que, là aussi, aucune grille d'interprétation exhaustive ne puisse être raisonnablement fournie. Cela s'explique notamment en raison de l'existence d'une marge d'appréciation nationale importante dans l'appréhension du critère de nécessité, que ce soit concernant la nécessité de l'atteinte au respect des biens ou à la liberté d'expression. Concrètement, la différence de pesée de chaque critère pourra se révéler à l'occasion de contentieux portant sur des utilisations précises¹³⁸, comme la parodie. Lorsque l'utilisation de

¹³⁸ T. HOCHMANN, « Un succès d'exportation : la conception allemande du contrôle de proportionnalité », *AJDA*, 2021, p. 805 Au sujet de la Cour constitutionnelle allemande : « pour rationaliser quelque peu cette

l'œuvre est effectuée dans un but essentiellement parodique, il apparaît légitime que l'incidence sur l'exploitation normale de l'œuvre, sans être exclue du raisonnement, présente moins d'importance dans la recherche d'une disproportion dans l'atteinte au droit de l'auteur. Inversement, en l'absence de tout but parodique et en présence d'une reproduction à des fins essentiellement commerciales, l'incidence sur l'exploitation normale de l'œuvre reprendra pleinement son rôle dans l'appréciation de la nécessité de l'atteinte. Il reviendra donc au juge, au cas par cas, d'évaluer le juste poids qu'il revient d'accorder à chaque critère en fonction des faits.

766. Régulation des critères du contrôle par les juges du fond. À travers le contrôle *in abstracto*, des indications pourront être données par la Cour de cassation – voire les Cours d'appel dans quelques occurrences – dans la manière de mener le contrôle. Toutefois, il ne sera pas nécessaire d'attendre ces rares décisions en vue d'opérer une régulation des critères relatifs à la mise en balance des droits. En effet, à travers le contrôle *in concreto*, les juges du fond auront l'occasion d'établir un dialogue qui permettra d'affiner, avec le temps, la manière dont chaque critère sera avancé et articulé avec les autres. La distinction formelle entre contrôle *in abstracto* et contrôle *in concreto*, si elle est fondée, n'est donc pas aussi marquée que ce que l'on pourrait initialement supposer¹³⁹. En proposant de nouveaux critères, effectuant une pesée inédite dans une hypothèse précise et s'inspirant des précédents, les juges réguleront eux-mêmes la mise en œuvre des critères, assurant au maximum la cohérence de la mise en balance des droits entre les divers tribunaux compétents en matière de droit de la création immatérielle. Se met ainsi en place une grille de lecture qui, sans dicter au juge le sens de sa solution, lui fournit l'ensemble des clés permettant de pleinement motiver sa décision. Il n'y a absolument rien de révolutionnaire à ce mode de fonctionnement, celui-ci étant d'ores et déjà naturellement adopté par les juges du fond. Encore une fois, il faut savoir faire confiance au juge sans craindre qu'une logique de *Common law* ne puisse prendre le pas sur l'approche continentale du Droit et de sa pratique.

opération [la troisième étape du contrôle de proportionnalité], la Cour développe un ensemble de critères parfois très raffinés qui varient selon les droits fondamentaux. Ainsi apparaissent de véritables “dogmatiques sectorielles”, qui permettent de savoir que tel intérêt cède en principe le pas à tel autre intérêt dans telle situation. Par exemple, la liberté d'expression sera “moins” protégée lorsqu'elle implique d'énoncer de fausses affirmations factuelles et la vie privée d'un inconnu sera “mieux” protégée que celle d'une personnalité publique ».

¹³⁹ J.-Y. CHEROT, « Qu'est-ce que le contrôle *in concreto* ? », *Cahiers de méthodologie juridique*, PUAM, 2018, n° 5, p. 2090 : « Le contrôle *in concreto* est un contrôle exercé dans la mise en balance ou dans la spécification des règles et des principes qui sous-tendent le conflit entre normes ou la recherche de la cohérence des normes [...] et on observe qu'il produit comme résultat des critères stables valables pour les cas futurs ».

767. **Les droits intellectuels, droits relatifs.** Afin de clore la question du contrôle de proportionnalité, il peut être opportun de se demander si certains droits, au sein du droit de la création immatérielle, sont susceptibles d'échapper au contrôle en raison de leur importance. Le principe est celui d'une intégration des droits moraux et patrimoniaux de l'auteur dans le cadre du contrôle de proportionnalité¹⁴⁰ ainsi que des droits du public, sauf à ce que se présente un conflit entre le droit d'auteur et un droit absolu reconnu par la CEDH. Nous rappellerons cependant que, dans une hypothèse classiquement ouverte au contrôle, le juge peut refuser d'appliquer ce principe dans des hypothèses précises. Par exemple, si le contrôle de proportionnalité est parfaitement admis s'agissant de la propriété immobilière, il se trouve « refoulé »¹⁴¹ en matière d'empiètement. Il est donc possible d'exclure certains droits du champ du contrôle, en leur reconnaissant un caractère non plus relatif mais absolu. Concernant les droits patrimoniaux de l'auteur, l'intangibilité semble pouvoir être écartée sans difficulté, peu importe l'hypothèse. Un débat peut cependant exister concernant certains attributs du droit moral dont le caractère absolu pourrait être étudié. C'est notamment le cas du droit de paternité et du droit de divulgation, dont la primauté semble évidente. Toutefois, il pourrait être périlleux de reconnaître l'intangibilité de ces droits¹⁴². Nous rappellerons que, même en droit positif, le droit moral n'est pas respecté de façon absolue afin de ne pas vider les exceptions de leur substance¹⁴³. Reconnaître un caractère intangible au droit de paternité ou au droit de divulgation pourrait conduire à neutraliser le contrôle de proportionnalité pour des atteintes mineures et visant essentiellement à défendre des intérêts purement pécuniaires tout en évitant une confrontation avec d'autres droits fondamentaux. C'est pour cette raison qu'il ne doit exister aucune exception à la règle selon laquelle ces droits sont relatifs. Cela n'exclut cependant pas

¹⁴⁰ CJUE, 3^{ème} ch., 24 nov. 2011, n° C-70/10, *Scarlet Extended SA c/ SABAM*, (*Dr. et patr.*, 2012, n° 218, p. 97, note D. VELARDOCCIO ; *Prop. Intell.*, 2012, n° 42, p. 47, note V-L. BENABOU ; *Prop. Intell.*, 2012, n° 45, p. 436, note V-L. BENABOU ; *Gaz. Pal.*, 2012, n° 46, p. 20, note L. MARINO ; *D.*, 2011, p. 2925, obs. C. MANARA ; *D.*, 2012, p. 2343, obs. J. LARRIEU, C. LE STANC et P. TRÉFIGNY ; *D.*, 2012, p. 2836, obs. P. SIRINELLI ; *RTD eur.*, 2012, p. 957, obs. E. TREPPOZ) : « La protection du droit de propriété intellectuelle est certes consacrée à l'article 17, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Cela étant, il ne ressort nullement de cette disposition, ni de la jurisprudence de la Cour, qu'un tel droit serait intangible et que sa protection devrait donc être assurée de manière absolue. En effet, [...] la protection du droit fondamental de propriété, dont font partie les droits liés à la propriété intellectuelle, doit être mise en balance avec celle d'autres droits fondamentaux ».

¹⁴¹ R. BOFFA, « Propriété contre proportionnalité », *Revue justice actualité*, n° 24, ENM, déc. 2020, p. 106.

¹⁴² L. VAUNOIS, « L'évolution du droit moral » in M. PLAISANT (en l'honneur de), *Etudes sur la propriété industrielle, littéraire et artistiques, mélanges Marcel Plaisant*, Sirey, 1960, p. 301 : « Il ne faut pas que les auteurs s'y abusent. Ce droit moral si péniblement acquis, et désormais inscrit dans nos lois, ils le compromettaient en le croyant omnipotent et en le rendant égocentrique et arbitraire ».

¹⁴³ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 2020, 6^{ème} éd., p. 358 : « force est de constater que le droit moral de l'auteur est, par essence, fortement limité par les exceptions. D'ailleurs, une approche rigide du droit moral pourrait paralyser bien des exceptions : nombreuses seraient les citations ou les parodies qui pourraient porter atteinte au droit au respect de l'œuvre ».

que, lors du contrôle de proportionnalité, le juge accordera un poids particulièrement important aux atteintes substantielles au droit moral.

768. Non substitution de la mise en balance des droits aux exceptions. Le développement et l'enrichissement des critères du contrôle de proportionnalité constituent des moyens efficaces d'adapter le droit de la création immatérielle aux nouveaux usages, notamment transformatifs, qui se heurtent, en droit positif, à une propriété particulièrement rigide. Cette mise en balance des droits offre une souplesse salutaire au droit de la création immatérielle, lui permettant de renouer, au moins en partie, avec sa fonction sociale. Toutefois, que ce soit en droit positif ou dans le cadre de droits littéraires et artistiques, ce contrôle n'a pas vocation à se substituer aux exceptions aux droits patrimoniaux de l'auteur. Celles-ci présentent en effet encore tout leur intérêt et ne sauraient être écartées, le juge n'ayant pas à substituer son interprétation aux exceptions. Néanmoins, ces dernières pourront faire l'objet d'adaptations rendues notamment nécessaires par le passage d'un système propriétaire à un modèle fondé sur un simple monopole d'exploitation.

Section II : L'adaptation des exceptions aux droits patrimoniaux de l'auteur

769. La mutation du droit de la création immatérielle à travers ses exceptions. En droit positif, les atteintes tolérées au monopole de l'auteur, qualifiées d'exceptions, se trouvent listées à l'article L. 122-5 du CPI. Celles-ci, permettant une définition négative des droits de l'auteur et assurant une prise en compte du public dans son ensemble, sont donc indispensables. Ces exceptions sont d'autant plus essentielles qu'elles constituent un indicateur sur l'état de la matière : quand les exceptions sont malmenées, le droit d'auteur est précipité dans la crise¹⁴⁴. Eu égard à la contestation dont peut faire l'objet le droit de la création immatérielle, l'adaptation des exceptions se présente, par conséquent, comme un nouveau moyen de retrouver l'adhésion perdue du corps social. Cette mutation des exceptions peut s'effectuer sous plusieurs angles, allant de la remise en cause profonde du modèle des exceptions en passant par la retouche ponctuelle de certains textes pour assouplir le dispositif

¹⁴⁴ E. TREPPOZ, « La propriété intellectuelle en dehors de ses frontières » in A. FAVREAU, *La propriété intellectuelle en dehors de ses frontières*, Larcier, 2019, p. 229 : « Avant-poste de la crise du droit d'auteur, les exceptions sont en pleines mutations, justifiant de parler de changement de paradigme ».

existant. Au regard des différentes voies qui nous sont offertes, nous évoquerons, dans un premier temps, l'opportunité d'une potentielle exception ouverte aux droits de l'auteur (§1), avant d'envisager, en second lieu, l'adaptation inévitable des exceptions fermées à ces mêmes droits (§2).

§1 : Opportunité potentielle d'une exception ouverte aux droits de l'auteur

770. **Une inspiration anglo-américaine.** Dans l'optique d'un droit de la création immatérielle tranchant avec l'inflexibilité du droit de la propriété littéraire et artistique, la potentialité d'une exception ouverte aux droits de l'auteur doit être considérée. En la matière, impossible de ne pas se tourner vers les exemples anglo-américains que représentent le *fair use* et le *fair dealing*. Bien qu'il existe une diversité de modèles en la matière¹⁴⁵, nous nous concentrerons essentiellement sur le *fair use* américain et le *fair dealing* britannique. Sera étudié l'intérêt apparent d'une exception ouverte en droits littéraires et artistiques (I), ce qui nous conduira à rejeter toute exception ouverte ou semi-ouverte au sein de la matière (II).

I : Intérêt apparent d'une exception ouverte en droits littéraires et artistiques

771. **Fair use et fair dealing.** Les modèles anglo-américains, permettant d'admettre l'existence d'une exception dans une hypothèse non précisément visée par la loi, sont susceptibles de participer à une redéfinition plus juste des limites du monopole de l'auteur. Toutefois, *fair use* et *fair dealing* se distinguent quant à leur mode de fonctionnement et aux critères auxquels ils répondent, nécessitant d'étudier chacune de ces exceptions tour à tour. Sera donc justifiée la tentation d'une exception ouverte aux droits de l'auteur, à travers l'hypothèse d'un *fair use* à la française (A), ainsi que l'attrait d'une limite semi-ouverte que constituerait un *fair dealing* à la française (B).

¹⁴⁵ J-M. BRUGUIÈRE, *Le droit du copyright anglo-américain*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2017, p. 5.

772. **Défauts d'un système fermé d'exceptions.** Afin de pleinement entrevoir le potentiel que recel le *fair use*, il convient au préalable de mettre en évidence les défauts inhérents à un système fermé d'exceptions comme celui existant dans notre droit national. La principale critique qui peut être adressée au système français est son manque d'adaptabilité. Figées dans le marbre, sclérosées, les exceptions ne sont pas toujours en mesure de s'adapter aux nouvelles pratiques, et se trouvent, pour certaines, bien rapidement dépassées¹⁴⁶. C'est notamment le cas de l'exception de courte citation qui n'a pas su se réinventer ou de l'exception dite de panorama dont le champ apparaît étroit. Cette situation est paradoxale pour une matière s'étant, au moins pendant un temps, essentiellement construite autour de la jurisprudence¹⁴⁷. Ce manque d'adaptabilité conduit à un autre défaut des systèmes fermés : la multiplication des exceptions. Le législateur se trouve effectivement contraint de faire croître le nombre des exceptions à mesure que de nouveaux usages apparaissent, conduisant notamment à la mise en œuvre du triple test¹⁴⁸. Ce même test, pouvant provoquer la déchéance d'une exception après son entrée en vigueur, est susceptible de porter atteinte à la prévisibilité de la solution qui devrait pourtant être garantie par la mise en œuvre d'une liste strictement limitée d'exceptions¹⁴⁹. L'organisation d'un système conspirant à la meilleure protection possible des intérêts de l'auteur semble donc parfois produire des effets indésirables, poussant Monsieur le Professeur Christophe Geiger à indiquer que : « protéger mieux peut parfois signifier protéger un peu moins »¹⁵⁰. C'est pour cette raison précise qu'il apparaît opportun d'envisager l'intérêt que pourrait présenter une exception ouverte aux droits de l'auteur en droit français.

¹⁴⁶ E. DREYER, « La liberté d'expression comme "droit" concurrent », *RLDI*, n° 49, 1^{er} mai 2009 : « Le travail d'adaptation du droit au fait est refusé au juge. En conséquence, le législateur, qui prétend exercer un monopole sur les exceptions au droit d'auteur, produit une loi technique et contingente risquant en permanence d'être dépassée ».

¹⁴⁷ *Ibidem* : « les auteurs de la loi de 1957 ont commis une belle erreur de perspective en calcifiant près de 150 années de pratiques judiciaires ».

¹⁴⁸ *Ibid.* : « l'on peut regretter l'introduction du triple test, et son application par le juge, mais elle s'est imposée pour restreindre le champ d'exceptions dont le législateur ne parvient plus à limiter le nombre. C'est la preuve de l'échec de cette logique formelle ».

¹⁴⁹ C. GEIGER, « La transposition du test des trois étapes en droit français », *D.*, 2006, p. 2164 : « une utilisation couverte *a priori* par la lettre d'une exception pourra donc être déclarée *a posteriori* illicite par le juge, au motif que celle-ci porte atteinte à l'une des étapes énoncées par le test. Il en résultera donc pour l'utilisateur un manque de prévisibilité quant à l'utilisation des espaces de libertés prévus à son profit par la loi ».

¹⁵⁰ C. GEIGER, « L'avenir des exceptions au droit d'auteur, Observations en vue d'une nécessaire adaptation et harmonisation du système », *JCP G*, n° 47, 23 nov. 2005, doctr. 186.

773. **Origine et nature du *fair use*.** Le *fair use* américain, issu d'une jurisprudence prenant racine au XIX^{ème} siècle et codifiée en 1976¹⁵¹, consiste en une exception aux droits de l'auteur qui ne répond pas à une série de conditions strictement définies, mais plutôt à des critères qui permettront au juge de retenir l'existence ou non de l'exception en fonction des circonstances. C'est en ce sens que le *fair use* a pu être comparé au contrôle de proportionnalité en amont et c'est pour cette raison que l'exception est qualifiée d'ouverte. Bien que sont visées dans le texte des hypothèses comme l'utilisation dans un but éducatif ou de critique, ces exemples ne sont donnés qu'à titre indicatif. Il n'existe donc aucune restriction générale relative au champ d'application du *fair use*. La nature et la finalité de l'utilisation, la nature de l'œuvre d'origine, l'importance de la reprise et l'impact de l'utilisation sur la valeur de l'œuvre ne sont que des critères proposés au juge pour guider sa décision, d'autres arguments pouvant être invoqués. Il ne faudrait cependant pas en conclure que le *fair use* constitue l'unique exception au *copyright* américain, cette exception ouverte ne faisant que s'ajouter à une série d'exceptions fermées. En outre, il convient de ne pas voir dans cette exception générale un véritable droit subjectif, dans la mesure où elle ne demeure qu'un moyen de défense face aux actions intentées par le titulaire des droits.

774. **Flexibilité du *fair use*.** En termes de flexibilité, un système fermé d'exceptions ne peut évidemment pas rivaliser avec le *fair use*¹⁵². Ce dernier permet en effet de faire échapper à la condamnation tout fait, même résultant d'une utilisation parfaitement inédite et imprévisible pour le législateur, tant que le juge prend soin de s'appuyer sur une série de critères lui permettant d'affirmer que l'usage concerné est équitable. Face aux nouvelles technologies, cette exception ouverte représente alors une aubaine en vue de contrer la conception trop extensive du monopole de l'auteur en droit français. La flexibilité ne réside pas seulement dans l'absence de limitation des cas concernés par l'exception, mais également dans la conception des critères qu'elle met en œuvre. De fait, les quatre critères du *fair use* ne forment pas une liste exhaustive¹⁵³, la Cour suprême reconnaissant elle-même que d'autres critères peuvent être utilement invoqués par les juges¹⁵⁴. Ces derniers se trouvent dès lors libres de motiver leur

¹⁵¹ Code des États-Unis d'Amérique, Titre 17, §107. Limitations aux droits exclusifs : *Fair use*.

¹⁵² A. DNES, « Should the UK move to a fair-use copyright exception ? », *International review of intellectual property and competition law*, juin 2013, p. 418 : « There is no alternative to fair use if the desire really is to produce a high degree of flexibility in the face of change ».

¹⁵³ P. EL KHOURY, *Les exceptions au droit d'auteur : étude de droit comparé*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, 2007, p. 416.

¹⁵⁴ Cour suprême des États-Unis d'Amérique, 20 mai 1985, 471 US 539, *Harper et Row c/ Nation Enterprises* : « Section 107 requires a case-by-case determination whether a particular use is fair, and the statute notes four nonexclusive factors to be considered ».

décision au regard des éléments qu'ils jugeront pertinents, un travail d'harmonisation entre tribunaux s'effectuant naturellement à l'instar de ce qui est observé dans le cadre de la mise en balance des droits. C'est donc en raison de cette très grande flexibilité que le *fair use* mérite d'être envisagé en droit français.

775. Une limite résultant d'une approche économique du Droit. Le *fair use* s'inscrit comme l'une des pierres angulaires du *copyright*, matière marquée par une approche économique du Droit. Les critères pris en compte au sein du *fair use* sont caractéristiques de cette approche économique, l'accent étant notamment placé sur l'importance du préjudice économique causé à l'auteur. Cette approche économique est symptomatique de l'utilitarisme dont se trouve empreint le *copyright* dans son ensemble¹⁵⁵, et le *fair use* en particulier¹⁵⁶. Pour que le droit de la création immatérielle d'outre-Atlantique soit efficace, il faut avant tout que l'œuvre puisse procurer un revenu à son auteur, ce qui justifie la prise en compte de l'impact de l'utilisation sur la valeur de l'œuvre. Dans le même temps, la protection des intérêts de l'auteur ne doit pas s'opposer de façon déraisonnable à la dissémination des œuvres, vision qui apparaît relativement éloignée de la conception française du droit d'auteur.

B : Attrait d'une limite semi-ouverte : perspective d'un *fair dealing* à la française

776. Nature du *fair dealing*. Une voie alternative au *fair use* peut être envisagée à travers le *fair dealing* britannique. Il s'agit d'un dispositif constituant une forme de compromis entre exception ouverte et système fermé d'exceptions¹⁵⁷. Le *fair dealing* consiste en une exception pouvant être mise en œuvre de manière souple pour faire obstacle aux prérogatives du titulaire de droits, mais dans un nombre limité d'hypothèses. Il s'agit, d'une certaine manière, d'une exception ouverte limitée à certains usages particuliers, raison pour laquelle on la qualifie de limite semi-ouverte. À titre d'exemple, le *fair dealing* sera notamment invocable s'agissant des recherches, études privées, comptes rendus ou encore dans le cadre d'une critique¹⁵⁸. En outre, il sera parfois exigé, comme pour la recherche dans un but non commercial, une reconnaissance suffisante de l'auteur de l'œuvre d'origine

¹⁵⁵ J-M. BRUGUIÈRE, *Le droit du copyright anglo-américain*, op. cit., p. 200.

¹⁵⁶ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2014, 2^{ème} éd., p. 811.

¹⁵⁷ J-M. BRUGUIÈRE, *Le droit du copyright anglo-américain*, op. cit., p. 181 : Le *fair dealing* « se situe à mi-chemin entre le système d'exception ouvert, que représente le *fair use* américain, et le système d'exceptions fermé adopté dans le droit d'auteur continental ».

¹⁵⁸ *Copyright, Designs and Patents Act*, 15 nov. 1988, art. 29 et s.

(*sufficient acknowledgement*), pouvant notamment se manifester par un sourçage de l'œuvre. En dehors des cas limitativement déterminés par la législation d'outre-Manche, le *fair dealing* ne pourra jamais être mis en œuvre en tant que moyen de défense. Malgré une certaine proximité avec le *fair use*¹⁵⁹, se traduisant notamment par le recours à des critères comparables¹⁶⁰, ce mécanisme se distingue donc clairement de son proche parent quant à son étendue. Ce constat est également valable pour l'utilisation équitable¹⁶¹ telle qu'elle existe au Canada¹⁶².

777. Divergence de mise en œuvre de l'exception entre *fair use* et *fair dealing*.

Exception ouverte et exception semi-ouverte aux droits du titulaire se distinguent dans un premier temps dans les conditions de leur mise en œuvre. Bien entendu, la limitation du *fair dealing* à un nombre défini d'hypothèses est une première singularité qui n'existe pas outre-Atlantique, les utilisations citées au paragraphe 107 du Code des États-Unis n'étant qu'indicatives¹⁶³. Cependant, au-delà de la simple distinction entre exception ouverte ou semi-ouverte, la mise en œuvre de l'exception n'est pas strictement comparable entre les deux modèles. En effet, le *fair dealing* permet d'ajouter certaines restrictions pour des usages qui sont directement concernés par l'exception, permettant au législateur de parfaitement modeler les hypothèses dans lesquelles le juge pourra neutraliser le droit du titulaire. C'est notamment le cas lorsqu'est exigée une reconnaissance suffisante pour l'auteur lors de l'utilisation, ou qu'une utilisation commerciale de l'œuvre sera automatiquement exclue du champ de l'exception. Présentant, *a priori*, une plus grande rigueur que le *fair use*, le *fair dealing* est donc

¹⁵⁹ A. DNES, « Should the UK move to a fair-use copyright exception ? », *International review of intellectual property and competition law*, *op. cit.*, p. 418.

¹⁶⁰ J-M. BRUGUIÈRE et C. BERNAULT, « De l'exception de *fair dealing* en droit d'auteur » in A. FAVREAU, *La propriété intellectuelle en dehors de ses frontières*, Larcier, 2019, p. 109 : « Toutefois, le juge anglais met en œuvre le test du *fair dealing* en s'attachant à certains critères précis. C'est ainsi qu'il se demande : quelle est l'importance de la reprise, si les extraits de l'œuvre empruntée sont ou non recontextualisés, si ces emprunts dispensent le public d'avoir recours à l'œuvre source, si la création a fait ou non l'objet d'une publication au préalable, si les conditions dans lesquelles l'œuvre a été obtenue sont bien licites... ».

¹⁶¹ Loi sur le droit d'auteur canadien, art. 29 : « L'utilisation équitable d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur aux fins d'étude privée, de recherche, d'éducation, de parodie ou de satire ne constitue pas une violation du droit d'auteur ».

¹⁶² C. ALLEAUME, « La mise en balance du droit d'auteur », *RIDC*, Vol. 62, n° 2, 2010, p. 444 : « L'exception d'utilisation équitable, que l'on rencontre en droit canadien, n'est pas une exception générale au droit d'auteur, comme celle du "*fair use*", car elle n'existe que dans les limites imposées par la loi. Il ne suffit pas d'être dans une limite textuelle au droit d'auteur pour échapper au monopole. Il faut encore que l'utilisation projetée soit une utilisation équitable ».

¹⁶³ L. MURRAY et S. TROSOW, *Canadian copyright citizen's guide*, éd. Between the lines, 2013, 2ème éd., p. 74 : « It is because of the phrase "such as" that case law in the United States has come to recognize parody as a legitimate purpose for fair use, even though it is not named in the Act » ; V. ég. A. KATZ, « Fair use 2.0 : the rebirth of fair dealing in Canada » in M. GEIST, *The copyright pentalogy : how the supreme court of Canada shook the foundations of Canadian copyright law*, éd. M. GEIST, p. 93 : « the canadian copyright act, like other descendants of the 1911 UK Copyright Act, do not contain the magic words "such as", and therefore, the list of enumerated purposes is treated as exhaustive ».

susceptible d'échapper à une partie des critiques qui seront imputables à toute exception purement ouverte aux droits de l'auteur. Le système anglo-saxon offre ainsi l'espoir d'un équilibre idéal entre le besoin d'assouplissement du régime des exceptions et l'impératif de préservation des intérêts de l'auteur.

778. **Divergences d'esprit entre *fair use* et *fair dealing*.** *Fair use* et *fair dealing* se distinguent dans un second temps quant à leur esprit. Le contraste entre les deux modèles tient notamment dans la différence de leurs finalités¹⁶⁴. Là où le *fair use* tend à favoriser les œuvres transformatives, notamment dans un souci économique¹⁶⁵, le but assumé du *fair dealing* tient davantage à la préservation d'espaces privilégiés permettant de garantir la liberté d'expression des utilisateurs¹⁶⁶. Le modèle britannique se veut donc parcimonieux, ne recourant à l'exception que pour la défense des intérêts qui paraissent les plus sensibles. En ce sens, un *fair dealing* principalement motivé par la sauvegarde de la liberté d'expression apparaît plus en phase avec le droit continental que la simple favorisation d'œuvres transformatives dans un simple but économique. Toutefois, les promesses séduisantes du *fair use* et du *fair dealing* représentent, pour certaines, des chimères lorsqu'est évoquée l'idée d'une transposition de ces exceptions en droit français.

II : Rejet d'une exception ouverte ou semi-ouverte aux droits de l'auteur

779. **La greffe difficile d'une exception ouverte en droit continental.** La mise en place d'une exception générale aux droits de l'auteur en droit interne ne pourrait avoir lieu sans quelques difficultés. Il faut ici convenir que la différence idéologique sous-tendant *copyright* et droit continental est suffisamment importante pour remettre en question ce type d'exception ouverte. Certes, les droits littéraires et artistiques tendent à infléchir l'idéologie qui traverse aujourd'hui le droit de la création immatérielle, sans pour autant en faire un droit à la copie. Le modèle ici proposé, s'il se veut davantage utilitariste – et pas du seul point de vue

¹⁶⁴ A. DNES, « Should the UK move to a fair-use copyright exception ? », *International review of intellectual property and competition law*, *op. cit.*, p. 418.

¹⁶⁵ *Ibidem* : « The emphasis placed by US courts on transformative uses may reflect an intuitive understanding of the need to identify and support uses providing new benefits that do not undermine *ex ante* incentives for creativity ».

¹⁶⁶ J-M. BRUGUIÈRE et C. BERNAULT, « De l'exception de *fair dealing* en droit d'auteur » *op. cit.*, p. 108 : « le *fair dealing* doit favoriser la liberté d'expression, sans porter atteinte au respect de la propriété. Cela explique très certainement pourquoi le test est attaché à certaines exceptions et non à d'autres ».

économique –, ne rompt pas parfaitement avec le personnalisme dont est empreint le droit de la propriété littéraire et artistique. Le maintien de droits moraux, l'existence des droits patrimoniaux de l'auteur en tant que principe et la protection de l'auteur à l'égard des autres ayants droit sont autant d'éléments qui distinguent clairement droits littéraires et artistiques et *copyright*. Ainsi, même dans le cadre de ce modèle alternatif, la mise en œuvre d'une exception générale aux droits de l'auteur est hautement questionnable. Là où les droits du titulaire se trouvent définis, voire dénombrés aux États-Unis, permettant sans difficulté d'introduire une exception ouverte, le droit continental ne pourra que fragiliser la cohérence de son édifice juridique en opposant une exception générale à une propriété ou un monopole d'exploitation qui constitue le cœur, le principe de la matière¹⁶⁷. L'analyse des droits de l'auteur sous le prisme du faisceau de droits ne nous a pas conduit à remettre en cause cette évidence, mais simplement à dégager les prérogatives pouvant bénéficier à l'utilisateur. Par conséquent, il est très peu vraisemblable que la greffe d'une exception ouverte aux droits de l'auteur en droit français puisse prendre.

780. Une hostilité doctrinale justifiée envers le *fair use*. Sans réelle surprise, l'idée d'un *fair use* à la française n'emporte pas l'adhésion dans la doctrine. C'est notamment l'opposition conceptuelle entre droit d'auteur et *copyright*, évoquée à l'instant, qui fonde un tel rejet. En réalité, c'est la logique même du droit continental, et particulièrement de l'approche française, qui suppose l'existence d'un nombre limité d'exceptions¹⁶⁸. Ainsi, Monsieur le Professeur André Lucas considère qu'un *fair use* imposé par le biais du droit de l'Union européenne serait sans doute la plus mauvaise solution face au désir d'exceptions nouvelles ou bien plus largement entendues¹⁶⁹. Toute défense d'un *fair use* à la française semble donc vouée à l'échec. Toutefois, certains arguments soulevés en vue de discréditer le recours aux exceptions ouvertes ou semi-ouvertes en droit continental peuvent être contestés. C'est notamment le cas de l'idée qui impliquerait que les juges français ne puissent prendre une telle part dans la

¹⁶⁷ J.-M. BRUGUIÈRE, *Le droit du copyright anglo-américain*, op. cit., p. 12 et 13 : « Dans le droit d'auteur continental conçu comme un droit naturel, les prérogatives du titulaire sont définies de manière suffisamment souple afin que le juge exalte les droits du propriétaire (ou étende le monopole, exemple du droit de destination). Ces mêmes magistrats se trouvent contraints lorsqu'il s'agit d'examiner une exception. Dans le *copyright*, américain tout au moins, il nous semble que la technique est exactement l'inverse. Les droits du propriétaire sont limitativement définis et le juge, grâce au mécanisme du *fair use*, peut libérer des espaces de liberté aux utilisateurs afin de prendre en compte des intérêts qui ne sont pas seulement ceux du propriétaire ».

¹⁶⁸ J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois : essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, Litec, 1990, p. 182 : « dans l'analyse française du "don" que l'auteur fait à la collectivité et auquel celle-ci rend "grâces", l'existence d'exceptions au droit paraît bien moins justifiable, et l'on pourrait même concevoir une totale défection de ces dernières ».

¹⁶⁹ A. LUCAS, « De la protection à la "surprotection" des droits de propriété intellectuelle » in IRPI, *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?*, Colloque de l'IRPI, LexisNexis, 2013 p. 26.

détermination des frontières du droit d'auteur sans ouvrir une très longue période de crise dans la matière. Certes, une phase transitoire serait nécessaire dès la mise en œuvre d'un *fair use* de droit continental¹⁷⁰, mais rien qui ne soit insurmontable où qui porterait trop durement atteinte au droit de la création immatérielle. Ce sont en réalité principalement les différences idéologiques entre cultures juridiques qui ont conduit à la création de ces outils qui ne sont pas purement transposables dans des systèmes répondant à des impératifs différents. Ainsi, si le *copyright* ne doit pas être craint en tant que tel¹⁷¹, il faut bien garder à l'esprit que la transposition de ses mécanismes en droit français est loin d'être toujours souhaitable, bien qu'il puisse demeurer une source de réflexion et d'inspiration dans certaines hypothèses. Le droit de copie doit rester un droit de la copie, et le droit d'auteur un droit essentiellement tourné vers l'auteur, mais pas exclusivement.

781. **Souplesse relative du *fair dealing*.** Si l'idée même d'une exception ouverte aux droits de l'auteur doit être abandonnée en droit français, qu'en est-il d'une exception semi-ouverte ? Ici, certaines des critiques relatives au *fair use* pourront également être adressées au *fair dealing*, notamment en ce qu'il relève d'une idéologie différente du droit continental. De plus, l'exception générale anglo-saxonne n'apparaît pas aussi souple qu'elle le semble. Les hypothèses retenues dans le cadre du *fair dealing* demeurent strictement définies, de sorte qu'avant 2014, aucun rattachement ne permettait de faire bénéficier la parodie de cette exception générale¹⁷², alors même qu'elle participe pleinement de la liberté d'expression dont la préservation est pourtant au fondement de l'exception. Autre argument en défaveur d'une exception semi-ouverte aux droits de l'auteur : rien ne permet de penser que la mise en œuvre d'une telle exception aura pour vertu de limiter l'inflation du nombre d'exceptions aux droits de l'auteur. En réalité, c'est même l'hypothèse inverse que l'on constate dans le droit britannique ! La législation anglo-saxonne dénombre en effet plusieurs dizaines d'exceptions qui rendent la matière très difficile à appréhender pour le profane¹⁷³. La mise en œuvre d'une exception semi-ouverte ne constitue ainsi aucunement une garantie d'endiguement du

¹⁷⁰ J-M. BRUGUIÈRE et C. BERNAULT, « De l'exception de *fair dealing* en droit d'auteur » *op. cit.*, p. 114 : « Outre-Manche et outre-Atlantique, ce sont près de deux siècles de jurisprudence qui permettent aujourd'hui de cerner, plus ou moins, le *fair use* ou le *fair dealing*. Généraliser le *fair dealing* en Europe continentale conduirait inévitablement à ouvrir une longue période d'incertitude, le temps que la jurisprudence soit fixée ».

¹⁷¹ B. GALOPIN, *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, Thèse, Paris XI, dir. P. SIRINELLI, IRPI, 2012, p. 655 : « plutôt que de diaboliser le *copyright* (ou le droit d'auteur), il est important de se mobiliser *hic et nunc* en faveur d'un système de promotion de la création, dont le mécanisme de protection des œuvres constitue une pièce essentielle ».

¹⁷² J-M. BRUGUIÈRE et C. BERNAULT, « De l'exception de *fair dealing* en droit d'auteur » *op. cit.*, p. 115.

¹⁷³ *Copyright, Designs and Patents Act*, 15 nov. 1988, art. 28 à 76A.

phénomène d'inflation des exceptions face aux nouveaux usages. La mise en œuvre d'un *fair dealing* à la française apparaît donc particulièrement peu opportune.

782. **Similitudes entre *fair use* et contrôle de proportionnalité.** Le *fair use* ayant fait l'objet de critiques, tenant notamment à son inadaptation au modèle français, la question peut se poser de savoir si ce grief peut également être adressé au contrôle de proportionnalité. Nous avons effectivement eu l'occasion d'indiquer que *fair use* et contrôle de proportionnalité représentent des mécanismes voisins. Si les obstacles liés à la mise en œuvre du *fair use* devaient être partagés par la balance des intérêts, cela aurait de très importantes conséquences sur le modèle ici proposé. La proximité entre exception ouverte et contrôle de proportionnalité est indéniable, Monsieur le Professeur André Lucas indiquant notamment que l'arrêt *Klasen*, au stade de la cassation, ouvre la voie à « une sorte de *fair use* à la française »¹⁷⁴. Au fond, c'est la recherche d'un juste équilibre qui représente le dénominateur commun des deux mécanismes¹⁷⁵. Mais cela est-il suffisant pour procéder à une pure assimilation entre *fair use* et balance des intérêts ?

783. **Distinction entre *fair use* et contrôle de proportionnalité.** L'idée d'un juste équilibre, d'une juste balance est loin d'être exclusive au contrôle de proportionnalité. Elle se retrouve effectivement dans le *fair use*, mais également au sein du triple test ou de l'abus de droit¹⁷⁶ pour ne citer qu'eux. Il a été soutenu que le triple test conduisait à une intrusion du *fair use* en droit continental¹⁷⁷, comme il peut également l'être reproché au contrôle de proportionnalité. La dynamique de ce dernier se distingue cependant de celle du *fair use* à plusieurs titres. D'abord, rappelons que la mise en balance des droits trouve sa source dans la pratique de la Cour constitutionnelle allemande, loin de tout fondement de *Common law*. L'esprit du contrôle de proportionnalité ne participe pas à la mise en œuvre des finalités du *copyright*, là où le *fair use* en est l'instrument. Le contrôle de proportionnalité se révèle comme un pur instrument d'équilibre entre droits fondamentaux, rien ne s'opposant par principe à son adoption en droit interne comme le prouve la pratique jurisprudentielle des dernières années. Ensuite, là où le *fair use* constitue une limite interne au droit de la création immatérielle, ce n'est

¹⁷⁴ A. LUCAS, « La nature du droit d'auteur », *RIDA*, n° 256, avr. 2018, p. 38 ; V. ég. F. POLLAUD-DULIAN, « Liberté de création. Droit d'adaptation. Droit moral », *RTD com.*, 2015, p. 515.

¹⁷⁵ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, p. 588.

¹⁷⁶ S. CARRE, *L'intérêt du public en droit d'auteur*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, 2004, t. 2, p. 837 : « Que les juges retiennent l'intention malicieuse, caractérisent le caractère anormal ou fautif de l'usage ou encore l'absence d'intérêt ou de motif légitime, il apparaît clairement selon nous, qu'ils procèdent à une pesée des intérêts en présence, au regard des droits accordés et plus spécialement de leur finalité ».

¹⁷⁷ T. SINODINOU, « Voyage des sources du test des trois étapes aux sources du droit d'auteur », *RLDI*, n° 30, 1^{er} août 2007.

pas le cas de la mise en balance des droits qui représente avant tout une limite externe à la matière¹⁷⁸. Enfin, le contrôle de proportionnalité se présente comme un instrument d'équilibre, là où *faire use* et triple test tendront à la préservation d'un intérêt en particulier. En effet, le *fair use* se présente comme une exception favorable aux utilisations transformatives et donc aux utilisateurs, tandis que le triple test tend à préserver les intérêts de l'auteur en endiguant les exceptions susceptibles de porter une atteinte déraisonnable aux droits du créateur¹⁷⁹. La mise en balance des droits, quant à elle, présente une approche fondamentalement neutre, pouvant donner lieu au triomphe de l'un des droits au détriment de l'autre. Ainsi, et en raison de multiples facteurs, *fair use* et contrôle de proportionnalité, bien que voisins, peuvent être parfaitement distingués.

784. Surabondance d'une exception ouverte en présence d'un contrôle de proportionnalité. La pertinence d'une exception ouverte ou semi-ouverte en droit de la création immatérielle se trouve davantage réduite lorsqu'un contrôle de proportionnalité est admis au sein de la matière, comme c'est le cas en droit positif. Bien entendu, la balance des intérêts ne conduit pas exactement aux mêmes effets qu'une exception générale aux droits de l'auteur. L'exception générale pourra effectivement être invoquée par tout demandeur dans les contentieux de droit d'auteur, dès lors que l'utilisateur considère faire une utilisation équitable de l'œuvre. Le contrôle de proportionnalité, rappelons-le, demeure bien moins fréquent et plus difficile à alléguer qu'une exception ouverte. D'une part, l'utilisateur devra faire valoir un droit fondamental reconnu avant d'envisager toute argumentation relative à la mise en balance des droits, ce qui ne sera pas toujours envisageable. D'autre part, et surtout, avant de procéder au contrôle de proportionnalité *stricto sensu*, le juge devra procéder à un contrôle de conventionnalité complet, supposant la réunion de conditions qui ne seront pas systématiquement présentes. Quand bien même toutes les conditions seraient réunies pour procéder au contrôle, les magistrats ne permettront pas une mise à l'écart de la norme contestée sans une solide argumentation du demandeur, là où une utilisation équitable serait plus simplement retenue. Le contrôle de proportionnalité, permettant de mettre occasionnellement de côté les droits de l'auteur, de l'utilisateur ou du public, présente donc une souplesse satisfaisante et se combinant de façon opportune avec la liste fermée des exceptions de l'article

¹⁷⁸ P. NOUAL, « Le retour de l'affaire *Klasen* ou l'appropriationnisme artistique entre liberté d'expression et droit d'auteur », *RLDI*, n° 147, 1^{er} avr. 2018, note ss. CA Versailles, 16 mars 2018, n° 15/06029 : Sur l'arrêt *Klasen* de la Cour de cassation : « le mode de raisonnement de ce dernier est assez différent puisque le *fair use* est l'expression d'un ordre juridique interne alors que l'article 10 de la Convention EDH est l'expression d'une remise en cause de l'ordre juridique interne ».

¹⁷⁹ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, op. cit., p. 812.

L. 122-5 du CPI. Cette souplesse s'avère d'autant plus grande qu'elle permettra ponctuellement la prévalence du droit d'auteur sur certaines exceptions. Par conséquent, cet ultime argument vient définitivement exclure toute tentation de mise en place d'une exception ouverte ou semi-ouverte aux droits de l'auteur en droits littéraires et artistiques. Pour autant, l'étude des limites substantielles aux droits de l'auteur ne saurait être clôturée avant que ne soit évoquée l'adaptation des exceptions fermées aux droits de l'auteur.

§2 : Adaptation inévitable des exceptions fermées aux droits de l'auteur

785. Incidence des droits littéraires et artistiques sur les exceptions aux droits patrimoniaux. Le maintien d'une liste fermée d'exceptions en droits littéraires et artistiques ne peut se passer de toute forme d'adaptation. Certes, les évolutions proposées ont ici essentiellement touché le monopole de l'auteur, ses droits moraux ainsi que les prérogatives reconnues à l'utilisateur. Toutefois, le bouleversement de l'équilibre présidant au droit de la création immatérielle emporte des conséquences nécessaires sur les exceptions aux droits de l'auteur, celles-ci présentant une importance considérable dans la détermination du monopole. Ces exceptions, par nature limitées à des actes précis¹⁸⁰, participant à l'élaboration de l'équilibre interne de la matière, vont donc évoluer en faveur de leurs bénéficiaires. Il serait en effet impossible d'assurer une pleine adaptation du droit de la création immatérielle en accordant plus de libertés aux utilisateurs, tout en maintenant le monopole dans ses limites actuelles pour le reste du public. Ces modifications demeureront cependant limitées afin de ne pas fragiliser davantage le monopole de l'auteur. Nous distinguerons ainsi les adaptations principales aux exceptions aux droits patrimoniaux, impulsées par les droits de l'utilisateur (I) des adaptations accessoires à ces mêmes droits (II).

I : Adaptations principales aux exceptions aux droits patrimoniaux

786. Existence de limites naturelles aux droits de l'auteur. La logique instrumentaliste guidant les droits littéraires et artistiques ne saurait, bien entendu, être sans incidence sur le contenu des exceptions aux droits de l'auteur. Dans l'approche du droit positif,

¹⁸⁰ B. GALOPIN, *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, op. cit., p. 17.

les exceptions représentent des limites internes simplement souhaitables ou inévitables. Le monopole de l'auteur constituant le principe, toute exception doit être scrupuleusement consignée au sein du CPI. Dans une vision centrée sur la finalité des droits, le maintien de la qualification d'exception semble cependant bien plus discutable dans certaines hypothèses¹⁸¹. Cela est particulièrement le cas pour l'exception de copie privée, qui constitue avant tout une limite naturelle aux droits de l'auteur¹⁸². L'accès à l'œuvre étant prise en compte comme l'une des finalités reconnues par les droits littéraires et artistiques, rien ne justifie plus de qualifier d'exception ce qui n'est qu'un simple moyen pour le public de pérenniser l'accès à une œuvre dont le support a été régulièrement acquis. La possibilité d'effectuer une copie de l'œuvre n'est qu'une limite naturelle au droit de l'auteur, qui devrait exister indépendamment de toute consécration légale. La reconnaissance de limites naturelles aux droits de l'auteur emportera donc des conséquences, notamment vis-à-vis de la copie privée, mais également de la représentation dans le cadre familial.

787. Retrait de la représentation dans le cercle familial de la liste des exceptions.

Concernant la représentation dans le cadre de famille, l'approche finaliste des droits s'avère particulièrement lourde de conséquences, car elle conduit à la remise en cause de son statut. En réalité, l'existence même de cette exception met en exergue les dérives du droit absolu de l'auteur. L'œuvre, livrée aux yeux du public, présente un intérêt culturel qui rend sa communication désirable, peu important son mérite. L'objet même des droits littéraires et artistiques est alors de permettre la diffusion des œuvres au plus grand nombre, tout en accordant un revenu à l'auteur, en préservant ses droits et ceux des utilisateurs. Or, voici que la conception du monopole de l'auteur conduit à ériger en exception la simple représentation de l'œuvre auprès de proches, élément n'intégrant en réalité pas le monopole de l'auteur¹⁸³. Faut-il donc considérer que, en l'absence de l'article L. 122-5 du CPI, la personne ayant le malheur d'exposer un tableau à son domicile, sous les yeux de ses enfants, commet une

¹⁸¹ C. CARON, « Les exceptions au monopole, zone de turbulences du droit d'auteur », *JCP G*, 15 avr. 2013, n° 16, p. 431 : « est-on encore en présence d'une véritable exception puisqu'un prix est payé ou s'agit-il d'une licence légale, autrement dit d'un monopole atrophié car amputé de son exclusivité ? Plus tout à fait une exception, pas non plus un monopole... Quoi qu'il en soit, l'utilisateur ne subit plus de contraintes puisqu'il ne doit pas solliciter une autorisation et ne risque pas d'être qualifié de contrefacteur ».

¹⁸² T. SINODINOU, « Voyage des sources du test des trois étapes aux sources du droit d'auteur », *op. cit.* : « La copie privée formerait non pas une exception mais une limite naturelle, une frontière aux prérogatives de l'auteur sur son œuvre ».

¹⁸³ M. André Bertrand n'hésite d'ailleurs pas à la qualifier de « fausse exception » : A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2010, 3^{ème} éd., p. 328 ; V. ég. C. ALLEAUME, « Les nouvelles exceptions du droit d'auteur », *Les petites affiches*, 2007, n° 244, p. 46 : « Les représentations privées et gratuites d'œuvres dans le cercle de famille sont licites (ce n'est d'ailleurs pas, à proprement parler, une exception car les usages visés n'entrent pas dans le monopole de l'auteur) ».

contrefaçon ? Doit-on considérer, en l'absence de ce texte, qu'un individu regardant un film dans son salon en présence des membres de sa famille encourt trois ans d'emprisonnement ? Il est dans la nature même de l'œuvre d'être communiquée et partagée dans le cercle familial et amical du propriétaire du support : telle est sa destination. Le droit positif, reconnaissant une propriété absolue à l'auteur, conduit à penser le support de l'œuvre dans un rapport purement individuel avec son propriétaire. Lorsque la propriété littéraire et artistique se trouve contrainte d'ajouter une exception spécifique pour ce type d'usage, elle démontre une fois de plus qu'elle ne poursuit pas la finalité la plus souhaitable pour la matière. La représentation de l'œuvre dans le cadre familial ne peut qu'être une faculté naturellement reconnue aux membres du public, un droit intrinsèquement attaché à la cession du support : elle ne doit pas être envisagée comme une simple exception retranchée du monopole de l'auteur.

788. Retrait de la copie privée de la liste des exceptions. Concernant l'exception de copie privée évoquée plus haut, le raisonnement est strictement identique. L'acquéreur du support de l'œuvre doit être en mesure, lorsque cela est possible, d'effectuer une reproduction de l'œuvre dans le but de la conserver pour un usage personnel. Même en l'absence de dispositions légales relatives à la copie privée, l'équité s'opposerait à une condamnation du titulaire du support au simple titre qu'il a effectué une copie de sauvegarde de son œuvre. Il en résulte que la copie privée n'intègre en aucun cas le champ du monopole de l'auteur, cette faculté constituant un accessoire des droits obtenus lors de l'acquisition du support. Encore une fois, le système propriétaire conduit à étendre le monopole au-delà de ses frontières. Le sort de cette prétendue exception doit donc suivre celui de la représentation dans le cadre de famille, l'article L. 122-5 2° du CPI méritant d'être supprimé. Une telle suppression aurait toutefois d'importantes conséquences, cette exception fondant une taxation des supports de stockage. Le fruit de la rémunération pour copie privée représentait en effet 273 millions d'euros en 2020¹⁸⁴, sommes profitant aux titulaires de droits et finançant la production d'œuvres nouvelles. Faut-il dès lors tirer un trait sur cette source de financement ? Cela ne semble, en réalité, pas nécessaire dans la mesure où le fondement de la taxation peut muter sans qu'elle ne disparaisse. L'important est qu'aucune redevance ne soit versée au titre d'une exception qui n'en est pas une. Cependant, rien n'empêche de maintenir la taxation dans les proportions existantes, tant qu'il est simplement indiqué qu'il s'agit d'un mode de financement de la création et d'un complément de revenus pour les créateurs.

¹⁸⁴ <https://www.copiefrance.fr/fr/copie-france/perception-de-la-remuneration>.

789. **Articulation entre droit d'échantillonnage et exception de courte citation.**

En présence de droits de l'utilisateur, la pérennité de l'exception de courte citation peut également être interrogée. La reconnaissance d'un droit d'échantillonnage doit-elle conduire à une disparition de l'exception de courte citation ? La réponse doit être formellement négative, le droit de l'utilisateur ne supplantant pas l'exception. Si ces deux mécanismes peuvent en théorie profiter à la même personne dans certaines situations, la courte citation conserve son autonomie en l'absence d'une personne privée agissant en dehors de tout but commercial. Certaines utilisations commerciales méritent notamment de conserver l'appui de cette exception, de même que les productions de certaines personnes morales, la courte citation participant notamment au parfait exercice de la liberté d'expression¹⁸⁵. Si l'exception de courte citation ne doit pas être supprimée, peut-elle cependant être adaptée afin d'être plus englobante ? Monsieur Benoît Galopin sollicite notamment une modification de la courte citation afin qu'elle puisse, au-delà du domaine littéraire, permettre la reproduction intégrale de certaines œuvres¹⁸⁶. Cela aurait pour conséquence de rapprocher exception de courte citation et droit de courte représentation dans notre modèle. Une telle modification de l'article L. 122-5 3° a), supprimant l'exigence de toute brièveté, ne nous semble cependant pas nécessaire. La représentation intégrale, si elle est parfois le seul moyen de communiquer l'œuvre au public, constitue une atteinte aux droits de l'auteur. Si elle peut être justifiée dans l'exercice de droits culturels et artistiques au profit de personnes physiques agissant en dehors de tout but commercial, une telle exception est bien moins admissible en dehors d'un tel cadre. Si tout membre du public était en mesure de reproduire l'œuvre dans son intégralité, y compris dans le cadre d'utilisations commerciales, le préjudice subi par l'auteur et les ayants droit serait alors disproportionné. Néanmoins, l'absence de modification profonde de la lettre de cette exception n'empêche pas une approche renouvelée de son interprétation.

790. **Pour une interprétation renouvelée de la courte citation.** La courte citation, nous avons déjà eu l'occasion d'exprimer cette idée, est actuellement interprétée de façon particulièrement restrictive par les tribunaux, ce qui restreint d'autant les droits du public¹⁸⁷.

¹⁸⁵ P. EL KHOURY, *Les exceptions au droit d'auteur : étude de droit comparé*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, 2007, p. 161 : « Outre le fait de favoriser l'essor des idées et la circulation de l'information, la courte citation est un moyen nécessaire à l'épanouissement de la liberté d'expression ».

¹⁸⁶ B. GALOPIN, *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 332 : « Aux côtés des citations littéraires proprement dites, nécessairement courtes, pourraient s'insérer des analyses d'œuvres d'autres genres, qui permettraient la reprise intégrale de l'œuvre ».

¹⁸⁷ A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 337 : « L'approche restrictive de la législation française en matière de "courtes" citations, a favorisé de graves atteintes au droit à l'information, car elle a permis de faire interdire en France, non seulement des catalogues de ventes d'œuvres d'art, mais surtout de nombreux ouvrages d'analyse ou

Or, cette interprétation n'est en rien dictée par la lettre du Code ou par la simple dénomination de « citation » qui ne suffit à enfermer l'exception dans le seul domaine littéraire. C'est à l'aune de ce constat que le doyen Vivant affirmait : « une nouvelle compréhension de la notion de courte citation s'impose en raison et est possible en l'état du droit positif pourvu qu'on sache, tout en la respectant, reconsidérer la loi »¹⁸⁸. C'est avant tout l'interprétation du texte par les juges qui mérite donc d'évoluer afin d'accorder davantage d'espace et de liberté au public. Il faut ici revenir à l'origine du malaise des magistrats quant au domaine d'application de cette exception. Tout fragment d'une œuvre est nécessairement une œuvre par extension, l'extrait sonore, la vignette de bande dessinée ou le fragment d'œuvre cinématographique n'échappant pas à la règle¹⁸⁹. L'approche de la jurisprudence n'est toutefois pas parfaitement cohérente, dans la mesure où ce constat s'applique également aux œuvres littéraires, l'extrait constituant lui aussi un composé original. Comment expliquer, dans ces conditions, la position des tribunaux sur la question ?

791. Une courte citation évaluée à l'aune de l'œuvre d'ensemble. En réalité, lorsque le juge examine l'existence d'une courte citation en matière littéraire, il est contraint d'examiner deux œuvres distinctes. D'une part, il doit prendre en compte l'ouvrage littéraire complet comme référence de son analyse. D'autre part, il est aussi, et surtout, tenu d'appréhender la citation qui constitue une œuvre dans l'œuvre car originale. Or, une vignette de bande dessinée est autant une citation de l'album dont elle est issue que la phrase reprise au sein d'une œuvre littéraire. Dans l'approche des juges, on constate que c'est la représentation visuelle qui pose difficulté, mais rien ne justifie véritablement ici de distinguer selon le mode de communication de l'œuvre. Une seule règle devrait présider pour toutes les créations en la matière : la contrefaçon n'existe que dès lors que l'extrait cité ne peut être qualifié de court au regard du référentiel que constitue l'œuvre dans son ensemble. Il faut donc que la courte citation recouvre son empire en s'étendant au-delà des frontières du littéraire. Bien entendu, l'exception de courte citation ne saurait être dévoyée pour justifier la reproduction intégrale d'une œuvre au motif qu'elle ne serait qu'un élément d'une collection. De plus, la courte citation ne peut naturellement s'attacher à certaines créations, comme les

de critique littéraire » ; V. ég. P. LÉGER, « La mise à l'épreuve des limites au droit d'auteur par les œuvres transformatrices » in B. GLEIZE et A. MAFFRE-BAUGÉ, *La propriété intellectuelle renouvelée par le numérique*, Dalloz, 2020, p. 189.

¹⁸⁸ M. VIVANT, « Pour une compréhension nouvelle de la notion de courte citation en droit d'auteur », *JCP G*, 1989, p. 3372.

¹⁸⁹ *Ibidem* : « Dès lors qu'il n'est pas de critère, et surtout de critère quantitatif, de l'œuvre, toute citation, (tout extrait, fragment, détail...) apparaît nécessairement comme la reproduction d'une "œuvre" quel que soit le genre de celle-ci ».

œuvres plastiques et picturales individuelles dont on ne peut rendre partiellement compte. La statue, le dessin ou la peinture, s'ils ne sont pas intégrés à une œuvre d'ensemble, échapperont ainsi, par nature, à l'exception de courte citation. Le régime de la courte citation tend dès lors à se rapprocher de celui des droits de l'utilisateur. Néanmoins, deux différences non négligeables permettent de maintenir la distinction. D'une part, la courte citation demeure une simple exception bénéficiant à tous, là où échantillonnage et courte représentation constituent des droits au profit des seuls utilisateurs. D'autre part, la courte citation ne permettra jamais une représentation intégrale de certaines œuvres, ce qui est précisément permis par le droit de courte représentation. Par conséquent, la courte citation, analysée à l'aune de l'œuvre d'ensemble, complète les droits de l'utilisateur.

792. **La disparition de l'exigence d'une œuvre citante.** Au-delà d'une modification de l'esprit de la courte citation, il peut être proposé de la modifier sur un point particulier. Au sens du CPI, la courte citation ne peut être invoquée qu'au sein d'une œuvre citante, l'exception ne pouvant jamais jouer en l'absence d'originalité du contenu citant¹⁹⁰. Toutefois, une approche plus souple de la courte citation peut être envisagée, un tel fait ayant été mis en exergue au sein de l'affaire *Painer* de la CJUE¹⁹¹. En l'espèce, l'image d'une petite fille avait été captée par une photographe professionnelle. Quelque temps plus tard, suite à l'enlèvement de l'enfant, différents médias avaient communiqué ladite photographie au public ainsi qu'un portrait-robot de celle-ci¹⁹². L'auteur de la photographie avait alors sollicité la cessation de toute reproduction et représentation de son œuvre. Au-delà de constituer une nouvelle démonstration de l'étendue déraisonnable du droit exclusif de l'auteur, cette affaire représentait une occasion pour la CJUE de déterminer l'étendue de l'exception de courte citation. En effet, parmi les questions préjudicielles transmises, était posée celle de savoir si une courte citation pouvait être admise concernant un article de presse qui ne constituait pas une œuvre de l'esprit. Au terme de sa motivation, la Cour de justice retenait que l'impératif de juste équilibre entre les intérêts

¹⁹⁰ A. BENSAMOUN, *Essai sur le dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur*, Thèse, Paris XI, dir. P. SIRINELLI, PUAM, 2008, p. 410 : « L'existence d'une œuvre seconde autonome est la condition fondamentale de l'exception ».

¹⁹¹ CJUE, 3^{ème} ch., 1^{er} déc. 2011, n° C-145/10, *Painer*, (*Dalloz actualité*, 5 déc. 2011, obs. J. DALEAU ; *D.*, 2012, p. 471, obs. J. DALEAU ; *D.*, 2012, p. 471, note N. MARTIAL-BRAZ ; *D.*, 2012, p. 2836, obs. P. SIRINELLI ; *Légipresse*, 2012, p. 12, comm. J. ANTIPPAS ; *RTD com.*, 2012, p. 109 et 118, obs. POLLAUD-DULIAN ; *Propri. Intell.*, 2012, p. 30, obs. A. LUCAS).

¹⁹² Indiquons que les États membres ne s'opposent pas, en théorie, à ce qu'une œuvre photographique puisse faire l'objet d'une courte citation : CJUE, 3^{ème} ch., 1^{er} déc. 2011, *Painer*, *op. cit.*, point 122 : « il convient d'observer que la juridiction de renvoi part de l'hypothèse selon laquelle une œuvre photographique relève du champ d'application de l'article 5, paragraphe 3, sous d), de la directive 2001/29. Par ailleurs, une telle hypothèse n'est contestée par aucune des parties au principal, par aucun des États membres ayant déposé des observations, ni par la commission européenne ».

de l'auteur et du public impliquait de retenir l'existence d'une telle exception, même en l'absence d'une œuvre citante¹⁹³. De plus, le juge avait ici mis en évidence la finalité de l'exception dont l'effet utile aurait été réduit à néant par le droit exclusif¹⁹⁴. Cette décision apparaît particulièrement opportune, car elle admet la légitimité de la courte citation hors d'une création originale. En l'espèce, le droit à l'information commandait notamment la communication de l'œuvre sans autorisation de l'auteur. La courte citation pouvant utilement être invoquée par une autre personne qu'un auteur, nous sollicitons donc la disparition de l'exigence d'une œuvre citante dans la mise en œuvre de l'exception. Ainsi, ce n'est qu'en renouvelant l'approche de la courte citation, par une conception plus cohérente de son domaine, que les exceptions aux droits de l'auteur sauront s'adapter efficacement à la profusion et à la diversité des usages numériques.

II : Adaptations accessoires aux exceptions aux droits patrimoniaux

793. Une évolution pragmatique des exceptions. En raison du manque de flexibilité inhérent à tout système reposant sur une liste fermée d'exceptions, l'approche du législateur a avant tout été dictée par les différents besoins qui se sont fait sentir en la matière. Rappelons qu'à l'origine, lors de la consécration de la loi de 1957, existait une liste restreinte de sept exceptions. Que ce soit du fait de l'émergence de nouvelles pratiques ou de nouveaux besoins, sous l'impulsion nationale ou européenne, de nombreuses exceptions se sont ajoutées à la liste telles les reproductions en vue de la fouille de textes, la reproduction à des fins de conservation ou l'exception assurant l'accès à l'œuvre au profit des personnes en situation de handicap. L'article L. 122-5 du CPI est ainsi aujourd'hui extrêmement fourni, alors même qu'il ne contient pas la totalité des exceptions que peut connaître le droit de la propriété littéraire et artistique. Rien ne permet d'espérer que cette inflation du nombre des exceptions ralentisse. D'ailleurs, doit entrer en vigueur, au premier janvier 2023, une nouvelle exception relative à « la reproduction, l'utilisation et la commercialisation des pièces destinées à rendre leur apparence initiale à un véhicule à moteur ou à une remorque, au sens de l'article L. 110-1 du Code de la route »¹⁹⁵. À retenir de telles exceptions, qui ne participent pas à l'intelligibilité de

¹⁹³ CJUE, 3^{ème} ch., 1^{er} déc. 2011, *Painer*, *op. cit.*, point 137.

¹⁹⁴ *Ibidem*, points 132 et s.

¹⁹⁵ Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et le renforcement de la résilience face à ses effets, art. 32.

la matière, le risque est d'aboutir, à moyen ou long terme, à une liste de dizaines d'exceptions très spécifiques, sans que le résultat n'apparaisse, pour autant, jamais satisfaisant. Il en résulte que si la liste des exceptions a été ajustée de façon pragmatique jusqu'ici, cette manière de procéder présente aujourd'hui ses limites.

794. Une fusion des exceptions aux droits de l'auteur ? Face à la fuite en avant que constitue la création de nouvelles exceptions, la solution la plus évidente consiste en une fusion de celles-ci en fonction de leur finalité. Il serait en effet possible de substituer une multitude d'exceptions extrêmement ciblées par une poignée d'exceptions générales. Cela aurait pour effet de fournir à la matière une souplesse dont elle manque plus que jamais¹⁹⁶. Il existe toutefois, en droit positif, un obstacle à une telle conception : des exceptions plus étendues viennent sérieusement entamer la substance de la propriété de l'auteur. Remplacer les multiples exceptions relatives au droit à l'information par une unique exception apparaîtrait périlleux pour le monopole de l'auteur, les frontières d'une telle exception pouvant être étendues. Afin de déterminer les options potentielles en la matière, il convient de se pencher sur la finalité des exceptions aux droits patrimoniaux de l'auteur.

795. Finalité des exceptions aux droits patrimoniaux. Là où le droit positif ne conçoit les exceptions que comme des facultés, la logique des droits littéraires et artistiques impose de s'attacher à la finalité des exceptions et à reconnaître leur utilité et leur pleine légitimité. La prise en compte des intérêts du public devient un impératif ici. Au regard de la diversité des exceptions, de multiples finalités peuvent être attribuées aux unes et aux autres. Toutefois, les différentes études menées sur le sujet¹⁹⁷ tendent généralement à reconnaître trois catégories d'exceptions qui renvoient à trois finalités principales. La première, et la plus évidente, regroupe les exceptions trouvant leur source dans un droit fondamental, qui sera le plus souvent la liberté d'expression ou le droit à l'information en droit positif. Sont notamment concernées les exceptions relatives aux informations d'actualité, les discours destinés au public,

¹⁹⁶ C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, 2003, p. 447 : « il semble incontestable qu'il soit nécessaire d'introduire plus de souplesse dans le maniement des exceptions, afin que le droit d'auteur garde une certaine crédibilité » ; V. ég. du même auteur « 1710-2010 : Quel bilan pour le droit d'auteur ? L'influence de la loi britannique de la Reine Anne en France », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 63, n° 1, 2011, p. 66.

¹⁹⁷ D. BÉCOURT, « L'utilisation des œuvres et ses incidences sur les droits des auteurs », *Les petites affiches*, 2000, n° 105, p. 5 ; V. ég. C. GEIGER, « L'avenir du droit d'auteur en Europe : vers un juste équilibre entre protection et accès à l'information », *JCP G*, n° 48, 23 nov. 2009, p. 493 ; V. ég. P. GAUDRAT, « Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la "société de l'information" », *RTD com.*, 2003, p. 99 ; V. ég. A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 2017, 5^{ème} éd., p. 366.

revues de presse, caricature, pastiche, parodie ou encore la courte citation. La deuxième catégorie concerne les exceptions destinées à répondre aux besoins de certains groupes, comme les personnes en situation de handicap, les chercheurs, les élèves ou encore les commissaires-priseurs¹⁹⁸. La troisième catégorie regroupe, quant à elle, les exceptions induites par une impossibilité d'exploitation, ce que l'on qualifie classiquement de *market failure*¹⁹⁹. Cette hypothèse peut notamment correspondre, en droit positif, à l'exception de copie privée, l'exception d'usage dans le cadre familial ou la reproduction transitoire. Il est important de noter que ces différentes catégories ne sont pas parfaitement hermétiques, certaines exceptions pouvant disposer de plusieurs fondements simultanément²⁰⁰.

796. Rejet d'exceptions communes aux différentes finalités des exceptions.

Au regard de ces trois différentes finalités, semble-t-il raisonnable de regrouper les limites internes autour d'un nombre restreint d'exceptions générales ? S'agissant des exceptions provoquées par des *market failures*, toute exception générale apparaît irrémédiablement proscrite, les hypothèses concernées étant très diverses. Pour l'admettre, il faudrait considérer que le monopole de l'auteur ne trouve pas application pour toute utilisation échappant à son contrôle ou non rentable d'un point de vue économique, ce qui serait particulièrement périlleux en termes d'interprétation. S'agissant des exceptions accordées au profit de certains groupes humains dans leur travail ou leurs études, le constat apparaît identique. Quel parallèle faire entre l'exception profitant au commissaire-priseur dans l'élaboration de son catalogue d'enchères judiciaires et l'exception bénéficiant aux personnes handicapées ? Là aussi, les hypothèses apparaissent trop hétérogènes pour raisonner de façon générale, et une unique exception ne saurait émerger. Restent les exceptions fondées sur le droit à l'information et la liberté d'expression²⁰¹. Ici aussi, mettre en œuvre un texte général relève de la quadrature du cercle. Comment préserver les droits de l'auteur tout en reconnaissant une exception générale relative à la liberté d'expression ou au droit à l'information ? Ces deux droits pourraient être invoqués à des fins très diverses, y compris en vue d'assurer une exploitation de l'œuvre dans des limites

¹⁹⁸ J. PASSA, « Les limitations contractuelles : caractère impératif ou supplétif des exceptions au droit d'auteur ? », *RLDI*, n° 94, 1^{er} juin 2013 : « si certaines exceptions sont certes justifiées par des droits et libertés fondamentaux, d'autres répondent à des besoins sectoriels, tandis que d'autres encore sont liées à des considérations pratiques ».

¹⁹⁹ S. DUSOLIER et M. BUYDENS, « Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses », *CCE*, sept. 2001, n° 9, chron. 22.

²⁰⁰ J. PASSA, « Les limitations contractuelles : caractère impératif ou supplétif des exceptions au droit d'auteur ? », *op. cit.* : « la finalité exacte d'une exception n'est pas toujours facile à déterminer. L'exception couvrant des reproductions aux fins de conservation et de consultation procède certainement de besoins sectoriels. Mais elle n'est pas sans lien non plus avec la diffusion de la culture et le droit du public à l'information ».

²⁰¹ E. DREYER, « La liberté d'expression comme "droit" concurrent », *RLDI*, n° 49, 1^{er} mai 2009.

excédant l'équité. Dès lors, un unique article serait particulièrement redoutable pour le monopole de l'auteur. En réalité, afin de permettre l'émergence de ce type d'exception, il faudrait que le monopole de l'auteur ne constitue plus le principe en droit de la création immatérielle, ce qui n'est ni le cas en droit positif, ni au sein des droits littéraires et artistiques. Il faut donc ici définitivement renoncer à toute exception générale guidée par la seule finalité des exceptions aux droits patrimoniaux de l'auteur.

797. Rejet d'une exception au bénéfice des utilisations numériques. L'assouplissement du droit de la création pourrait alors passer par d'autres voies, comme la reconnaissance d'une exception destinée aux utilisations numériques. C'est du moins la position défendue par l'avocate Jessica Wood, selon laquelle la plupart de ces utilisations relèvent de la catégorie des *market failures*²⁰², de sorte qu'il faudrait que l'auteur abandonne les utilités attachées aux usages numériques. Nous nous opposons cependant fermement à ce type d'exception qui conduirait à supprimer les effets du monopole pour une très grande partie des usages numériques. D'une part, une telle exception, appliquée sans autre délimitation, représenterait un manque à gagner considérable pour l'auteur. D'autre part, les utilisateurs pourront être tentés de favoriser les usages numériques au détriment d'autres voies constituant précisément des sources résiduelles de revenus de l'auteur. Ainsi, à l'image de la position qui est la nôtre relativement au *Darkweb* et ses dérivés, la démission n'est pas une option souhaitable²⁰³. Il faut donc définitivement renoncer à toute idée d'exception au bénéfice des utilisations numériques.

798. Maintien et adaptation de l'exception de panorama. Face à l'impossibilité de dresser toute forme d'exception générale aux droits de l'auteur, faut-il se résigner à laisser inchangé le dispositif actuel ? La réponse doit être majoritairement positive, aucune solution miracle ne permettant de simplifier la liste des exceptions aux droits de l'auteur. Toutefois, une adaptation semble possible et opportune en matière de panorama. Rappelons qu'existe une exception concernant « les reproductions et représentations d'œuvres architecturales et de sculptures, placées en permanence sur la voie publique, réalisées par des personnes physiques, à l'exclusion de tout usage à caractère commercial ». Il est tentant de s'interroger sur l'utilité de ce texte en présence des droits de l'utilisateur. En effet, le texte bénéficie expressément aux

²⁰² J. WOOD, « The Darknet: a digital copyright revolution », *Richmond Journal of Law and technology*, vol. 16, n° 4, art. 4, p. 33 : « enforcing a noncommercial rule is impracticable in the digital realm since the line between commercial and non-commercial uses is increasingly blurred ».

²⁰³ CPI, art. L. 122-5 11°.

personnes physiques agissant en dehors de tout but commercial : il est donc réservé aux utilisateurs. Cependant, ce texte concerne un usage qui n'intègre pas les droits de l'utilisateur. Il s'agit effectivement, dans le cadre de l'exception de panorama, d'autoriser l'utilisateur à capter l'image de certaines œuvres placées sur la voie publique, faculté qui n'est pas reconnue par les droits d'accès, d'échantillonnage ou de courte représentation. L'accès n'est garanti que sous forme numérique, tandis que les droits d'échantillonnage et de courte représentation ne s'exercent qu'à la condition que la source soit licite. Donc, l'exception de panorama conserve sa pleine autonomie et complète à merveille les exceptions d'échantillonnage et de courte représentation, permettant la captation puis l'utilisation de l'image de l'œuvre. Cependant, cette exception ne se limitant qu'aux œuvres architecturales et sculptures, son domaine apparaît restreint. Le choix d'une telle restriction apparaît difficilement justifiable, d'autant plus avec le développement du *street art* ou de différentes œuvres graphiques ou picturales sur la voie publique. Dès lors, il apparaît opportun d'étendre l'exception de panorama à toute œuvre présente sur la voie publique, plaçant les différentes créations sur un pied d'égalité et favorisant l'intelligibilité de la loi.

Conclusion du chapitre I

799. **Nécessité d'une redéfinition des limites aux droits littéraires et artistiques.**

Les derniers développements ont mis en évidence le besoin d'un renouveau des limites en matière de création immatérielle. Ces dernières, assurant l'équilibre de la matière²⁰⁴, ne pouvaient donc être ignorées. Or, face à la rigidité du droit exclusif, les limites apparaissent souvent bien maigres alors même qu'elles assurent la défense d'intérêts parfaitement légitimes. Puisque les limites au droit de l'auteur participent de la cohérence de la matière, si elles se révèlent sous-proportionnées et inadaptées, c'est aussi le monopole de l'auteur, bafoué, qui en pâtit. Nous avons ici effectué plusieurs propositions en faveur d'un assouplissement de certaines des limites substantielles aux droits de l'auteur, mais il est difficile d'aboutir à toute forme de solution idéale concernant les exceptions. Les restrictions inhérentes à toute liste fermée d'exceptions ainsi que le rejet d'une exception générale aux droits de l'auteur ne permettent pas de trouver une issue simple et parfaitement satisfaisante à la question. Il semble alors que les exceptions soient vouées à se démultiplier jusqu'à l'écœurement.

800. **Contrôle de proportionnalité et exceptions, sources de souplesse des droits littéraires et artistiques.** Malgré le constat qui vient d'être dressé, nôtre tâche ne s'est heureusement pas révélée vaine. Nous avons notamment mis en évidence l'intérêt que représente le contrôle de proportionnalité en droit de la création immatérielle. Outil permettant de tempérer la rigidité extrême que peut présenter le droit positif, la mise en balance des droits mérite de se développer davantage en droit interne. Par la juste détermination de ses critères et de leur articulation, le contrôle de proportionnalité se trouve à même de constituer l'une des pierres angulaires d'un droit d'auteur véritablement pondéré, tout en assurant une protection satisfaisante au profit des titulaires de droits. Concernant les exceptions, bien que la question soit ardue, des correctifs sont également possibles, notamment par la suppression des unes et l'extension du champ d'application des autres. Il ne faut ainsi pas renoncer à l'élargissement de la courte citation ou de l'exception de panorama, ces mécanismes visant une finalité légitime²⁰⁵ qui n'est pas parfaitement atteinte en droit de la propriété littéraire et artistique. L'analyse ne

²⁰⁴ P. EL KHOURY, *Les exceptions au droit d'auteur : étude de droit comparé*, op. cit., p. 479 : « Ces espaces de liberté, ces serviteurs de l'intérêt public, doivent pouvoir continuer à jouer leur rôle équilibrant. Elles ne menacent pas le droit d'auteur, mais le complètent. C'est leur nature, leur raison d'être et leur fonction ».

²⁰⁵ C. GEIGER, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *Revue internationale de droit économique*, 2006, n° 4, t. XX, p. 389.

serait cependant pas complète si elle devait s'en tenir à la seule adaptation des limites substantielles aux droits du créateur. En réalité, afin de parfaire notre démonstration, il nous revient de remettre en question les limites temporelles des droits patrimoniaux de l'auteur.

Chapitre II : Délimitation temporelle des droits de l'auteur

801. **Limites temporelles des droits de l'auteur.** L'importante place occupée par les exceptions et autres limites substantielles dans les débats doctrinaux peut parfois occulter la primordialité d'une autre limite : la durée du droit. Le caractère temporaire du monopole de l'auteur représente à l'évidence un enjeu considérable, en ce qu'il fixe une limite ultime aux prérogatives du créateur. Atteints d'un terme extinctif, les droits patrimoniaux de l'auteur se trouvent irrévocablement destinés à s'évanouir au profit du domaine public. Dès lors, la fixation de la durée de protection du monopole devient une question capitale dans la détermination de l'équilibre entre l'auteur et le genre humain. Déterminer une durée capable de satisfaire les intérêts du créateur, tout en assurant une entrée de l'œuvre suffisamment rapide dans le domaine public, constitue donc une ambition légitime.

802. **Durée des droits patrimoniaux et fonction sociale du droit d'auteur.** L'examen précis de la durée des droits de l'auteur s'avère inévitable lorsque le débat se trouve focalisé sur la question de la fonction sociale du droit de la création littéraire et artistique¹. Il serait effectivement illusoire de prétendre apporter un équilibre nouveau à la matière, sans évoquer cette question centrale. Cela est d'autant plus vrai à l'ère d'Internet où l'œuvre circule avec toujours moins de contraintes matérielles, alors que, paradoxalement, la durée des droits patrimoniaux n'a fait que croître depuis ses origines². La question est donc posée : une protection du monopole durant la vie de l'auteur et soixante-dix ans après son décès assure-t-elle un équilibre optimal entre ses intérêts et ceux de la société ? Pour répondre à cette interrogation nous étudierons l'évolution historique de la durée du monopole et les arguments qui ont progressivement fondé le délai de protection que nous connaissons actuellement. L'approche traditionnelle sera ensuite mise à l'épreuve de l'accélération du cycle d'exploitation des œuvres, notamment induite par Internet, et de ses effets sur l'ensemble du secteur de la création. Cette confrontation aboutira à une remise en cause de la durée de protection du monopole et à une proposition d'adaptation du droit positif. Si les droits patrimoniaux de l'auteur seront au cœur de nos préoccupations, nous aurons également l'occasion d'évoquer parallèlement la question de la durée de protection des droits moraux ainsi que des droits voisins

¹ M. WALTER, « Perspectives historiques » in M. WALTER, *La durée de protection du droit d'auteur et des droits voisins*, Medien und Recht Publishing, 2012, p. 326 : « Toute réponse apportée à la question de la durée de protection dépend en grande partie de la fonction qu'est censée remplir un droit d'auteur ».

² S. GUTIERREZ-LACOUR, *Le temps dans les propriétés intellectuelles*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, Litec, 2004, p. 41.

du droit d'auteur. Commençons donc par mettre en évidence l'inadaptation de l'étendue temporelle du monopole d'exploitation du créateur (Section I), avant d'en proposer un raccourcissement (Section II).

Section I : Inadaptation de l'étendue temporelle du monopole d'exploitation du créateur

803. **Questionnement de la durée du monopole de l'auteur.** L'existence même d'un droit exclusif au profit de l'auteur n'est que très rarement disputée. C'est aujourd'hui la durée dudit droit exclusif qui cristallise une partie des débats au sein de la société. Là où les auteurs et producteurs tendent à revendiquer davantage de droits pour des durées plus étendues, d'autres, comme Monsieur André Bertrand, affirment sans détour que « la durée de protection des droits patrimoniaux est totalement disproportionnée »³. Une chose est certaine, la durée de protection du droit d'auteur est plus que jamais contestée, d'autant que celle-ci ne cesse de croître à travers le temps. Il convient alors de se demander si cette expansion temporelle trouve de véritables justifications. L'analyse est essentielle car, sans perdre de vue l'intérêt de l'auteur, la question d'une réduction de la durée de protection pourrait sérieusement se poser si ces justifications venaient à être défaillantes. L'objectif est donc ici de déterminer s'il existe ou non une disproportion dans la durée du monopole reconnue au créateur. Afin de poursuivre ce but, nous étudierons dans un premier temps les fondements du délai de protection de l'auteur et de ses ayants droit (§1), pour, dans un second temps, mettre en évidence l'excès de ce délai de protection (§2).

§1 : Fondements du délai de protection de l'auteur et de ses ayants droit

804. **Ratio legis du délai de protection des droits patrimoniaux de l'auteur.** La détermination de la durée de protection des droits patrimoniaux ne fait jamais l'objet d'un arbitraire absolu. Le choix d'une protection de soixante-dix ans *post mortem auctoris* en France tient à un ensemble de facteurs qui se sont agrégés au fil du temps, des privilèges royaux à l'influence de l'Union européenne. Afin de retracer la *ratio legis* du délai de protection du

³ A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2010, 3^{ème} éd., p. 261.

monopole, nous étudierons l'extension continue de la durée de protection du droit d'auteur (I), ainsi que les justifications récurrentes venant au soutien de cette durée de protection (II).

I : Extension continue de la durée de protection du droit d'auteur

805. Évolution de la durée du monopole de l'auteur sous l'Ancien Régime et la Révolution. Initialement, la protection des œuvres littéraires et dramatiques se manifestait à travers des privilèges accordés par le Roi⁴. Lesdits privilèges, révocables, étaient généralement accordés pour une durée de trois à trente ans⁵. Le droit de l'auteur devenait perpétuel par arrêt réglementaire du 30 août 1777⁶. Cependant, en cas de cession des droits au profit du libraire, le privilège devenait automatiquement viager⁷. Il faut attendre la Révolution et la loi du 19 juillet 1791⁸ pour qu'émerge l'idée d'un droit se poursuivant même après la mort de l'auteur. Ainsi, dans un premier temps, les seules œuvres dramatiques et musicales étaient protégées pour une durée de cinq ans *post mortem auctoris*. Ce délai était rapidement étendu à dix ans après la mort de l'auteur pour les écrits, compositions musicales, peintures et dessins par le décret du 19 juillet 1793⁹.

806. Évolution de la durée du monopole de l'auteur de l'Empire à aujourd'hui. C'est sous le Premier Empire qu'apparaît explicitement et pour la première fois la référence au conjoint de l'auteur et de ses enfants dans le calcul de durée des droits. En effet, le décret du 5 février 1810¹⁰, relatif aux seules œuvres littéraires, prévoyait une durée de protection durant la vie de l'auteur et de sa veuve, ainsi qu'un délai de vingt ans au profit des enfants à compter du décès du conjoint survivant. Cette durée a par la suite été étendue au profit de tout auteur

⁴ J. SAVARY, *De la durée de la propriété littéraire et artistique, particulièrement au point de vue des arts plastiques*, éd. Georges Petit, 1912, p. 13.

⁵ D. BÉLOT, *La durée de protection en droit d'auteur et droits voisins*, Thèse, Lyon III, dir. E. TREPPOZ, 2017, p. 46.

⁶ Arrêt du conseil d'État du Roi du 30 août 1777 portant règlement sur la durée des privilèges en librairie.

⁷ M. WALTER, « Perspectives historiques » *in op. cit.*, p. 321 ; V. ég. C. BALLESTEROS, « La durée adéquate de protection : 50 – 70 ans – au-delà ? » *in* M. WALTER, *La durée de protection du droit d'auteur et des droits voisins*, Medien und Recht Publishing, 2012, p. 356.

⁸ Loi du 19 juillet 1791 relative aux théâtres et au droit de représentation et d'exécution des œuvres dramatiques et musicales.

⁹ Décret du 19 juill. 1793 relatif aux droits de propriété des auteurs en tout genre, compositeurs de musique, peintres et dessinateurs.

¹⁰ Décret impérial du 5 févr. 1810, Titre VI, art. 39 : « Le droit de propriété est garanti à l'auteur et à sa veuve pendant leur vie, si les conventions matrimoniales de celle-ci lui en donnent le droit, et à leurs enfants pendant vingt ans » ; V. J.-M. PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, Garnery, 1814, t. 1, p. 148.

d'œuvre dramatique par la loi du 3 août 1844¹¹. Ce n'est que dix ans plus tard qu'un délai uniforme fut reconnu au profit de toute œuvre de l'esprit sans distinction, par la loi des 8-15 avril 1854. Dans une constante extension de la durée des droits, elle portait la durée de protection à trente ans après le décès du conjoint survivant au profit des enfants, et dix ans si la succession était échue à des collatéraux. La loi des 14-19 juillet 1866¹² élevait encore la durée jusqu'à cinquante ans après la mort de l'auteur, un droit spécial d'usufruit étant toujours reconnu au profit du conjoint survivant. Plus récemment, la loi Lang de 1985¹³ portait le délai à soixante-dix ans après la mort de l'auteur pour les seules œuvres musicales. La référence au droit viager de l'auteur survivant disparaît alors, le délai débutant systématiquement au début de l'année civile suivant la mort de l'auteur. Afin que cette durée soit appliquée à l'ensemble des œuvres de l'esprit, il faudra attendre la transposition d'une directive du Conseil des communautés européennes¹⁴ par une loi du 27 mars 1997¹⁵ toujours en vigueur.

807. La tentation d'une protection perpétuelle du monopole de l'auteur. Ces éléments mettent en évidence l'instauration d'un droit perpétuel sous la royauté. Toutefois, la perpétuité fut rapidement abandonnée lors de la Révolution. Le monopole était alors atteint d'un terme extinctif¹⁶, sauf lorsqu'il était originairement détenu par l'État¹⁷. La tentation d'un droit perpétuel ne s'est toutefois pas éteinte avec l'Ancien Régime. En réalité, la perpétuité a été défendue durant plusieurs décennies, notamment par des auteurs et libraires, au motif qu'elle ne causait aucun mal au public, tout en permettant à l'auteur et ses héritiers de tirer le meilleur bénéfice possible de l'œuvre¹⁸. Mise en perspective avec la propriété civiliste, la propriété littéraire et artistique apparaissait injustement atteinte de mortalité pour ses défenseurs qui ne voyaient pas de raison de distinguer entre ces instruments de réservation.

¹¹ Loi du 3 août 1844 relative au droit de propriété des veuves et des enfants des auteurs d'ouvrages dramatiques.

¹² Loi du 14 juillet 1866 sur les droits des héritiers et des ayants-cause des auteurs.

¹³ Loi n° 85-660 du 3 juill. 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes des entreprises de communication audiovisuelle, art. 21 al. : « Au décès de l'auteur, ce droit persiste au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les cinquante années qui suivent. Toutefois, pour les compositions musicales avec ou sans paroles, cette durée est de soixante-dix années ».

¹⁴ Directive 93/98/CE du Conseil du 29 oct. 1993 relative à l'harmonisation de la protection du droit d'auteur et de certains droits voisins.

¹⁵ Loi n° 97-283 du 27 mars 1997 portant transposition dans le Code de la propriété intellectuelle des directives du Conseil des communautés européennes n° 93/83 du 27 sept. 1993 et 93/98 du 29 oct. 1993.

¹⁶ C. BALLESTEROS, « La durée adéquate de protection : 50 – 70 ans – au-delà ? » *op. cit.*, p. 356 : « Mais les révolutionnaires, au moment de proclamer que le droit d'auteur était la plus sacrée des propriétés, se retournèrent contre le système. Les deux lois de 1791 et 1793 marquent un désistement quant aux arrêts du Conseil du Roi de 1777 en abandonnant le principe de la perpétuité du droit exclusif ».

¹⁷ CA Paris, 5 mai 1877, *Ministre de la Guerre c/ Peigné de la Court, D.*, 1877, p. 122

¹⁸ Comité de l'association pour la défense de la propriété littéraire et artistique, *La propriété littéraire sous le régime du domaine public payant*, Hachette, 1862, p. 31 : « Ce qu'il faut aux auteurs, c'est la perpétuité d'une propriété qui, déjà reconnue pour trente ans et plus, n'a produit nul inconvénient pour le public ».

L'existence d'un terme constituait donc une terrible injustice aux yeux des partisans du droit perpétuel¹⁹. Toutefois, ces tentatives de faire renaître le débat autour de la perpétuité des droits patrimoniaux de l'auteur se sont soldées par des échecs. En effet, comme nous le mettrons en évidence²⁰, une telle vision du droit d'auteur ne peut prospérer qu'au détriment de toute forme d'équité.

808. Des durées de protection homogènes entre pays. L'étude historique de la durée de protection des droits patrimoniaux peut également s'effectuer sous le prisme du droit comparé. L'évolution des délais de protection n'a effectivement pas été identique entre les pays. Néanmoins, une tendance de fond se dégage de l'analyse de nombreuses législations : l'augmentation progressive de la durée de protection. Ainsi, s'il n'existe pas de règle intangible, on constate que l'écrasante majorité des États accorde, par principe, un droit d'auteur *post mortem auctoris* pour une durée minimum de cinquante ans. À titre d'exemple, la Colombie prévoit une durée de protection de quatre-vingts ans *post mortem auctoris*, tandis que ce délai a été réduit à cent ans au Mexique après avoir été perpétuel²¹. Aux États-Unis, dans le cadre du *work made for hire*, la durée de protection peut aller jusqu'à quatre-vingt-quinze ans à compter de la divulgation, ou cent-vingt ans à compter de la création²². Toutefois, le principe demeure une protection de soixante-dix ans *post mortem auctoris* en l'absence de tout contrat de commande. Malgré le caractère hétérogène des durées de protection, se dégage une certaine correspondance entre les délais qui ne semblent pas si divergents les uns des autres. Cela se constate également concernant les régimes dérogatoires pour les œuvres collectives, les œuvres d'art appliqué, les œuvres cinématographiques ou encore photographiques pour lesquels la durée de protection est généralement fixée à compter de la divulgation de l'œuvre, souvent pour une durée de cinquante à soixante-dix ans.

809. Les traités, source de concordance des délais de protection. Cette relative proximité dans la fixation des délais de protection ne relève bien entendu pas du hasard. Ce sont en réalité les traités et instruments internationaux qui ont lentement forgé cette concordance des

¹⁹ M. JOUBERT, *Du droit d'auteur et de sa durée*, Lebois, 1928, p. 4 : « Il faut tirer un trait final au bas de ce chapitre de l'iniquité et donner à l'auteur sa place et son droit à la vie pour sa personne et pour ses successeurs au même rang qu'à tous les possédants ».

²⁰ V. *infra* n° 810.

²¹ S. VON LEWINSKI, « Les conventions internationales et la durée de protection du droit d'auteur dans les législations nationales – étude de droit comparé » in M. WALTER, *La durée de protection du droit d'auteur et des droits voisins*, Medien und Recht Publishing, 2012, p. 332.

²² Loi sur le copyright des États-Unis d'Amérique, Titre 17, chapitre 3, section 302 : « In the case of an anonymous work, a pseudonymous work, or a work made for hire, the copyright endures for a term of 95 years from the year of its first publication, or a term of 120 years from the year of its creation, whichever expires first ».

durées de protection de l'œuvre. La Convention de Berne de 1886, prévoyant une durée de protection minimale de cinquante ans *post mortem auctoris*²³, constitue la plus solide fondation de cette convergence. L'idée d'un délai harmonisé entre États apparaît extrêmement séduisante, notamment pour des raisons concurrentielles²⁴. C'est notamment ce qui a poussé la Communauté économique européenne à harmoniser la durée de protection entre ses États-membres sur le modèle allemand, jusqu'alors le plus généreux, pour atteindre soixante-dix ans *post mortem auctoris*²⁵. Par la suite, c'est sous l'impulsion de cette harmonisation européenne, induisant une extension de la durée pour de nombreux pays, que les États-Unis d'Amérique ont opéré le choix de s'aligner sur ce délai, allongeant à leur tour la durée de protection du monopole²⁶. Il en résulte que, historiquement, les durées de protection n'ont cessé de croître et de converger sous l'influence des instruments internationaux. Toutefois, au-delà des traités et de simples enjeux concurrentiels, la durée de protection se trouve justifiée par de nombreux autres fondements.

II : Justifications récurrentes de la durée de protection *post mortem auctoris* du droit d'auteur

810. Le rejet justifié d'un droit patrimonial perpétuel. Avant toute chose, il convient de s'interroger sur les raisons qui ont poussé les révolutionnaires et leurs successeurs à exclure l'idée d'un droit perpétuel. Sans surprise, c'est la prise en compte de l'intérêt du public qui impose le caractère temporaire du droit patrimonial. Reconnaître un monopole perpétuel constituerait, au sens de Renouard, un impôt indestructible²⁷. À supposer que l'ayant droit soit enclin à accepter l'utilisation de l'œuvre, l'utilisateur sera perpétuellement soumis à redevance,

²³ Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 sept. 1886, art. 7 : « La durée de protection accordée par la présente Convention comprend la vie de l'auteur et cinquante ans après sa mort [...] Les pays de l'Union ont la faculté d'accorder une durée de protection supérieure à celles prévues aux alinéas précédents ».

²⁴ B. FABRE, *La crise du droit d'auteur : une approche systémique*, Thèse, Aix-Marseille, dir. J. FRAYSSINET, 2012, p. 254 : « Les raisons poussant à allonger le délai de protection ont toujours été largement arbitraires, et tiennent à l'idée de juste salaire, et à éviter les distorsions de concurrence entre États ».

²⁵ V-L. BENABOU, « Puiser à la source du droit d'auteur », *RIDA*, n° 192, avr. 2002, p. 77 : « En portant la durée de protection à soixante-dix ans *post mortem*, et ce même pour le logiciel, la Communauté ne recherchait en réalité qu'à satisfaire les exigences de sécurité juridique liées à l'harmonisation. Il n'est pas certain qu'elle eût à ce moment l'intention voire la conscience de réduire le domaine public, mais c'est pourtant le résultat de son action, qui, en cascade, a suscité la réaction américaine ».

²⁶ V-L. BENABOU, « Propriété intellectuelle et diversité culturelle ? » in J-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et culture*, Dalloz, 2007, p. 87 : « On ne peut qu'assister, impuissant, à la surenchère à laquelle se livrent la Communauté européenne et les États-Unis afin de toujours repousser plus loin la date de révolution du monopole et l'entrée de l'œuvre dans le domaine public ».

²⁷ A-C. RENOUARD, *Traité des brevets d'invention*, éd. Guillaumin, 1844, p. 22.

ne pouvant jamais s'affranchir de cette charge auprès de très lointains héritiers du créateur. Le droit de participer à la vie culturelle de la communauté ne présente plus de sens si toute œuvre fait l'objet d'un monopole²⁸, si toute création doit se monnayer au prix fort, même des siècles après sa création. La reconnaissance d'un droit perpétuel aurait pour effet immédiat de restreindre drastiquement la liberté d'expression, et plus spécifiquement la liberté d'expression artistique. L'œuvre dérivée deviendrait bien plus rare et les emprunts d'œuvres du domaine public, pourtant féconds, bien moins fréquents. De plus, et il s'agit là d'un obstacle majeur, la perpétuité du droit patrimonial entraînerait des coûts colossaux dans le cadre de la recherche d'ayants droit²⁹. En effet, les investigations nécessaires afin de retrouver le titulaire des droits d'une œuvre très ancienne pourraient se révéler particulièrement onéreux, en plus d'être vains... Au fond, et nous reviendrons sur ce point, toute œuvre a vocation à devenir, tôt ou tard, orpheline. Dès lors, la perpétuité du droit devient un fardeau de plus en plus lourd à mesure que le temps passe et que le titulaire du monopole doit être débusqué à grands frais dans l'espoir qu'il accorde une hypothétique autorisation, nécessitant elle aussi rétribution. Ainsi, pour l'ensemble de ces raisons, il est possible d'espérer que toute loi prévoyant la perpétuité du droit d'auteur serait immédiatement censurée par le Conseil constitutionnel³⁰, en ce qu'elle porterait, entre autres, une atteinte insupportable à la liberté d'expression et à la liberté du commerce et de l'industrie.

811. Durée de protection et incitation à la création. L'idée d'une perpétuité des droits patrimoniaux étant écartée, il demeure essentiel de questionner les fondements du délai de protection que connaît le droit positif. À ce titre, la première justification qui peut être apportée à la longue durée du monopole réside dans l'incitation à la création qu'elle procure. Il faut admettre que l'assurance d'une exclusivité commerciale dans l'exploitation d'une œuvre originale ne peut que favoriser l'effort créatif. Étant garanti de voir son génie reconnu par la loi, l'auteur créera plus souvent, plus librement, voire plus rapidement et s'attirera bien plus

²⁸ S. CARRE, *L'intérêt du public en droit d'auteur*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, 2004, t. 2, p. 468 : « Cette limite temporelle du droit se justifie, selon nous, dans les deux domaines [propriété industrielle et propriété littéraire et artistique], par la prise en compte de l'intérêt du public, c'est-à-dire de l'intérêt des destinataires de ces créations à pouvoir participer aux bienfaits de la science et des arts et à voir favoriser l'accès du public aux œuvres ».

²⁹ W. LANDES et R. POSNER, « Indefinitely renewable copyright », *The University of Chicago law review*, 2003, vol. 70, n° 2, p. 477 : « Enormous tracing costs would be incurred by any would-be publisher of a new translation of the Iliad if the heirs of Homer could enforce copyright in the work, but that is only because no one knows who those heirs are ».

³⁰ C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, 2003, p. 377 : « Même en Europe, l'introduction d'une protection perpétuelle ne serait pas possible et ne résisterait pas à un contrôle de constitutionnalité ».

facilement le soutien de producteurs et autres investisseurs³¹. La gratification de l'auteur représente donc un impératif, peu importe la manière dont le droit de la création littéraire et artistique se trouve envisagé³². L'octroi d'un revenu constitue dès lors une justification solide du droit temporaire de l'auteur³³, bien qu'il ne permette pas, en lui-même, de fournir de renseignement sur la durée optimale du monopole. Toutefois, il conviendra de garder à l'esprit que l'effet incitatif n'est extensible que jusqu'à une certaine limite.

812. Le temps long des œuvres de l'esprit. La longue durée du droit d'auteur présente également l'intérêt de protéger le créateur des aléas relatifs à l'exploitation, notamment en cas de succès tardif³⁴. Ainsi, même si l'œuvre ne rencontre le succès que plusieurs décennies après sa divulgation, voire la mort de l'auteur, l'effet incitatif à la création semble, à première vue, demeurer. Il s'agit là d'une considération qui permet d'opérer une franche démarcation entre création littéraire et artistique et création industrielle. Pour ces dernières, le retour sur investissement escompté sera très souvent rapide. À l'opposé, l'économie des œuvres de l'esprit repose traditionnellement sur un temps long : « c'est qu'un livre, un tableau, donnant à leur auteur des profits moindres et plus lents qu'un grand nombre d'inventions industrielles, doivent lui profiter pendant plus longtemps »³⁵. Cet argument a eu une importance considérable et a, pour une bonne part, justifié la durée du monopole telle que nous la connaissons aujourd'hui. Il est parfaitement légitime de reconnaître au créateur un droit d'une longue durée si son livre ou sa sculpture peut mettre des décennies avant de connaître la notoriété. Rien ne serait plus injuste que de déclarer éteinte la propriété de l'auteur au moment même où un long travail de promotion allait porter ses fruits, au jour où l'œuvre devait enfin connaître la renommée. Pourtant, comme nous aurons l'occasion de le démontrer, cette justification historique ne peut plus être considérée avec autant de poids aujourd'hui.

³¹ J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois : essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, Litec, 1990, p. 177 : « La prolongation de l'existence du droit un temps conséquent après le décès de l'auteur encouragera l'investissement des éditeurs et autres exploitants et finalement, retiendra bénéfiquement sur l'ensemble des activités culturelles ».

³² É. MACK, *De la durée du droit d'auteur*, Marchal et Billard, 1893, p. 25.

³³ E. ÉMILE-ZOLA-PLACE, « L'allongement de la durée de certains droits voisins : "question d'équilibre" », *Légipresse*, 2011, p. 693 : Par exemple en matière de droits voisins : « l'allongement de la durée des droits voisins doit trouver sa contrepartie dans l'exploitation effective des catalogues phonographiques et avoir pour conséquence l'augmentation des revenus des artistes ».

³⁴ F. LÉVÊQUE et Y. MÉNIÈRE, *Économie de la propriété intellectuelle*, La Découverte, 2003, p. 75 : « Le succès d'une œuvre est incertain, et peut notamment arriver bien après la première édition. Un droit d'auteur de grande durée est alors une garantie supplémentaire pour l'auteur ou ses ayants droit d'obtenir les profits de son travail, quand bien même ils seraient tardifs ».

³⁵ A-C. RENOARD, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, éd. Jules Renouard, 1838, vol. 1, p. 473.

813. **Impact du personnalisme sur la durée de protection du monopole.** La durée de protection du monopole de l'auteur est également influencée par la vision personnaliste du droit de la création littéraire et artistique. En effet, si seule l'incitation à la création était prise en compte dans la détermination du délai de protection, celui-ci serait probablement plus court. L'approche fortement personnaliste du droit d'auteur ne peut tendre qu'à accorder une durée de protection particulièrement généreuse³⁶, afin de lier au maximum le sort de l'auteur au succès de son œuvre, même s'il n'intervient que très tardivement. Il en résulte que le droit de la création littéraire et artistique se trouve, de ce point de vue comme en toute chose, gouverné par l'approche utilitariste et l'approche personnaliste³⁷. Toutefois, c'est bien cette dernière qui prévaut ici, comme cela transparaît à travers l'ensemble du droit de la propriété littéraire et artistique, raison pour laquelle la durée des droits dépasse largement la simple durée de rentabilisation de l'œuvre. La présence du personnalisme dans la détermination du délai de protection de l'œuvre de l'esprit doit donc être prise en considération, tout ne devant pas être sacrifiée à un utilitarisme purement économique³⁸. Toutefois, le personnalisme des droits littéraires et artistiques ne saurait empêcher toute potentielle diminution de la durée des droits patrimoniaux³⁹, d'autant plus qu'il se traduit déjà largement à travers le principe d'une rémunération proportionnelle ainsi que l'existence de droits moraux.

814. **Une législation tournée vers l'auteur et ses héritiers.** Une autre justification particulièrement prégnante à la durée des droits patrimoniaux se manifeste à travers les mentions récurrentes au conjoint survivant, enfants et autres héritiers de l'auteur. Il s'agit d'un critère extrêmement important, notamment lorsque l'on souhaite connaître les raisons de la durée précise de protection du monopole. En faisant durer le droit exclusif au-delà de la vie de l'auteur, l'un des buts de la législation apparaît donc de manière évidente : il s'agit de protéger

³⁶ R. GIBLIN et K. WEATHERALL, *What if we could reimagine copyright?*, The Australian national university, 2017, p. 177 : « If we granted copyrights purely on instrumentalist grounds, we would grant the minimum we determined necessary to incentivize a socially optimal amount of creation. If we were driven exclusively by naturalist considerations, those rights would be perpetual ».

³⁷ J. REICHMAN, « The duration of copyright and the limits of cultural policy », *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 14, 1996, p. 643 : « In practice, a life-plus-fifty standard deviates from both the natural property rights thesis, which argues for perpetual protection on a par with the treatment of tangible property, and from the incentive rationale for copyright protection, which posits that free competition should only be curtailed for the minimum period needed to overcome the public goods problem inherent in intellectual creations generally ».

³⁸ S. GUTIERREZ-LACOUR, *Le temps dans les propriétés intellectuelles*, *op. cit.*, p. 221 : « Même étudiée dans sa dimension économique, l'œuvre de l'esprit semble rétive à l'adoption pure et simple du modèle économique de la valeur (utilité/rareté) [...]. L'objet du droit de propriété littéraire et artistique n'est, en réalité, pas seulement la création immatérielle, mais, semble-t-il, cette création en tant qu'elle est investie de la personnalité, de la volonté de l'auteur ».

³⁹ N. NETANEL, « Copyright and a democratic civil society », *The Yale law journal*, vol. 106, 1996, n° 2, p. 283 : « Under traditional economic incentive theory, copyright's optimal term would be no longer (and no shorter) than that required to provide a sufficient possibility of return to induce the creation and dissemination of new works ».

la famille de l'auteur. Dans certaines législations, un tel objectif a même pu conduire à faire perdurer le droit patrimonial durant toute la vie des enfants du créateur⁴⁰. La protection historique de la veuve et des enfants de l'auteur trahit, dans une certaine mesure, une vision sociale du droit d'auteur, en plus d'accentuer l'effet incitatif à la création. Se pose toutefois la question de savoir jusqu'où étendre précisément cette protection revêtue d'une dimension familiale⁴¹.

815. La protection des deux premières générations d'héritiers de l'auteur.

En réalité, l'existence d'une protection d'une durée de cinquante puis soixante-dix ans *post mortem auctoris* se justifie, pour une bonne part, par la prise en compte des héritiers de l'auteur. Plus particulièrement, et notamment à travers la Convention de Berne et la législation européenne, il est avant tout question de protéger les deux premières générations d'héritiers du créateur⁴². La protection des enfants et petits-enfants de l'auteur s'inscrit dans une volonté d'assurer la transmission d'un patrimoine aux héritiers du créateur, là où l'auteur aurait pu, en prenant un risque moindre, exercer une profession salariée et transmettre une propriété immobilière à sa descendance. Ainsi, les dernières extensions de la durée de protection des droits de l'auteur se sont essentiellement trouvées justifiées par l'augmentation de l'espérance de vie des ayants droit⁴³. Cependant, une protection de deux générations d'héritiers n'apparaît-elle pas arbitraire ? Comment justifier un tel choix ? En réalité, la protection des seules deux premières générations d'héritiers se légitime au regard de la relation pouvant exister entre l'auteur et les ayants droit : « au-delà [de deux générations], le lien avec l'auteur est en effet considéré comme trop distendu pour que ses héritiers puissent prétendre profiter de la rémunération de son travail »⁴⁴. Il en résulte que l'héritier est légitime à bénéficier des droits patrimoniaux, ne serait-ce qu'au motif d'une proximité avec l'auteur, même si celle-ci ne se

⁴⁰ C. COLOMBET, *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde : approche de droit comparé*, Litec, 1992, 2^{ème} éd., p. 83 : « au Nicaragua, le droit d'auteur persiste pendant toute la vie des héritiers de l'auteur ».

⁴¹ S. GUTIERREZ-LACOUR, *Le temps dans les propriétés intellectuelles*, *op. cit.*, p. 151 : « la subjectivité est donc ici non seulement orientée vers l'auteur, mais, témoigne d'un passé mouvementé eu égard à la durée des droits, vers sa famille ».

⁴² Directive 93/98/CEE du Conseil du 29 oct. 1993 relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, considérant 5 : « la durée minimale de protection prévue par la Convention de Berne, à savoir la durée de vie de l'auteur plus cinquante ans après la mort de celui-ci, était destinée à protéger l'auteur et les deux premières générations de ses descendants; que l'allongement des durées de vie moyennes dans la Communauté est tel que ladite durée n'est plus suffisante pour couvrir deux générations ».

⁴³ F. POLLAUD-DULIAN, « Brèves réflexions sur la loi n° 97-283 du 27 mars 1997 : durée de protection des droits d'auteur et dispositions diverses », *JCP G*, n° 22, 28 mai 1997, doct. 4024 : « L'allongement de l'espérance de vie et la volonté de couvrir plus ou moins deux générations *post mortem* ont conduit à faire passer le délai de protection de principe en droit d'auteur, de 50 ans *post mortem* à 70 ans *post mortem* ».

⁴⁴ M-A. PASCAL, *Etude comparée du droit d'auteur et des droits de la personnalité*, Thèse, Montpellier, dir. A. ROBIN, 2011, p. 527.

manifeste parfois qu'à travers la filiation. Par conséquent, le monopole et sa durée se trouvent justifiés par une série de critères qui concordent à établir le délai de protection de soixante-dix ans *post mortem auctoris* de droit positif. Pourtant il est possible d'émettre des réserves quant à la pertinence de l'effet incitatif à la création, de la réalité du temps long du cycle d'exploitation de l'œuvre, de l'importance du personnalisme ou de la prise en compte des héritiers de l'auteur dans la détermination du délai de protection. En réalité, ces justifications ne permettent pas de masquer l'excès de ce délai, notamment face à l'accélération du cycle d'exploitation des œuvres décuplée par Internet.

§2 : Excès du délai de protection de l'auteur et de ses ayants droit

816. **Longévité pernicieuse du monopole de l'auteur.** L'augmentation constante de la durée des droits patrimoniaux de l'auteur, traduisant « une tendance vers la perpétuité »⁴⁵ aux dires de Monsieur le Professeur Jean-Michel Bruguière, est révélatrice de la dynamique dont sont aujourd'hui empreints droit d'auteur et *copyright*. La fuite en avant vers une propriété toujours plus complète et omnipotente s'avère particulièrement dommageable pour les intérêts du public, raison pour laquelle la question de la durée du droit patrimonial ne saurait être éludée dans le cadre de cette étude. Afin de remettre en cause les justifications traditionnelles à la durée de protection du droit d'auteur, nous adopterons ici une approche économique dans le but de remettre en perspective la durée du monopole et ses effets concrets. Nous constaterons ainsi l'accélération patente du cycle d'exploitation des œuvres de l'esprit (I), pour ensuite dénoncer la démesure de la durée du droit patrimonial de l'auteur (II).

I : Accélération patente du cycle d'exploitation des œuvres de l'esprit

817. **Un effet incitatif surestimé dès les origines : le cas des opéras italiens.**
À travers plusieurs exemples, nous allons ici revenir sur l'accélération du cycle d'exploitation

⁴⁵ J-M. BRUGUIÈRE, « Faits et méfaits de la perpétuité dans la propriété littéraire et artistique », *Propriété industrielle*, n° 10, oct. 2010, doss. 10 ; V. ég. V-L. BENABOU, « Puiser à la source du droit d'auteur », *op. cit.*, p. 79 : « La propension à la perpétuité accrédite l'idée, peu populaire, d'une rente de situation, sans plus de lien avec l'auteur du travail qui est à l'origine des recettes, ni même avec les besoins de retour sur investissement ».

des œuvres. Il apparaît, au préalable, intéressant de mettre en évidence la surestimation de l'effet incitatif attendu du droit patrimonial, en prenant l'exemple des œuvres d'opéra. Plus précisément, il s'agit ici une étude portant sur près de deux-mille-six-cents opéras italiens, représentés entre 1770 et 1900, qui va retenir notre attention⁴⁶. Afin de déterminer les effets de la durée de protection sur l'incitation à la création et la qualité des opéras (évaluée à partir du nombre de représentations), les chercheurs ont recoupé de très nombreuses données issues de régions différentes. Les résultats sont surprenants puisqu'il ressort de l'étude que, passé un délai de protection de trente ans à compter de la création de l'œuvre, si la qualité des œuvres demeure stable, la quantité d'œuvres produites tend à diminuer⁴⁷. Il ressort de cette recherche qu'une création de qualité est favorisée lorsque le délai de protection est compris entre dix et trente ans à compter de la création. Ce délai est donc bien loin d'une protection de soixante-dix ans *post mortem auctoris*. Cette analyse de l'impact de la durée de protection a pour mérite de prouver que l'incitation à la création ne suit pas une courbe rectiligne uniforme à mesure que la durée du droit est accrue. Bien au contraire, à compter d'un certain seuil, l'ajout d'une protection supplémentaire s'opère au détriment de la quantité d'œuvres produites par l'auteur, sans que ces créations plus rares s'avèrent d'une qualité nécessairement supérieure. Toutefois, il convient de ne pas tirer de conclusions hâtives de cette seule étude à ce stade. Rappelons que l'analyse concerne une unique catégorie d'œuvre qui peut connaître des spécificités étrangères à d'autres secteurs et donc d'autres œuvres. Surtout, cette étude porte sur des données recueillies entre le XVIIIème et le XIXème siècle. Or, de nombreuses modifications technologiques, industrielles et comportementales sont intervenues depuis lors, ce qui implique que la même étude aboutirait sans doute à un résultat différent si elle devait être menée aujourd'hui. Nous retiendrons néanmoins que l'effet incitatif à la création de la durée de protection était très probablement surestimé dès les origines des législations sur la création littéraire et artistique.

818. Accélération du cycle d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle. Afin d'évaluer l'effet réel de la durée de protection sur l'incitation à la création, il est préférable d'étudier des œuvres contemporaines. À ce titre l'œuvre audiovisuelle, relativement récente par contraste aux opéras italiens du XVIIIème siècle, se révèle un objet d'étude idéal. Dans un article publié en

⁴⁶ M. GIORCELLI et P. MOSER, *Copyrights and creativity – evidence from Italian operas in the Napoleonic age*, National bureau of economic research working paper series, déc. 2016, p. 26.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 26 / « Extensions beyond life + 10 are associated with 1.1 new operas per state and year, less than one third of the effect implied by the initial adoption of copyrights. Extensions beyond life + 30 are associated with a decline in output, and they are not statistically significant ».

2011⁴⁸, Madame le Professeur Françoise Benhamou et Madame Stéphanie Peltier, économistes, se sont justement intéressées au cycle d'exploitation des œuvres audiovisuelles en France. L'étude portait ici sur la part des recettes des œuvres audiovisuelles en fonction de chaque diffusion télévisuelle. *A priori*, il est légitime d'escompter une rémunération plus importante lors des premières diffusions. C'est bien ce qui est mis en évidence dans l'article dont il est question car, pour l'année 1995, la première diffusion représentait à elle seule un peu moins de quarante pour cent des recettes télévisuelles de l'œuvre⁴⁹. Néanmoins, ce qui apparaît bien plus édifiant est l'évolution de cette proportion entre 1995 et 2004 : en moins de dix ans, la donne avait totalement changé, la première diffusion concentrant à présent plus de soixante-quinze pour cent des recettes reversées aux auteurs, la seconde diffusion s'écroulant de dix-neuf à quatre pour cent des recettes totales⁵⁰. Il va sans dire que, dans ce contexte, les nombreuses diffusions suivantes ne représentent qu'une part résiduelle des sommes générées par l'œuvre, chaque représentation étant toujours moins fructueuse que la précédente. Ainsi, la première diffusion, qui occupait déjà une place centrale en 1995, est rapidement devenue de très loin la principale source de revenus concernant la représentation télévisuelle. Ce qui est ici mis en évidence n'est rien d'autre que l'accélération du cycle d'exploitation des œuvres de l'esprit impliquant que la durée sur laquelle l'œuvre produit des fruits se concentre dans une échelle de temps toujours plus courte. Autrement dit, l'œuvre, sans nécessairement perdre en valeur absolue, épuise bien plus rapidement son potentiel économique.

819. Épuisement rapide du potentiel économique de l'œuvre en matière musicale. Afin de démontrer que cette accélération n'est pas un phénomène isolé à un secteur créatif particulier, nous pouvons prendre cette fois-ci l'exemple des œuvres musicales. Dans une étude datant de décembre 2020, deux économistes américains retraçaient le cycle d'exploitation de mille deux cents albums créés entre 2008 et 2017⁵¹. Le panel était constitué d'œuvres très diverses et représentatives de la globalité de l'offre musicale d'outre-Atlantique. L'étude met bien entendu en évidence que l'écrasante majorité des ventes physiques et

⁴⁸ F. BENHAMOU et S. PELTIER, « Le droit d'auteur, incitation à la création ou frein à la diffusion ? Une analyse empirique du cas de la création télévisuelle », *Revue d'économie industrielle*, n° 135, 2011, p. 47.

⁴⁹ *Ibidem* : « Pour une œuvre diffusée en 1995-1996, trente-neuf pour cent des versements SACD proviennent de la première diffusion, dix-neuf pour cent de la deuxième et six pour cent de la troisième, seize pour cent des rediffusions au-delà de la troisième fenêtre d'exploitation et vingt pour cent de toutes les autres exploitations ».

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ K. GARCIA, J. HICKS et J. MCCRARY, « Copyright and economic viability : evidence from the music industry », *Journal of empirical legal studies*, vol. 17, n° 4, 2020 p. 696.

numériques ont lieu durant la première année⁵². Plus intrigante est cependant la trajectoire de la courbe figurant les revenus moyens de l'œuvre musicale au fil des années. Au regard des délais de protection applicables en France comme aux États-Unis d'Amérique, l'on pourrait s'attendre à un pic de revenus les premières années, suivie d'une lente décroissance sur plusieurs décennies. Or, il n'en est rien. Au contraire, les chercheurs mettent en évidence que, passé un délai de seulement cinq ans, l'immense majorité du potentiel économique de l'œuvre est déjà épuisé. Les courbes relatives à l'exploitation de l'œuvre ne suivent donc pas une pente douce, mais une chute vertigineuse. L'étude dissocie ensuite les œuvres peu populaires de celles battant les records de vente. Si ces dernières rapportent bien davantage de fruits que les autres au long de leur exploitation, la répartition des revenus dans le temps demeure strictement la même, l'essentiel des fruits de l'œuvre étant captée les premières années. En réalité, seules les œuvres qui présentent un retentissement absolument exceptionnel, qui intègrent la culture populaire, parviennent à produire des revenus substantiels au-delà de dix ans⁵³. Toutefois, pour la quasi-totalité des œuvres, le constat est sans appel : « the average work has exhausted its commercial potential long before the term of copyright protection expires »⁵⁴. Il en résulte que l'accélération du cycle d'exploitation des œuvres est un phénomène généralisé, dont rien ne permet de penser, *a priori*, qu'il épargne certains secteurs de la création.

820. Source de l'accélération du cycle d'exploitation des œuvres. Le phénomène d'accélération du cycle d'exploitation des œuvres ayant été mis en évidence, il est opportun de s'interroger sur ses causes. Cette dynamique est, sans étonnement, intimement liée à l'évolution technologique, celle-là même qui avait justifié l'émergence de droits sur la création littéraire et artistique. Avec l'imprimerie, le phonogramme et la pellicule notamment, les auteurs ont trouvé de prodigieux vecteurs pour leurs œuvres. Toutefois, cette transmission de l'œuvre au public se révélait parfois laborieuse. L'œuvre ne pouvait pas toujours être imprimée à un grand nombre d'exemplaires, les copies étaient parfois rares et indisponibles dans la plupart des pays. Ainsi, à travers l'œuvre, l'auteur ne rencontrait pas toujours son public et, lorsque cela était enfin le cas, la diffusion de l'œuvre s'opérait sur des décennies avant que la création n'ait eu le temps de suffisamment circuler pour épuiser son potentiel économique. Entre le milieu du XVème

⁵² *Ibidem* : « Track sales volume declines to only 20 percent of its initial peak after one year of release, and slowly declines to a negligible volume ».

⁵³ A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 262 : « La durée d'exploitation d'un grand nombre d'œuvres ne dépasse pas quelques années. Si une œuvre littéraire présente encore un intérêt dix ans après sa publication c'est généralement parce qu'elle a changé de statut pour devenir une référence culturelle, et elle devrait alors être mise à la disposition de tous ».

⁵⁴ K. GARCIA, J. HICKS et J. MCCRARY, « Copyright and economic viability : evidence from the music industry », *op. cit.*, p. 696.

et le début du XX^{ème} siècle, si certains médias sont nés, il leur manquait la célérité. Or, le télégraphe, la radiodiffusion et la télévision ont offert aux auteurs et à leurs intermédiaires le moyen de toucher toujours plus rapidement le public, amorçant l'accélération du cycle d'exploitation des œuvres. Nous sommes aujourd'hui au pinacle de cette accélération du fait de l'émergence et de la démocratisation de ce qui est à ce jour le médium le plus performant en termes de diffusion de l'information, des formes et des idées : Internet. Si l'œuvre est aujourd'hui en mesure d'être connue et directement accessible à une grande partie de la population mondiale, c'est par la combinaison de l'ensemble des moyens de communication modernes, permettant à l'auteur de ne plus avoir à attendre patiemment le succès de son œuvre – avec quelques rares exceptions il est vrai. Nous avons donc toutes les raisons de penser que le rythme que connaît l'exploitation des œuvres n'est pas près de revenir à celui des siècles précédents. Au contraire, les évolutions technologiques à venir ont toutes les chances de contribuer à l'épuisement toujours plus rapide du potentiel économique de l'œuvre de l'esprit. La tendance n'étant dès lors pas purement temporaire ou conjoncturelle, elle semble particulièrement propice à la remise en question la durée de protection du monopole de l'auteur.

821. Détermination de la durée de protection optimale du monopole. Que pensent les économistes de la durée de protection dominante, comprise entre cinquante et soixante-dix ans *post mortem auctoris* ? Selon une étude de 2009 de Monsieur Rufus Pollock, la durée de protection serait bien trop longue. Ce constat n'est guère surprenant au regard de l'ensemble des éléments que nous venons d'étudier. En réalité, selon l'auteur, il est extrêmement probable que la durée de protection optimale du droit d'auteur se situe en dessous du seuil de trente ans à compter de la divulgation de l'œuvre⁵⁵. La proposition de l'économiste consiste en la mise en place d'une durée de protection de quinze années, ce qui contraste très fortement avec la longévité du droit actuellement reconnu⁵⁶. À noter que ce délai ne couvre pas le simple retour sur investissement, qui ne procurerait pas ou peu de bénéfices à l'auteur, mais le temps

⁵⁵ R. POLLOCK, « Forever minus a day ? Calculating optimal copyright term », *Review of economic research on copyright issues*, 2009, vol. 6, n° 1, p. 35 : « One can be extremely confident that copyright term should be 50 years or less – and it is highly likely that optimal term should be under 30 years » ; V. ég. Commission d'expertise pour la recherche et l'innovation, Rapport 2015, Allemagne, p. 61 : « Dans la littérature économique, il existe essentiellement des preuves d'un effet d'incitation positif du droit. Cependant, les économistes sont sceptiques quant aux extensions récentes des termes du droit d'auteur. Plusieurs études historiques suggèrent que la protection du droit d'auteur par l'augmentation des revenus et l'entrée croissante des créateurs sur le marché génèrent des effets économiques positifs. Cependant, les effets macroéconomiques positifs ne sont démontrés que pour les périodes de protection inférieures à 30 ans. Les conclusions empiriques corroborent les préoccupations exprimées ces dernières années contre l'extension ou le renforcement de la protection existante du droit d'auteur ».

⁵⁶ R. POLLOCK, « Forever minus a day ? Calculating optimal copyright term », *op. cit.*, p. 35 : « The estimate obtained for optimal term (15 years) is far below the length of copyright in almost all jurisdictions. [...] we confirmed using a variety of robustness checks that current copyrights are almost certainly too long ».

nécessaire pour s'assurer que l'auteur tirera le maximum des profits attendus sur l'œuvre. D'autres auteurs concluent à durée optimale de protection de vingt-cinq ans à compter de la divulgation afin de maximiser la création tout en liant l'auteur au succès de sa création⁵⁷. L'analyse des économistes doit-elle cependant prévaloir dans la détermination de la durée des droits patrimoniaux de l'auteur ? Une chose est certaine, ces constatations doivent être prises en considération et mener à une réflexion sur la pertinence de la durée attachée au monopole d'exploitation, dont nous allons à présent nous atteler à établir la démesure.

II : Démesure de la durée du droit patrimonial face à l'accélération du cycle d'exploitation des œuvres

822. Inopportunité d'une extension de la durée de protection du monopole.

La remise en cause de la durée actuelle reconnue au droit patrimonial de l'auteur peut légitimement commencer par le questionnement des dernières extensions de la durée des droits en France et ailleurs⁵⁸. Notamment, le passage d'une protection de cinquante à soixante-dix ans *post mortem auctoris* apparaît très difficilement justifiable au regard des éléments que nous avons précédemment exposés. En réalité, l'augmentation de vingt ans de la durée de protection présente un effet incitatif extrêmement limité, si tant est qu'il existe⁵⁹. Comme le relève Monsieur le Professeur Jérôme Huet, cette augmentation du délai de protection ne trouve aucune justification sur le plan économique⁶⁰. Là où l'allongement de la durée de vie et la

⁵⁷ R. GIBLIN et K. WEATHERALL, *What if we could reimagine copyright?*, *op. cit.*, p. 199 : « Given the time value of money and cultural depreciation, the potential to earn money from a work after the first 25 years would do little or nothing to persuade a rational investor to make the work in the first place » ; Pour un exposé exhaustif des études économiques relatives à la question, V. D. BÉLOT, *La durée de protection en droit d'auteur et droits voisins*, Thèse, Lyon III, dir. E. TREPPOZ, 2017, p. 369.

⁵⁸ C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, 2003, p. 329 : « Il faut alors se demander si une durée de 70 ans aura un effet plus incitatif qu'une durée plus courte, ce qui est peu probable sachant que ces œuvres ont souvent des durées de vie très réduites et sont vite dépassées ».

⁵⁹ M. MACGARVIE et P. MOSER, *Copyright and the profitability of authorship : evidence from payments to writers in the romantic period*, *op. cit.*, p. 23 : « modern changes increase the length of copyright starting from a high base of pre-existing rights, at 50 years or more beyond the death of authors. At extremely high levels of pre-existing rights, the incentive effects of an additional year are likely to be small. The costs of stronger copyrights in terms of limiting diffusion, however, may be substantial » ; V. ég. J-M. BRUGUIÈRE, « Faits et méfaits de la perpétuité dans la propriété littéraire et artistique », *op. cit.* : « Cet allongement de durée de protection n'entraîne pas *a priori* un surplus de création comme cela est souvent dit. Qui peut croire que la prolongation d'une durée de vingt ans va changer la donne en termes d'incitation ? ».

⁶⁰ J. HUET, « Un bien qui répand la terreur : le droit d'auteur – et ses avatars (ou : quand il faut interdire d'interdire) », *RLDI*, n° 73, 1^{er} juill. 2011 : « le passage de 50 à 70 ans de la durée de protection (en France),

nécessité de protéger les enfants et petits-enfants de l'auteur étaient avancés comme fondements de l'extension des droits, les études économiques apportent la preuve que cet allongement ne sera profitable aux héritiers que dans de très rares hypothèses, même l'auteur n'ayant pas l'utilité d'une protection durant l'intégralité de sa vie⁶¹. Il en résulte que les extensions récentes du délai de protection ont reposé sur des critères non pertinents et que de tels allongements n'auraient pas dû avoir lieu.

823. **Le *Copyright term extension act*.** Pour illustrer notre propos, il est possible de puiser dans l'histoire récente en faisant référence au *Copyright term extension act*⁶². C'est ce texte qui a fait écho à l'harmonisation européenne du délai de protection de l'œuvre, induisant une extension de la durée du droit d'auteur aux États-Unis d'Amérique. Ce texte, impulsé sous l'effet d'un lobbying particulièrement efficace⁶³, portait notamment la durée de protection de cinquante à soixante-dix ans après la mort de l'auteur. Toutefois, en ce qui concerne les œuvres anonymes, pseudonymes ou encore les œuvres de commande (*work made for hire*), le délai était porté de soixante-quinze à quatre-vingt-quinze ans suivant la première publication et jusqu'à cent vingt ans suivant la création de l'œuvre. Avant même l'entrée en vigueur de la loi, celle-ci faisait l'objet d'une vive contestation pour les raisons que nous allons à présent évoquer.

824. **Faible impact positif du *Copyright term extension act*.** À l'annonce d'une extension de la durée de protection du *copyright*, nombreux se sont interrogés sur la pertinence d'un tel allongement du monopole. Il était en effet souligné que trop rares sont les auteurs qui auront l'opportunité de bénéficier de ce délai supplémentaire, de tel sorte qu'il n'existe pas d'effet incitatif à la création quantifiable⁶⁴. À l'occasion de plusieurs études menées spécifiquement à la demande du Congrès américain, il a été établi que seules deux pour cent

qu'aucune étude économique n'a pu justifier, et que l'on doit seulement à l'appétit de certains de voir prolonger les revenus qu'assure le droit d'auteur ».

⁶¹ Pour un écho à cet argument en matière de droits voisins : S. LE CAM, « Extension de la durée des droits voisins : faux-semblants d'une protection en trompe-l'œil », *Juris art etc*, 2015, n° 27, p. 21 : « si cinq pour cent des artistes-interprètes vivent de leur profession, il semble donc *a priori* que les autres rencontrent des difficultés pour subvenir à leurs besoins bien avant la fin de leur carrière ».

⁶² *Sonny Bono Copyright term extension act*, Public law 105-298, 27 oct. 1998.

⁶³ M. CORNU, « Le droit de la culture dans les turbulences du marché mondial » in M. VIVANT, *Propriété intellectuelle et mondialisation, La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Dalloz, 2004, p. 73 : « L'option a été prise d'allonger le temps du monopole au noble motif de renforcer la protection, sous-entendue la protection des créateurs. Mais on doutera que cet allongement soit, de ce point de vue, véritablement un progrès. Le mécanisme profitera au premier chef aux titulaires de droits autres que les auteurs, en particulier les investisseurs ».

⁶⁴ Cour suprême des États-Unis d'Amérique, 15 juin 2003, n° 01-618, *Eldred c/ Ashcroft*, p. 254 : « No potential author can reasonably believe that he has more than a tiny chance of writing a classic that will survive commercially long enough for the copyright extension to matter ».

des œuvres bénéficiaient pleinement du délai de protection existant avant l'extension⁶⁵. Plusieurs autres études, y compris en France⁶⁶, n'ont encore fait que confirmer le très faible impact positif du *Copyright term extension act*. L'incitation à la création, qui avait été un argument de poids dans le choix d'un allongement de la durée des droits, est pour ainsi dire inexistante dans les faits. Encore une fois, démonstration est faite que plus de durée n'implique pas nécessairement plus d'œuvres. Jamais un auteur, que ce soit aux États-Unis ou en France, n'aura l'espoir légitime, au moment de la création, de tirer un bénéfice de son œuvre sept ou neuf décennies plus tard⁶⁷.

825. Contestation judiciaire infructueuse du *Copyright term extension act*. Face à l'allongement du *copyright*, la Cour suprême des États-Unis d'Amérique fut saisie d'un contentieux visant à contester la constitutionnalité de la loi⁶⁸. Rappelons que la Constitution américaine s'intéresse directement à la question de la durée des droits de propriété intellectuelle, exigeant que celle-ci soit limitée⁶⁹. Le collectif à l'origine de l'action, représenté devant la Cour par Monsieur le Professeur Lawrence Lessig, n'a pas vu ses deux principaux arguments prospérer. D'une part, il était argué que l'extension de la durée des droits portait atteinte à la liberté d'expression, car repoussant l'arrivée de l'œuvre dans le domaine public. D'autre part, le collectif considérait que la durée des droits atteignait un tel stade qu'elle confinait à la perpétuité, pourtant proscrite par la Constitution. La Cour suprême a cependant retenu que l'extension ne portait pas atteinte à la liberté d'expression, l'œuvre ayant toujours vocation à intégrer le domaine public. Par-dessus tout, la Cour a rejeté la conception selon laquelle une protection de quatre-vingt-quinze ans pour certaines œuvres à compter de leur divulgation était équivalente à une perpétuité du droit. Si la position du collectif était difficile à défendre,

⁶⁵ Etude reprise par le juge Breyer de la Cour suprême dans son avis dissident dans la décision *Eldred*, Cour suprême des États-Unis d'Amérique, 15 juin 2003, n° 01-618, *Eldred c/ Ashcroft*, p. 248.

⁶⁶ F. LÉVÊQUE et Y. MÉNIÈRE, *Économie de la propriété intellectuelle*, La découverte, 2003, p. 113 : « Les bénéfices en termes d'incitations à la création – et donc d'une production supplémentaire d'œuvres littéraires et artistiques pour la société – sont négligeables. Dans le cas d'une œuvre produite 30 ans avant le décès de son auteur, d'un flux annuel constant de redevance et d'un taux d'actualisation de sept pour cent, la protection supplémentaire de vingt ans rapportera seulement 0,33 pour cent aux ayants droit. Qui parierait alors que cet allongement se traduira par des efforts supplémentaires de création ? ».

⁶⁷ E. RAPPAPORT, *Copyright term extension : estimating the economic values*, Rapport à l'attention du Congrès américain, 11 mai 1998 : « The wildest dreams of artists and producers probably extend no farther than “smash hit” status for their works for a year or two, and healthy sales for five or ten. It is hard to imagine anyone intensifying their efforts on the expectation of their work being commercially viable beyond 75 years ».

⁶⁸ Cour suprême des États-Unis d'Amérique, 15 juin 2003, n° 01-618, *Eldred c/ Ashcroft*, p. 186.

⁶⁹ Constitution des États-Unis d'Amérique, art. 1, sect. 8, al. 8 : « To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries ».

son action a eu le mérite d'initier une opposition à l'accroissement déraisonné de la durée des droits patrimoniaux.

826. Une durée de protection rarement profitable. Parmi les critères avancés lors de la contestation de l'extension du délai outre-Atlantique, l'argument selon lequel la durée de protection profite rarement aux auteurs était central. Le fait que seules de très rares œuvres possèdent encore un potentiel économique après la première décennie implique que très peu d'auteurs tirent un profit complet de la durée de protection de droit positif⁷⁰. Ainsi, dans le but de procurer une rémunération supplémentaire pour un nombre extrêmement faible d'œuvres, le droit de la propriété littéraire et artistique accorde un droit particulièrement long sur la totalité des œuvres. Cette protection supplémentaire, très souvent inutile, verrouille l'accès à l'œuvre⁷¹ là où elle pourrait légitimement être élevée au domaine public sans préjudice. En réalité, le délai actuel tend à favoriser les titulaires d'œuvres déjà populaires, tout en freinant l'accès à l'ensemble des créations contemporaines. En outre, la longévité du droit patrimonial est favorable au passage de l'œuvre au statut d'œuvre orpheline, supposant des dépenses supplémentaires dans le but d'identifier les ayants droit⁷².

827. Effets délétères d'une durée de protection excessive de l'œuvre. D'autres effets néfastes peuvent accompagner la reconnaissance d'un délai excessif pour l'immense majorité des œuvres. Pour Monsieur André Bertrand, la durée actuelle de protection ne repose sur aucun élément sérieux et entraîne deux principaux effets pervers⁷³. D'une part, les producteurs ne sont pas incités à utiliser certaines œuvres encore protégées⁷⁴ car, par principe, la non-exploitation n'est sanctionnée par aucune déchéance du droit. D'autre part, les détenteurs de droits des œuvres qui font référence sont placés, du fait du monopole, dans une

⁷⁰ E. MACKAAY, « La perspective économique » in M. WALTER, *La durée de protection du droit d'auteur et des droits voisins*, Medien und Recht Publishing, 2012, p. 380 : « La durée actuelle du droit d'auteur s'étend bien au-delà des besoins de la vaste majorité des créateurs. Seule une infime proportion d'entre eux en tire vraiment profit » ; V. ég. N. MOUREAU et A. MARCIANO, « Durée optimale de protection : les économistes battent la mesure », *Juris art. etc.*, 2013, n° 3, p. 22.

⁷¹ E. MACKAAY, « La perspective économique » *op. cit.*, p. 381 : « Puisque le droit d'auteur est uniforme et automatiquement obtenu pour les différents créateurs, les modifications recherchées par les grands joueurs renforcent en même temps les droits de la vaste majorité d'autres titulaires, qui n'en ont pas besoin, et de ce fait verrouillent beaucoup d'expressions culturelles sans nécessité ».

⁷² N. MOUREAU et A. MARCIANO, « Durée optimale de protection : les économistes battent la mesure », *op. cit.*, p. 22 ; V. ég. A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 262 : « Ce mode de calcul oblige également les utilisateurs d'œuvres à se livrer à des recherches d'abord pour connaître la date de création des œuvres, puis celle du décès de l'auteur, avant de les obliger à poursuivre des recherches généalogiques pour localiser les ayants droit ».

⁷³ *Ibidem*, p. 261.

⁷⁴ E. MACKAAY, « Le droit d'auteur et la renaissance digitale » *op. cit.*, p. 258 : « A mesure qu'on renforce un droit d'auteur existant, l'augmentation de l'effet incitatif diminue et il arrive un point où le renforcement supplémentaire diminue l'effet stimulateur d'innovation ».

situation de position dominante dont il est aisé d'abuser. Cette absence d'incitation à la création et ce statut de propriétaire-souverain du titulaire du monopole participent du déséquilibre des forces au sein du droit de la création immatérielle⁷⁵. Le maintien du monopole durant une période excessive présente ainsi de nombreux effets délétères sur le droit de la création immatérielle⁷⁶. Il apparaît donc impératif de procéder à une réduction de la durée du monopole afin d'harmoniser au mieux les intérêts de l'auteur et de la société⁷⁷. Néanmoins, une amputation du monopole d'une partie de sa durée n'est pas sans susciter de difficultés.

828. Le cas des succès tardifs et intergénérationnels. La diminution du délai de protection des droits patrimoniaux pourrait éventuellement causer un réel préjudice à l'auteur dans deux hypothèses. D'une part, l'œuvre peut connaître un succès intergénérationnel, c'est-à-dire que son exploitation commerciale se révèle fructueuse de manière ininterrompue durant des décennies. Cette hypothèse, qui correspond à une très faible proportion d'œuvres, se rencontre pour les créations les plus profondément ancrées dans la culture populaire et faisant l'objet de rééditions fréquentes⁷⁸. D'autre part, la création pourra rencontrer un succès tardif, impliquant que l'œuvre ne connaisse un succès commercial qu'une fois son droit patrimonial expiré. Ce cas de figure se révèle lui aussi rare et ne peut tendre qu'à le rester du fait de l'accélération du cycle d'exploitation des œuvres. Néanmoins, les auteurs de ces créations ne sauraient être négligés au seul motif qu'ils représentent une minorité de créateurs. Dès lors, ces deux formes atypiques de succès doivent-elles exercer une influence sur la durée du monopole ? Concernant le succès intergénérationnel, la réponse doit être négative. En effet, les œuvres ici concernées vont procurer à leur auteur de très importants revenus, bien assez pour que l'œuvre leur prodigue un revenu substantiel durant de très nombreuses années. Il serait peu opportun d'étendre la durée de protection de ces œuvres durant toute leur exploitation,

⁷⁵ B. FABRE, *La crise du droit d'auteur : une approche systémique*, Thèse, Aix-Marseille, dir. J. FRAYSSINET, 2012, p. 360 : « L'extension de l'étendue temporelle de la protection du droit d'auteur et des droits voisins, et la mise en place du test en trois étapes, participent directement à vider de leur substance le droit d'accès à la culture, la liberté de création et plus largement la liberté d'expression » ; V. ég. F. LÉVÊQUE et Y. MÉNIÈRE, *Économie de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 114.

⁷⁶ A-C. RENOARD, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, éd. Jules Renouard, 1838, vol. 1, p. 467 : « le renchérissement perpétuel des livres, la destruction absolue de toute concurrence, pour le présent et pour l'avenir, en ralentissant la circulation des idées, porteraient aux progrès sociaux un mortel préjudice ».

⁷⁷ R. POLLOCK, « Forever minus a day ? Calculating optimal copyright term », *Review of economic research on copyright issues*, op. cit., p. 35 : « There is a significant role for policymakers to improve social welfare by reducing copyright term » ; V. ég. D. BÉLOT, *La durée de protection en droit d'auteur et droits voisins*, Thèse, Lyon III, dir. E. TREPPOZ, 2017, p. 345.

⁷⁸ J. HUGUES, « Fair use across time », *University of California, Los Angeles Law review*, vol. 43, 2003, p. 775 : « At the end of 2000 and the beginning of 2001, the "Beatles 1" greatest hits collection occupied the top of the Billboard charts for at least seven weeks ».

sauf à distinguer injustement entre les œuvres et à rapprocher le droit d'auteur du droit de marques. S'agissant des succès tardifs, la limitation de la durée des droits pose davantage de difficultés car elle est susceptible d'être source d'une profonde injustice. Ici, l'auteur, malgré son mérite et ses efforts, ne participera pas au succès de son œuvre avant son entrée dans le domaine public. Le choix d'un délai de protection particulièrement court pouvant être néfaste dans ce type d'hypothèse, un compromis devra être envisagé, celui-ci ne devant conduire à déséquilibrer à nouveau la matière.

829. La durée du monopole, révélateur d'une perte de vue de la finalité sociale du droit d'auteur. Au fond, toutes ces constatations relatives à l'excès du délai de protection de l'œuvre procèdent d'un phénomène déjà mis en évidence à différentes reprises : la perte de vue de la finalité sociale du droit d'auteur. La durée du monopole, en tant qu'enjeu majeur de la matière, porte naturellement la marque des dérives du droit positif, comme un défaut structurel se retrouvant au sein de chaque organe d'un ensemble. En attribuant au titulaire un droit d'une durée inadaptée⁷⁹, le législateur démontre qu'il n'est plus guidé par le cap de la finalité sociale des droits, mais davantage par des arguments d'opportunité à la validité parfois douteuse⁸⁰. L'intérêt de la société tout entière, à travers le domaine public, doit être davantage pris en compte⁸¹ afin que l'accès aux œuvres soit moins dépendant du bon vouloir de l'auteur ou de son concessionnaire. La durée de protection de l'œuvre représente sans doute la frontière la plus éloquente entre les différents intérêts qui innervent la création littéraire et artistique, raison pour laquelle sa diminution ne peut qu'avoir un impact sincère, permettant de recentrer la matière autour de sa finalité sociale⁸². C'est pour cette raison que la durée du monopole, et corollairement la vitesse d'accession de l'œuvre au domaine public, représente un enjeu essentiel de notre démonstration.

⁷⁹ M. VIVANT, « Conclusion : l'intérêt général » in M. BUYDENS et S. DUSOLLIER, *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, 2008, p. 285 : « La propriété intellectuelle, ainsi pratiquée (je n'ose dire : ainsi conçue, car alors elle ne l'est point), devient un droit qui s'étend partout, qui prétend tout verrouiller. Remarquable exemple : le droit d'auteur naît pour une durée de cinq ans, puis ce seront vingt ans, 50 ans *post mortem auctoris*, 70 ans encore *post mortem auctoris* ! ».

⁸⁰ *Ibidem* : « La réalité, qu'il ne faut pas perdre de vue, est, en effet, que nous avons affaire à une propriété intellectuelle arrogante, c'est-à-dire à une propriété intellectuelle qui très largement a oublié quelle était sa fonction, qui, sous la pression des lobbies, avance sans raison, sur une dynamique propre un peu folle ».

⁸¹ C. GEIGER, J. PASSA et M. VIVANT, « La proposition de directive sur l'extension de la durée de certains droits voisins : une remise en cause injustifiée du domaine public », *Propriétés intellectuelles*, n° 31, avr. 2009, p. 149 : « Le domaine public fait partie intégralement de la philosophie inhérente aux droits de propriété intellectuelle, ces droits étant des droits limités par nature, tant dans leur objet, leur périmètre et leur durée. Nier le domaine public, c'est nier l'esprit même des droits de propriété intellectuelle ».

⁸² V-L. BENABOU, « Puiser à la source du droit d'auteur », *op. cit.*, p. 79 : « Une meilleure perception du droit d'auteur pourrait, sans dommage pour la protection, s'accommoder d'une modulation de la durée. En serait ainsi réaffirmée la finalité sociale ».

830. **Durée de protection et verrou conventionnel.** Avant d'envisager une réduction de la durée du monopole d'exploitation, il faut garder à l'esprit que celle-ci se trouve protégée par les traités internationaux. En effet, la Convention de Berne, auquel la France est partie, prévoit une durée de protection de cinquante ans *post mortem auctoris*. Cette durée de protection, si elle ne connaît aucun plafond, représente cependant un minimum que chaque État doit garantir⁸³. Par conséquent, abaisser la durée de protection du droit patrimonial suppose une révision préalable des traités internationaux qui s'avère extrêmement peu probable à court ou moyen terme, si tant est qu'une volonté claire et commune se dégage en faveur d'un tel raccourcissement. Le droit de la création littéraire et artistique ayant été très majoritairement conçu autour de l'intérêt de l'auteur, son édification s'est naturellement orientée vers un allongement continu des délais de protection. Ainsi, l'effet de verrou conventionnel⁸⁴ s'étend à la durée de protection du droit d'auteur⁸⁵, difficulté dont nous devons avoir conscience au moment de suggérer un retour du monopole à une temporalité plus raisonnable.

Section II : Raccourcissement de l'étendue temporelle des droits du créateur

831. **Nécessité d'une réduction de la durée de protection du monopole.** Eu égard à la totalité des éléments développés en amont, la réduction des droits patrimoniaux semble désirable, notamment lorsqu'est effectuée une mise en balance des intérêts et droits en présence⁸⁶. Il est essentiel d'adopter une vision pragmatique de la durée du droit d'auteur, afin que, tout en servant les intérêts du créateur, il coïncide avec la réalité économique contemporaine. Dans l'optique d'une refonte du délai de protection du monopole, au moins deux raisonnements ne peuvent être éludés. Premier raisonnement, celui relatif à la fixation du

⁸³ Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886, art. 7 (1) ; V. S. VON LEWINSKI, « Les conventions internationales et la durée de protection du droit d'auteur dans les législations nationales – étude de droit comparé » in M. WALTER, *La durée de protection du droit d'auteur et des droits voisins*, Medien und Recht Publishing, 2012, p. 330.

⁸⁴ V. *supra* n° 453.

⁸⁵ R. GIBLIN et K. WEATHERALL, *What if we could reimagine copyright?*, *op. cit.*, p. 209 : « We are welded to inexorable copyright terms via international treaties that make it virtually impossible to deal with term on a logical basis » ; V. ég. N. MOUREAU et A. MARCIANO, « Durée optimale de protection : les économistes battent la mesure », *op. cit.*, p. 22 : « L'allongement de la durée qui a été décidé crée des irréversibilités ou un effet de cliquet qu'il sera difficile de supprimer ».

⁸⁶ C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, *op. cit.*, p. 330 : « il est fortement probable vu les fortes justifications qui sous-tendent la limitation de la durée du droit, qu'une mise en balance des droits en présence conduise à retenir une durée inférieure ».

point de départ du délai de protection. En effet, l'idée d'une protection *post mortem auctoris* ne doit plus être une évidence, d'autres pistes devant être envisagées dans la quête d'un système de protection optimal. Second raisonnement, central, celui de la détermination du temps précis de protection du droit patrimonial. Faut-il toujours s'attacher à faire bénéficier l'auteur d'un monopole sa vie durant et pour deux générations d'héritiers ? Au-delà de ces principaux enjeux, nous prendrons également soin d'évoquer la question de la perpétuité des droits moraux dans un dernier temps. Ainsi, avant de proposer une redéfinition de la durée de protection de l'œuvre (§2), il nous revient de redéfinir préalablement le point de départ du délai de protection de celle-ci (§1).

§1 : Redéfinition préalable du point de départ du délai de protection de l'œuvre

832. **Remaniement du point de départ du droit patrimonial.** Comme suggéré plus haut, le maintien du monopole à la suite de la mort de l'auteur ne doit plus être la seule solution envisagée. Le point de départ du monopole doit pouvoir être envisagé sous un autre prisme, permettant que soit imaginé un délai effectif à compter de la divulgation de l'œuvre ou de sa création. Dans cette perspective, sera d'abord exclue l'idée d'un délai *post mortem auctoris* (I), afin que soit ensuite envisagé un délai débutant à compter de la divulgation de l'œuvre (II).

I : Exclusion opportune d'un délai *post mortem auctoris*

833. **Absence d'universalité d'une référence au décès de l'auteur.** Si la protection *post mortem auctoris* est inscrite de longue date dans la législation française et se révèle extrêmement répandue à travers le monde, il ne faudrait pas oublier qu'elle n'est pas universelle à toutes les œuvres. Bien entendu, en France, les œuvres collectives, anonymes et pseudonymes font l'objet d'une protection à compter de la divulgation de l'œuvre et pour une durée de soixante-dix ans à compter du début de l'année civile suivant la date de publication⁸⁷. Un régime semblable se trouve cependant appliqué à d'autres catégories d'œuvres dans certains pays. À titre d'exemple, l'Inde, dont la durée de protection de principe est de soixante ans

⁸⁷ CPI, art. L.123-3 al. 1.

*post mortem auctoris*⁸⁸, prévoit que les œuvres photographiques et cinématographiques font l'objet d'un monopole d'une durée de soixante ans à compter de la divulgation de l'œuvre⁸⁹. Il en résulte que la fixation d'un point de départ du droit patrimonial indépendant de toute référence à la date de décès de l'auteur est parfaitement envisageable.

834. **Une défense marginale des héritiers.** Rappelons que, traditionnellement, la durée du monopole se justifiait par la protection des héritiers de l'auteur : « il ne paraît pas concevable de refuser à l'auteur la possibilité de transmettre cette propriété à cause de mort, de faire profiter ses héritiers de son travail, d'autant que le succès est souvent tardif dans ce domaine et que la reconnaissance vient parfois seulement après la mort de l'artiste »⁹⁰. Cet argument se trouve toutefois largement contrecarré par l'épuisement rapide du potentiel économique des œuvres, qui ne peut légitimement pas laisser espérer que les héritiers de l'auteur pourront en tirer un bénéfice substantiel, sauf cas exceptionnels. La protection des deux premières générations d'héritiers de l'auteur n'est donc plus un argument permettant de soutenir la protection *post mortem auctoris*⁹¹. Au fond, c'est l'accélération du cycle d'exploitation des œuvres qui condamne l'idée même d'une protection *post mortem* puisque le monopole, infructueux, n'offre pas de véritable protection aux héritiers. En réalité, passé une certaine durée de protection, le délai ne protège plus tant l'auteur et ses héritiers que le monopole en lui-même, maintenant l'exclusivité pour l'exclusivité.

835. **Une méthode de calcul fortement inégalitaire.** Un autre argument en défaveur d'une protection *post mortem auctoris* réside dans l'inégalité des durées de protection qu'elle induit. Si le délai de protection est en effectivement identique pour chaque auteur en apparence, la durée de vie du créateur, non comprise dans le calcul, implique parfois de fortes inégalités. Ce défaut n'avait évidemment pas échappé aux juristes spécialisés qui ont, à maintes reprises, critiqué cette injustice⁹². Pouillet affirmait notamment à ce sujet que « pareille inégalité, quand le droit de chacun est le même, est un fait contre lequel on ne saurait trop s'élever »⁹³. Et, paradoxalement, l'augmentation de l'espérance de vie, utilisée comme argument pour la

⁸⁸ Indian copyright act, 4 juin 1957, art. 22.

⁸⁹ *Ibidem*, art. 25 et 26.

⁹⁰ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2014, 2^{ème} éd., p. 447.

⁹¹ D. BÉLOT, « La durée du droit d'auteur en héritage », *Juris art etc.*, 2017, n° 51, p. 32.

⁹² É. MACK, *De la durée du droit d'auteur*, Marchal et Billard, 1893, p. 33 : « Lorsqu'il s'agit d'œuvres d'auteurs morts jeunes, comme Herold, Bizet et tant d'autres qui ont dans ces derniers temps disparus à la fleur de l'âge, le système de la loi, qui fait dépendre la durée du droit des cessionnaires de la date à laquelle mourra l'auteur, paraît bien sujet à critique ».

⁹³ E. POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 1908, 3^{ème} éd., p. 172.

prolongation du droit *post mortem auctoris*, n'a pu que creuser les inégalités en la matière. Afin d'illustrer dans quelle mesure cette protection s'avère source de disparités entre créateurs, prenons l'exemple concret de deux auteurs contemporains nés la même année. Comparons la situation d'Amy Whinehouse, ayant composé la chanson *Rehab* en 2006, et celle de l'artiste Mika, auteur du titre *Relax, take it easy*, paru la même année. Prenons maintenant en compte le décès de cette première en 2011 et supposons, raisonnablement, que le second vivra des jours heureux jusqu'à l'âge de soixante-dix-sept ans, pour un décès en 2060. Au regard de ces données, le droit positif français accordera une protection sur le titre de la chanteuse britannique jusqu'au 31 décembre 2081, tandis que Mika verra son monopole reconnu jusqu'au 31 décembre 2130. En conséquence, pour deux œuvres divulguées la même année, le droit français accordera une protection supplémentaire de quarante-neuf ans à l'un des auteurs. Le droit de Mika aura duré cent vingt-cinq ans, tandis que celui de la Britannique n'aura été que de soixante-seize ans, la durée du monopole de cette dernière étant non loin d'être deux fois inférieure à celui du premier. Certes, il s'agit d'un cas extrême, mais il a le mérite de mettre en lumière que la moindre disparité quant à l'âge de décès conduit inévitablement à produire une disparité dans la durée de protection. Or, il apparaît injustifiable, notamment au regard des éléments que nous avons précédemment développés, que le hasard d'une mort prématurée impacte le droit reconnu à l'auteur. Donc, la protection *post mortem auctoris*, fortement inégalitaire et ne reposant plus sur des fondements suffisamment solides, doit être définitivement abandonnée.

836. Refus d'un droit patrimonial purement viager au profit de l'auteur.

Toute protection se calculant à compter du décès de l'auteur étant proscrite, l'opportunité d'un droit patrimonial viager peut être rapidement évoquée. Limiter le droit à la vie de l'auteur aurait pour avantage d'assurer un monopole sur l'œuvre au créateur durant toute son existence, lui permettant théoriquement de ne souffrir d'aucune utilisation non autorisée. De plus, il ne pourrait être reproché au droit patrimonial de s'étendre inutilement à la protection des héritiers qui ne pourront généralement tirer aucun bénéfice substantiel de l'œuvre. Néanmoins, la mise en œuvre d'un monopole viager aurait des effets bien plus délétères que le délai actuellement accordé et ceci en raison de trois principaux arguments. D'abord, un tel système serait source de profondes inégalités en termes de durée de protection. En effet, dans l'exemple fourni en amont, un tel régime conduirait à une durée de protection de seulement cinq ans pour l'œuvre d'Amy Whinehouse, tandis que le titre de Mika serait protégé durant 54 ans, soit une protection temporellement dix fois supérieure. Ensuite, un tel système pourrait tout à fait conduire à

reconnaître un droit d'une durée excessive et, en cas de décès prématuré, à une extinction rapide du monopole. Si l'œuvre est créée durant la jeunesse de l'auteur et que ce dernier survit de nombreuses décennies, le potentiel économique de l'œuvre sera épuisé, le monopole ne trouvant plus de véritable justification. Par conséquent, il ne suffit pas d'exclure la protection de deux générations d'héritiers de l'équation pour trouver une solution au problème. À l'inverse, il serait inacceptable qu'un droit viager empêche lesdits héritiers de bénéficier du monopole de l'auteur mort prématurément. Enfin, l'hypothèse d'un droit viager doit être réfutée en ce qu'elle présenterait des difficultés majeures dans le cadre de l'exploitation de l'œuvre. Quel investisseur serait prêt à financer l'édition et la campagne de distribution d'une œuvre dont la durée est soumise à un terme aléatoire, d'autant plus si l'auteur est âgé⁹⁴ ? D'ailleurs, entre 1810 et 1866, lorsque la durée de survie du droit variait en fonction de la présence d'un éventuel conjoint ou de potentiels héritiers, il existait une certaine insécurité pour les investisseurs⁹⁵. D'un point de vue commercial, la mise en œuvre d'un droit viager serait ainsi catastrophique, ultime motif pour lequel une telle hypothèse doit être écartée. Dès lors, dans le but de contenir toute imprévisibilité ou inégalité entre auteurs, la date de divulgation de l'œuvre se présente comme le point de départ le plus convaincant pour asseoir la durée du monopole.

II : Choix bénéfique d'un délai débutant à compter de la divulgation de l'œuvre

837. La divulgation, nouveau point de départ du délai de protection. Au regard de l'ensemble des éléments que nous venons de mettre en évidence, la date de divulgation de l'œuvre semble légitime pour s'imposer comme le point de départ du délai de protection du monopole. En combinant un droit patrimonial au délai raisonnable avec un terme calculé à compter de la date de divulgation, l'accès aux œuvres par le public se trouve favorisé⁹⁶.

⁹⁴ A-C. RENOARD, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, op. cit., p. 474 : « Si le privilège était purement viager, et par conséquent d'une durée tout aléatoire, l'auteur conclurait difficilement les traités commerciaux nécessaires à la publication de son ouvrage ».

⁹⁵ J. SAVARY, *De la durée de la propriété littéraire et artistique, particulièrement au point de vue des arts plastiques*, éd. Georges Petit, 1912, p. 68 : « Ces différences dans la durée des droits suivant la qualité des personnes qui en étaient titulaires n'étaient pas sans gêner considérablement les tiers. En effet, la personne à qui l'auteur faisait cession de ses droits ne savait jamais avec certitude combien de temps elle en aurait la jouissance. [...] Enfin, il fallait envisager une autre éventualité particulièrement fâcheuse, c'est que l'auteur décédât peu après la cession sans laisser d'héritier. En ce cas la succession tombait en déshérence et faisait partie de suite du domaine public, de sorte que le cessionnaire ne pouvait retirer aucun bénéfice de son acquisition ».

⁹⁶ A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, op. cit., p. 262 : « En substituant à la protection *post mortem* une protection calculée à compter de la date de divulgation ou de publication (comme c'est le cas en matière d'œuvres collectives),

Néanmoins, la question aurait pu se poser de savoir s'il n'aurait pas été plus judicieux de sélectionner la date de création de l'œuvre. Toutefois, cette date de création apparaît bien plus difficile à rapporter que la date de divulgation, qui suppose, par définition, une communication et donc des preuves concrètes de la date considérée⁹⁷. De plus, le choix de la date de divulgation s'impose plus naturellement, l'œuvre créée, mais non divulguée, n'existant pas encore aux yeux du public. Dès lors, il est parfaitement loisible à l'auteur de choisir à partir de quel moment il souhaitera faire naître son monopole à travers la divulgation de l'œuvre. Prenons l'exemple d'une œuvre créée durant la jeunesse de l'auteur et divulguée, soixante ans plus tard, en exécution des dispositions testamentaires du créateur défunt. Rien n'impose que la durée du monopole profitant à ses héritiers soit réduite au seul motif que la création de l'œuvre se révèle ancienne. Inutile d'appeler à une entrée immédiate de l'œuvre dans le domaine public, celle-ci n'ayant même pas eu le temps d'être appréhendée par la société et n'ayant pas épuisé une once de son potentiel commercial. Ainsi, la date de divulgation se présente comme un point de départ au monopole de l'auteur bien plus opportun que ne l'est la date de création de l'œuvre.

838. Absence d'une durée de protection identique pour les œuvres d'un même auteur. L'un des effets immédiats d'un délai de protection fonction de la divulgation de l'œuvre est l'existence de durées de protection distinctes pour les œuvres d'un même auteur. Là où la protection *post mortem auctoris* de droit positif implique une durée de protection universelle pour l'ensemble des œuvres du créateur, la prise en compte de la date de divulgation de chaque œuvre impose de distinguer entre la durée de chaque monopole. Il est alors possible de reprocher à un tel système de complexifier le statut de l'œuvre, que ce soit du point de vue de l'auteur ou de celui du public⁹⁸. Sous cet aspect, la proposition implique effectivement un accroissement de la complexité du régime de protection. Cependant, il convient de ne pas exagérer cette complication qui n'est en rien une difficulté. Certes, il sera nécessaire de vérifier la date de divulgation de l'œuvre pour savoir si elle peut être librement utilisée ou si son usage demeure soumis à autorisation de l'auteur. Cette information sera toutefois, dans une immense

et en obligeant les auteurs à indiquer sur leurs œuvres la date de divulgation ou de publication, on simplifierait grandement l'accès aux œuvres ».

⁹⁷ E. POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, op. cit., p. 173 : « ce point de départ, pour les œuvres littéraires, se trouve naturellement dans le fait de la publication, toujours connu et révélé à tous ».

⁹⁸ G. CHARPENTIER, *De la prétendue propriété littéraire et artistique*, éd. Charpentier, 1862, p. 9 : « Un éditeur de Paris, M. Jules Delalain, propose aujourd'hui de faire courir le droit d'auteur, quelle que soit sa durée, du jour de la première publication de l'œuvre. Cette disposition serait fâcheuse en ce qu'elle scinderait en diverses catégories les œuvres complètes d'un écrivain. Il y aurait de ces œuvres qui n'arriveraient au domaine public que trente, quarante et même cinquante ans après les premières ».

majorité d'hypothèses, accessible et vérifiable simplement, ne serait-ce que via Internet. L'argument d'une complexification du système du fait d'une diversification des délais pour les créations d'un même auteur n'est donc pas réhabilitaire.

839. **Refus d'une obligation générale d'enregistrement de l'œuvre.** Face au choix d'un calcul de la durée du monopole à compter de la divulgation de l'œuvre, d'aucuns pourraient invoquer la nécessité d'une formalité en vue de prouver avec certitude la date de ladite divulgation. Un dépôt légal ou une notice de droit d'auteur pourrait ainsi être envisagés afin de fixer une date certaine au point de départ du délai. Toutefois, dans cette hypothèse, quel statut accorder au dépôt légal ou à la notice ? Si sa présence est obligatoire, comment sanctionner son absence ? Il serait évidemment inenvisageable de conditionner la naissance du droit à une formalité, autant que d'imposer à l'auteur la mention de la date de divulgation sur l'œuvre pour en assurer une pleine protection, bien qu'une telle pratique puisse être encouragée. En France, les différents dépôts portant sur des œuvres de l'esprit ne conditionnent d'ailleurs jamais l'existence du droit d'auteur, comme en matière cinématographique, car l'objectif poursuivi est étranger à la seule preuve de la date d'effectivité du monopole. La mise en œuvre d'un dépôt légal ou l'obligation du recours à une notice de droit d'auteur apparaît donc néfaste⁹⁹. De plus, le dépôt n'a en réalité rien d'indispensable lorsque le terme du monopole se trouve calculé à partir de la date de divulgation de l'œuvre. Le droit positif l'illustre d'ailleurs parfaitement à travers le régime des œuvres collectives, pseudonymes et anonymes. Pour ces créations, le CPI prévoit explicitement que : « la date de publication est déterminée par tout mode de preuve de droit commun, et notamment par le dépôt légal »¹⁰⁰. Le texte est ici explicite : le dépôt légal ne constitue pas l'unique méthode probatoire. Or, la preuve de la date de divulgation des œuvres collectives ne semble pas présenter de difficulté substantielle au sein de la société, de sorte que le régime réservé à ces créations apparaît viable. Dès lors, rien n'interdit d'étendre une telle conception à l'ensemble des œuvres de l'esprit, celles-ci ne justifiant pas de spécificités qui empêcheraient la prise en compte de la date de divulgation de l'œuvre.

840. **Un point de départ repoussé au début de l'année civile suivant la divulgation de l'œuvre.** La date de divulgation de l'œuvre ne doit pas représenter le point de départ exact

⁹⁹ R. GIBLIN et K. WEATHERALL, *What if we could reimagine copyright?*, *op. cit.*, p. 200 : « Authors may initially create without any profit motive, but still seek to share in the rewards in the event that their creations achieve popularity. An upfront registration requirement may prevent them from doing so ».

¹⁰⁰ CPI, art. L.123-3 al. 1.

du délai de protection de l'œuvre de l'esprit. En réalité, à l'instar de la méthode de calcul présente en droit positif, il est préférable de fixer le terme un nombre d'années déterminé après le début de l'année civile suivant la divulgation de l'œuvre. Ainsi, tout délai doit continuer à se calculer à partir du premier janvier de l'année suivant la divulgation de l'œuvre. Une telle méthode de calcul s'avère en effet plus simple et moins complexe qu'un calcul de date à date où les œuvres pourraient intégrer le domaine public à tout moment de l'année. Certes, retenir le début de l'année civile suivant la divulgation est source d'une disparité entre les œuvres, mais celle-ci s'avère minime, car nécessairement inférieure à une année. Dès lors, si nous reprenons l'exemple des titres *Rehab* et *Relax, take it easy* évoqué plus haut, en appliquant une durée de protection de soixante-dix ans à compter du début de l'année civile suivant la divulgation de l'œuvre, la durée de protection de ces œuvres sera sensiblement identique. Sous un tel régime Mika et Amy Winehouse verraient tous deux leur monopole garanti jusqu'au 31 décembre 2076, aucune disparité ne pouvant être relevée entre les deux protections. Néanmoins, cette adaptation du point de départ du délai de protection ne saurait assurer à elle seule un équilibre satisfaisant des intérêts inhérents au droit de la création littéraire et artistique. Au regard des différentes analyses économiques citées précédemment¹⁰¹, une durée de protection de soixante-dix ans, même à compter de la divulgation de l'œuvre, apparaît excessive. Il nous revient donc à présent de proposer une redéfinition de la durée de protection de l'œuvre de l'esprit.

§2 : Redéfinition subséquente de la durée de protection de l'œuvre

841. **Un domaine public favorisé.** Le monopole d'exploitation de l'auteur n'étant reconnu que pour une durée limitée, le domaine public s'impose, sur le long terme, comme le principe. Le droit patrimonial représentant l'exception, il ne doit pas se prolonger au-delà de ce qui est strictement nécessaire à la défense des intérêts de l'auteur. Or, le droit positif permet au monopole de s'éterniser aux dépens de la société, sans qu'il en résulte un avantage proportionné au profit de l'auteur. Le domaine public doit ainsi produire ses effets plus rapidement afin d'équilibrer les intérêts du droit de la création littéraire et artistique. Nous tenterons à cette fin de déterminer le délai de protection optimal des droits portant sur l'œuvre (I). Si le droit moral

¹⁰¹ V. *supra* n° 821.

représente une limite au domaine public, nous tenterons également de déterminer la durée idéale de celui-ci (II).

I : Détermination du délai de protection optimal des droits portant sur l'œuvre

842. **La juste mesure des droits.** La remise en question du délai de protection de soixante-dix ans *post mortem auctoris* et la redéfinition du point de départ du délai ne forment qu'une première étape de notre raisonnement. Le principal enjeu consiste à présent en la détermination de la durée optimale des droits relatifs à l'œuvre de l'esprit. Les différents éléments mis en lumière et arguments exploités ne peuvent que conduire à considérer une réduction desdits droits. Nous envisagerons donc un abrègement de la durée de protection du droit d'auteur (A), avant de projeter une adaptation corrélative de la durée des droits voisins et droits exclusifs (B).

A : Abrègement de la durée de protection du droit d'auteur

843. **Un passage progressif dans le domaine public.** Le droit de la propriété littéraire et artistique assure actuellement une protection de l'œuvre en deux phases. La première assure à l'auteur une préservation de ses intérêts à travers un droit moral et un monopole d'exploitation soumis à quelques exceptions et limites. La seconde voit disparaître toute forme de droit patrimonial, ne laissant à l'auteur qu'une protection à travers le droit moral. Toutefois, en vue de concilier au mieux les intérêts de l'auteur et ceux de la société, une entrée plus progressive de l'œuvre dans le domaine public pourrait être souhaitable. Dans ce but, nous proposerons la réduction du délai du monopole d'exploitation (1), avant d'envisager la consécration d'un domaine public payant commercial (2).

1 : Réduction du délai du monopole d'exploitation

844. **Entrée dans le domaine public de l'œuvre frugifère.** La réduction du délai de protection du droit patrimonial de l'auteur peut encore se heurter à une série d'arguments qui méritent d'être analysés successivement. Le premier consiste en la question de savoir s'il est

judicieux de placer l'œuvre dans le domaine public alors même qu'elle présente encore un intérêt économique. Il faut le constater, concernant quelques rares succès intergénérationnels, l'œuvre présentera encore une valeur économique substantielle après plusieurs décennies. Limiter la durée du droit patrimonial ne constitue-t-il alors pas une atteinte à l'intérêt de l'auteur ? La réponse doit ici être négative car, si une réduction de la durée du droit permet à l'auteur de dégager moins de fruits de son œuvre, ses intérêts patrimoniaux n'en sont pas moins efficacement préservés. En effet, une importante part des recettes se concentrant durant les premières années, y compris pour les grands succès, l'auteur recevra une rétribution tout à fait satisfaisante. Il n'y a donc aucune difficulté à faire entrer une œuvre encore frugifère dans le domaine public¹⁰².

845. Entrée dans le domaine public de l'œuvre non frugifère. Une idée radicalement opposée pourrait également être invoquée en vue de combattre tout raccourcissement du délai de protection de l'œuvre. Il est effectivement possible de supposer que, si la création ne produit aucun fruit, c'est qu'elle ne présente absolument aucun intérêt aux yeux du public. Dès lors, raccourcir la durée du monopole ne présenterait pas d'avantage, aucun bénéfice n'étant retiré d'une entrée plus rapide de l'œuvre dans le domaine public. Cet argument s'avère toutefois inopérant à deux titres. D'une part, même en cas de parfait désintérêt de la société pour l'œuvre, le maintien du monopole ne trouve aucune justification. Rappelons que le principe demeure le domaine public et non le monopole d'exploitation¹⁰³, ce dernier devant s'effacer lorsqu'il ne présente plus d'intérêt pour son titulaire. D'autre part, on ne peut automatiquement déduire de l'absence d'utilisation commerciale de l'œuvre un désintérêt total de la part de la société. Le libre accès à l'œuvre, parfois gratuit, ne peut que dynamiser l'utilisation de celle-ci¹⁰⁴, notamment concernant des œuvres pour lesquelles aucune utilisation commerciale ne sera raisonnablement demandée par l'utilisateur, comme le recours à des extraits d'images d'un film dans des correspondances informatiques. En outre, la numérisation des œuvres ne peut que participer à un regain de leur mise à disposition à la suite de l'entrée de

¹⁰² S. GUTIERREZ-LACOUR, *Le temps dans les propriétés intellectuelles*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, Litec, 2004, p. 128 : « la limitation par la loi de la durée du droit de brevet constitue le meilleur aveu, de la part du législateur, du fait qu'il pense que certaines inventions conserveront leur valeur économique pendant très longtemps, voire éternellement ».

¹⁰³ J-M. BRUGUIÈRE, « L'absence d'examen circonstancié déjà dans l'arrêt *les Misérables* », *Juris art etc.*, 2016, n° 39, p. 22 : « La propriété intellectuelle a toujours eu un statut d'exception dérogeant par essence (ne serait-ce qu'en sa qualité de monopole), à de multiples libertés fondamentales (liberté du commerce, liberté de création etc.) ».

¹⁰⁴ K. GARCIA, J. HICKS et J. MCCRARY, « Copyright and economic viability : evidence from the music industry », *Journal of empirical legal studies*, vol. 17, n° 4, p. 696 : « if a work is commercially worthless, what harm is there in that work remaining under copyright protection? In a word : access ».

l'œuvre dans le domaine public¹⁰⁵. Il en résulte que l'entrée anticipée de l'œuvre non frugifère dans le domaine public s'avère parfaitement souhaitable.

846. **Absence de gratuité systématique des œuvres du domaine public.** Il est encore possible de faire grief à une réduction de la durée de protection du monopole en rappelant qu'elle n'appelle pas une gratuité systématique de l'œuvre. Comme le relève Monsieur le Professeur Frédéric Pollaud-Dulian : « l'accès à l'œuvre n'est, généralement, pas plus libre et gratuit pour le public après la fin du monopole qu'avant : les exploitants n'ont, certes, plus de redevances à verser aux héritiers de l'auteur mais ils font toujours payer leurs propres prestations (livres, disques, télédiffusion...) »¹⁰⁶. Il faut reconnaître que le domaine public n'a pas toujours le pouvoir de rendre l'œuvre accessible sans frais. De plus, le terme du monopole permettra à tous de commercialiser l'œuvre, celle-ci ne profitant plus qu'aux exploitants et non à l'auteur¹⁰⁷. Envisagé sous un tel jour, le raccourcissement de la durée de protection du droit exclusif de l'auteur semble bien peu opportun. Plusieurs contre-arguments peuvent toutefois être invoqués en faveur d'un domaine public anticipé.

847. **Diminution du coût d'accès à l'œuvre du domaine public.** Si le domaine public n'implique pas nécessairement la gratuité de l'œuvre, la disparition du monopole présente cependant un intérêt pour deux raisons. D'une part, le coût d'accès à l'œuvre aura tendance à diminuer lors de l'entrée de l'œuvre dans le domaine public. Si le prix des représentations dans le spectacle vivant demeurera stable, l'édition d'œuvres du domaine public sur support physique s'effectuera souvent à moindres frais. La simple existence du monopole, au-delà de la rémunération due à l'auteur, présente un impact sur le prix en l'absence de parfaite concurrence relative à l'exploitation de l'œuvre¹⁰⁸. C'est notamment ce que démontre une étude menée sur des ouvrages littéraires parus entre 1913 et 1932 aux États-Unis. Le comparatif entre

¹⁰⁵ N. HELBERGER et N. DUFFT, « Never forever : why extending the term of protection for sound recordings is a bad idea », *European intellectual property law review*, janv. 2008, n° 5, p. 180 : « Digitisation in general, and online music services in particular, offer to both original producers and their competitors entirely new opportunities to remarket back catalogues of recordings that could not economically be exploited over analogue distribution channels due to limited retail space for physical distribution ».

¹⁰⁶ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 449.

¹⁰⁷ D. LIPSZYC, « Les systèmes différents du "domaine public payant" » in M. WALTER, *La durée de protection du droit d'auteur et des droits voisins*, Medien und Recht Publishing, 2012, p. 588 : « Une fois que le délai de protection des droits a expiré, la libre utilisation ne profite plus qu'aux acteurs de l'industrie et du commerce qui exploitent les œuvres, et non pas au public, puisque le prix des livres, des phonogrammes, des billets de spectacle etc., ne diminue pas lorsque les œuvres utilisées relèvent du domaine public ».

¹⁰⁸ E. MACKAAY, « La perspective économique » in M. WALTER, *La durée de protection du droit d'auteur et des droits voisins*, Medien und Recht Publishing, 2012, p. 375 : « Pendant qu'une création est assujettie au droit d'auteur, elle n'est accessible qu'à plus grands frais qu'autrement, ou même pas du tout. Ceci interfère avec l'accès à l'information et, par ricochet, avec la création par filiation ».

œuvres du domaine public et créations soumises à monopole mène à la conclusion que les premières sont vendues à un prix environ deux fois inférieur aux secondes¹⁰⁹. Si cette étude ne repose que sur un type d'œuvre, elle permet néanmoins d'attester d'un effet bénéfique du domaine public sur l'accès à l'œuvre, la portée de celui-ci méritant d'être confirmée dans de nouvelles études. D'autre part, il est des cas dans lesquels l'œuvre pourra tout de même être transmise gratuitement. Dès lors que l'œuvre pourra être numérisée et transmise sur Internet, sa mise à disposition gratuite par un particulier ou un exploitant cherchant à diversifier son offre sera pratiquement inévitable. Le coût d'accès à l'œuvre n'étant plus simplement réduit, mais supprimé, un regain d'intérêt pourra accompagner l'entrée de l'œuvre dans le domaine public. Qui peut prétendre que les œuvres consultées sur le site Gallica le seraient autant si l'accès à ces œuvres était soumis à péage ? Certains feront remarquer que l'œuvre ne sera pas toujours véritablement gratuite et qu'à travers l'utilisation de la publicité, des bénéfices continueront à être perçus sur l'œuvre¹¹⁰. Effectivement, l'œuvre intégrant le domaine public, elle devient l'objet d'une libre concurrence pouvant procurer des revenus à ceux qui l'exploite, sans que l'auteur ne participe auxdits bénéfices. Mais quel mal y a-t-il à une telle exploitation ? L'œuvre demeure un objet économique et le monopole ne peut être perpétuel, de sorte qu'une mise en concurrence s'impose une fois le droit patrimonial arrivé à son terme. Cette situation n'a rien d'insupportable, l'auteur ayant pu au préalable tirer bénéfice du potentiel économique de sa création. Ainsi, par la diminution, voire la disparition du coût d'accès à l'œuvre, la réduction du délai de protection du monopole d'exploitation s'avère bénéfique pour la société tout entière.

848. Diversité des délais de protection au sein de la propriété industrielle.

Avant d'envisager une réduction de la durée de protection du droit patrimonial de l'auteur, il semble opportun de procéder à l'étude des délais applicables en matière de propriété industrielle. La propriété littéraire et artistique, sans être purement monolithique sur la question de la durée des droits, présente un principe applicable à des œuvres très diverses. Ce n'est pourtant pas la piste suivie par le droit de la propriété industrielle que nous allons à nouveau étudier à titre comparatif. Dans cette matière, existent autant de régimes que de types de réservation, et aucune d'elle ne prend pour référence le décès de l'inventeur ou du déposant.

¹⁰⁹ P. HEALD, « Property rights and the efficient exploitation of copyrighted works : an empirical analysis of public domain and copyrighted fiction bestsellers », *Minnesota law review*, 2008, n° 92, p. 1031.

¹¹⁰ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur, op. cit.*, p. 449 : « Même quand le public accède librement, par exemple sur un site gratuit, un profit est retiré de la publicité ou du paiement de l'accès à Internet par l'éditeur ou le prestataire de services numériques... ».

Notamment, le brevet fera l'objet d'une protection de vingt ans à compter du dépôt, les obtentions végétales seront protégées pour au moins vingt-cinq ans et jusqu'à trente ans¹¹¹, les dessins et modèles seront réservés pour une durée de cinq ans renouvelable jusqu'à vingt-cinq ans et les topographies de semi-conducteurs seront soumises à propriété durant dix années. Comment expliquer une telle disparité dans les durées de protection au sein de la matière jumelle de la propriété littéraire et artistique ? Comment justifier une telle brièveté des délais en comparaison au droit de la création littéraire et artistique ? Bien entendu, l'approche personnaliste est absente du droit de la propriété industrielle, ce qui apporte un élément de réponse à ces deux questions. Toutefois, ces durées de protection hétérogènes se trouvent également dictées par les spécificités intrinsèques du droit de la création industrielle, ce que nous allons à présent mettre en évidence.

849. **Motivation de la durée de protection des marques et brevets.** Les exemples divers fournis par la propriété industrielle permettent de poser le constat selon lequel la durée de la réservation trahit une partie de la fonction du droit. À titre d'illustration, les marques font l'objet d'une protection de dix années, renouvelable sans limite. Pourquoi admettre cette absence de limites dans une discipline où le monopole a généralement vocation à s'éteindre ? La faculté d'un renouvellement perpétuel de la marque se justifie au regard de la fonction d'identification qui la caractérise¹¹². Il n'y a pas de réel intérêt à empêcher le renouvellement sans limite de la marque, celle-ci ayant simplement vocation à faciliter l'identification des produits d'une firme. La marque ne constitue pas un produit, mais un estampillage dont l'entrée dans le domaine public ne serait pas désirable. La logique est toute contraire en matière de brevets, l'entrée dans le domaine public d'une innovation pouvant bénéficier à la société tout entière. Une durée de protection limitée à vingt ans, sans possibilité de renouvellement, s'impose donc en vue d'assurer un équilibre optimal entre intérêts du déposant et de la société¹¹³.

¹¹¹ CPI, art. L.623-13.

¹¹² P. ROUBIER, « Unité et synthèse des droits de propriété industrielle » in M. PLAISANT (en l'honneur de), *Etudes sur la propriété industrielle, littéraire et artistiques, mélanges Marcel Plaisant*, Sirey, 1960, p. 170 : « Le droit sur la marque peut être sans inconvénient perpétuel, et il y a même tout avantage à ce que le titulaire d'une marque puisse conserver cette marque tant qu'il exerce son industrie, car la marque correspond à une pensée d'ordre et ne doit pas servir à désigner des industries différentes à la même époque ».

¹¹³ S. GUTIERREZ-LACOUR, *Le temps dans les propriétés intellectuelles*, op. cit., p. 133 : « Cette durée, qui est celle qu'adoptent à peu de chose près la quasi-totalité des législations relatives aux brevets à l'heure actuelle, satisfait semble-t-il dans la grande majorité des cas les intérêts des brevetés, tout en permettant au domaine public de bénéficier de l'invention dans un délai très rapide ».

850. Motivation de la durée de protection des topographies de semi-conducteurs.

Le pragmatisme du droit de la propriété industrielle transparaît plus que jamais lorsque sont étudiées les topographies de semi-conducteurs. Pour ces dernières, la durée de protection s'avère particulièrement courte, celle-ci étant ramenée à dix ans suivant le dépôt ou la première exploitation commerciale¹¹⁴. Il aurait été parfaitement loisible au législateur de soumettre ce bien au régime des brevets et à sa protection de vingt ans à compter du dépôt. Le choix a cependant été fait de créer un régime particulier au profit des topographies de semi-conducteurs, notamment en vue de prendre en compte leurs spécificités. En effet, le dynamisme du secteur informatique implique une très rapide obsolescence de ces objets de propriété. Dès lors, les différentes cartes, puces et processeurs présentent un cycle d'exploitation extrêmement rapide, rendant inadaptée une protection d'une durée de vingt ans. En l'absence d'intérêt économique à moyen ou long terme pour le déposant, un délai de dix ans apparaît bien plus adapté, bien qu'il puisse être considéré comme encore trop long au regard du marché concerné¹¹⁵. Cette singularité des topographies de semi-conducteurs, à l'instar du régime des marques et des brevets, a donc pour avantage de mettre en avant l'importance d'une durée de protection adaptée à l'objet sur lequel porte la réservation. La durée reconnue au monopole doit ainsi, pour être consistante, prendre en compte les spécificités liées à l'exploitation du bien concerné.

851. **Un délai universel à l'ensemble des œuvres de l'esprit.** À l'aune du parallèle que nous venons d'effectuer avec le droit de la propriété industrielle, il est intéressant de s'interroger sur l'opportunité d'une diversité de délais de protection en droit de la création littéraire et artistique¹¹⁶. L'œuvre cinématographique doit-elle se voir protégée durant une période identique à l'œuvre picturale ? Rien ne permet d'affirmer qu'une telle distinction soit nécessaire eu égard des éléments étudiés jusqu'à présent. Si les études économiques citées en amont font état d'une accélération généralisée du cycle d'exploitation des œuvres, rien ne permet d'affirmer que des disparités majeures subsisteraient entre les différentes créations. S'il venait à être démontré que la période d'exploitation effective des œuvres diffère de façon importante entre les différents secteurs, plusieurs durées de protection pourraient valablement

¹¹⁴ CPI, art. L.622-6 al. 1.

¹¹⁵ S. GUTIERREZ-LACOUR, *Le temps dans les propriétés intellectuelles*, op. cit., p. 497 : « Cette durée de protection est bien trop longue, eu égard à l'obsolescence extrêmement rapide des topographies de produits semi-conducteurs sur le marché ».

¹¹⁶ A. LATIL, *Création et droits fondamentaux*, Thèse, Lyon 3, dir. Y. REINHARD, LGDJ, 2014, p.307 : « que le créateur décède jeune ou vieux ne modifie pas la durée d'exploitation du droit de propriété. Le temps d'exploitation, donc de rentabilisation, n'est pourtant pas le même. La durée de rentabilisation est, en outre, différente selon les créations ».

coexister. Néanmoins, de telles preuves n'étant pas mises en évidence ici, il sera proposé de conserver un délai de principe applicable à l'ensemble des œuvres de l'esprit, comme le fait le droit positif. Au-delà de la question du monopole d'exploitation, un traitement particulier sera toutefois réservé au droit de suite au regard de ses spécificités.

852. Un monopole de vingt ans à compter de la divulgation de l'œuvre. Au regard de l'ensemble des éléments que nous avons étudié jusqu'ici, nous pouvons à présent proposer la mise en œuvre d'un monopole d'exploitation d'une durée de vingt ans à compter de la divulgation de l'œuvre, y compris pour les œuvres collaboratives et collectives. Ce délai apparaît opportun au regard des différentes études économiques évoquées jusqu'à présent. Si la plupart des économistes situent le délai idéal du droit d'auteur entre quinze et vingt-cinq ans à compter de la divulgation, il convient de rappeler que ce délai n'est en rien purement inconciliable avec l'approche personnaliste. En effet, ce délai ne permet pas simplement de rembourser l'investissement initial de l'auteur ou du producteur : il garantit à l'auteur d'épuiser le potentiel économique de l'œuvre de l'esprit¹¹⁷. Un monopole de vingt ans suivant la divulgation assure donc une protection efficace de l'auteur, permettant au droit patrimonial de parfaitement remplir la fonction qui est la sienne. D'aucuns pourraient objecter que priver l'auteur de son monopole de son vivant constituerait une offense, une atteinte à sa personne. Faut-il alors considérer que l'auteur ne saurait souffrir de voir son œuvre élevée au domaine public de son vivant ? Il faut se refuser à étendre le personnalisme à de telles extrémités, celui-ci ne devant pas servir de prétexte au maintien d'un monopole devenu stérile. En réalité, les droits moraux sont des prérogatives suffisantes pour assurer le respect de l'auteur à travers ses œuvres, le maintien du monopole se justifiant d'autant moins en leur présence. Un délai de protection de vingt ans suppose une réduction drastique de la durée du monopole, jusqu'à cent ans dans certaines circonstances. Toutefois, l'importance de cette réduction n'est que proportionnelle aux excès qui ont donné lieu à l'extension constante de la durée de protection du droit patrimonial.

853. Durée spécifique du droit de suite. Si l'ensemble des œuvres doit faire l'objet d'un monopole d'une durée de vingt ans suivant la divulgation, ce délai ne saurait être retenu concernant le droit de suite. Ce droit patrimonial, reconnu, en plus du monopole d'exploitation, aux auteurs d'œuvres graphiques et plastiques, ne peut faire l'objet d'une protection aussi courte au regard de sa nature. D'une durée actuelle de soixante-dix ans *post mortem auctoris*, ce droit

¹¹⁷ V. *supra*. n° 817 et s.

assure à l'auteur de percevoir une fraction du prix des reventes successives de ses œuvres lorsqu'intervient un vendeur professionnel du marché de l'art¹¹⁸. Le droit de suite porte sur des œuvres singulières car les tableaux, photographies, tapisseries et autres gravures voient généralement leur potentiel économique instantanément épuisé lors de la vente du support de l'œuvre. Il est effectivement rare que ces œuvres apportent un revenu supplémentaire à l'auteur au titre de reproductions ultérieures¹¹⁹. Le prix de cession pouvant être faible, notamment au regard du prix de revente de l'œuvre une fois celle-ci devenue prestigieuse, la création du droit de suite s'imposait au nom de l'équité. Certes, l'accélération du cycle d'exploitation des œuvres s'étend au marché de l'art, de sorte que les œuvres graphiques et plastiques accèdent plus rapidement à la notoriété. Toutefois, limiter le droit de suite à une durée de vingt ans ne permettrait pas d'assurer systématiquement à l'auteur une juste rémunération, les reventes successives pouvant être rares. Dès lors, un droit de suite d'une durée de cinquante ans à compter de la vente du support physique de l'œuvre apparaît adapté à l'impératif d'une juste rémunération de l'auteur. De plus, il apparaît urgent de dé plafonner la rémunération accordée à l'auteur au titre de chaque vente. Limité à un maximum de douze mille cinq cents euros¹²⁰, le droit de suite ne permet actuellement pas à l'auteur de participer au plein succès de l'œuvre. Par conséquent, il est proposé de maintenir le taux de rémunération de l'auteur dans les proportions édictées par le droit positif¹²¹, tout en l'appliquant aux ventes dépassant cinq cent mille euros et sans que la rémunération ne se limite à la seule plus-value opérée depuis la dernière vente¹²². Dans un tel système, la revente en 2013 du triptyque *Trois études de Lucian Freud* de Francis Bacon, au prix de cent dix-neuf millions d'euros, aurait hypothétiquement rapporté aux héritiers de l'auteur un peu plus de trois cent mille euros, contre douze mille cinq cents en application du plafond du droit positif. Si cette proposition peut être accusée de grever le marché de l'art, rappelons que le taux de rémunération de l'auteur s'avère modique, alors même que les œuvres ne sont parfois utilisées que comme les instruments d'une spéculation étrangère à toute considération artistique. Ainsi l'exclusivité fragile de l'auteur se

¹¹⁸ CPI, art. L. 122-8.

¹¹⁹ J. SAVARY, *De la durée de la propriété littéraire et artistique, particulièrement au point de vue des arts plastiques*, op. cit., p. 9 : « Les profits de l'écrivain et du musicien leurs sont acquis au fur et à mesure de la vente de leurs œuvres ; il y a, en général, corrélation entre l'estime dans laquelle on tient celles-ci et les bénéfices que leurs auteurs en tirent. Les peintres et les sculpteurs se trouvent dans une situation plus défavorable. Leur profit le plus important consiste, en effet, dans la vente des œuvres originales. Les reproductions ne donnent, le plus souvent, que des bénéfices accessoires ».

¹²⁰ CPI, art. R. 122-6.

¹²¹ Au sens des dispositions actuelles, le taux de rémunération de l'auteur au titre du droit de suite est compris entre quatre et un quart de pour cent sur le prix de vente.

¹²² J. SAVARY, *De la durée de la propriété littéraire et artistique, particulièrement au point de vue des arts plastiques*, op. cit., p. 122.

trouve utilement complétée par le droit de suite pour les œuvres graphiques et plastiques. Néanmoins, concernant toutes les autres créations, le droit patrimonial de l'auteur ne pourrait-il pas trouver un prolongement au-delà du seul monopole d'exploitation ?

2 : Consécration d'un domaine public payant commercial

854. Notion de domaine public payant. En vue de prolonger les droits patrimoniaux de l'auteur, sans nécessairement prolonger la durée du monopole d'exploitation, l'hypothèse d'un domaine public payant doit être envisagée. Ce mécanisme, pouvant être mis en œuvre de différentes manières, mérite donc d'être défini. Au sens de l'OMPI, le domaine public payant se caractérise de la manière suivante : « under a system of *domaine public payant*, or “paying public domain,” a fee is imposed for the use of works in the public domain. Generally, the system works like a compulsory license »¹²³. Le domaine public payant suppose dès lors l'existence d'une licence non volontaire sur l'œuvre, et plus précisément d'une licence légale accordée à tout sujet de droit. Toutefois, ce mécanisme se distingue du domaine public en ce que l'utilisation de l'œuvre se trouve soumise à une redevance. De multiples formes de domaines publics payants peuvent être envisagées, les redevances pouvant par exemple être reversées à l'État ou à l'auteur et ses héritiers. Également, le domaine public payant peut uniquement concerner les utilisations commerciales, l'utilisation non commerciale n'étant pas soumise à rémunération. Il est en outre possible de concevoir le domaine public payant comme perpétuel¹²⁴, comme il est loisible au législateur de lui fixer un terme.

855. Tentatives de domaine public payant. L'idée d'un domaine public n'est pas nouvelle et la mise en œuvre d'un tel outil a été envisagée et même expérimentée par certains pays durant les derniers siècles. En France, le domaine public payant s'est notamment invité aux débats législatifs de 1825, 1836 et 1862, certaines propositions souhaitant appliquer ce régime aux œuvres folkloriques. Plus récemment, le projet de loi de Jean Zay émettait également plusieurs propositions en faveur d'un domaine public payant, tout en proposant un raccourcissement de la durée du monopole dans certaines hypothèses. Suscitant de vives

¹²³ OMPI, *Note on the meanings of the term “public domain” in the intellectual property system with special reference to the protection of traditional knowledge and traditional cultural expressions of folklore*, 2010, p. 12.

¹²⁴ D. LIPSZYC, « Les systèmes différents du “domaine public payant” » *op. cit.*, p. 583.

critiques¹²⁵, le projet de loi proposait de réduire à vingt ans à compter de la publication la durée du droit patrimonial de la personne morale et à dix ans *post mortem auctoris* le droit de l'auteur personne physique. Toutefois, un domaine public payant devait prendre la suite du monopole de la personne physique entre onze et cinquante ans après sa mort, avec une rémunération plancher évaluée à dix pour cent des revenus bruts de l'œuvre¹²⁶. En Italie, le domaine public s'est imposé durant un temps, avant que le droit international n'influe en faveur d'une protection de cinquante ans *post mortem*. La durée du domaine public payant était alors de quarante ans *post* monopole¹²⁷. Les traités, tels que la Convention de Berne, ne sont aujourd'hui pas favorables à un retranchement de la durée du monopole au profit d'un domaine public payant, en témoigne l'échec d'un projet de loi de la RFA en 1965¹²⁸. Ainsi, une écrasante majorité des tentatives de mise en œuvre d'un domaine public payant se sont révélées vaines au cours de l'histoire, et le droit positif ne semble pas plus accueillant à l'égard de cet outil que ne l'ont été les législations précédentes.

856. Le domaine public payant selon Victor Hugo. Parmi les soutiens au domaine public payant, Victor Hugo se distingue particulièrement. S'exprimant face au congrès littéraire international en 1878, il enjoignait à ce « que la loi donne à tous les éditeurs le droit de publier les livres après la mort des auteurs, à la seule condition de payer aux héritiers directs une redevance très faible, qui ne dépasse en aucun cas cinq ou dix pour cent du bénéfice net »¹²⁹. L'auteur se prononçait alors en faveur d'un domaine public immédiat, c'est-à-dire qui s'applique dès la mort du créateur, le monopole d'exploitation ne lui survivant pas. Au sens d'Hugo, le caractère immédiat du domaine public se justifiait en l'absence de légitimité des héritiers pour exercer un quelconque pouvoir d'administration sur l'œuvre¹³⁰. Élément important, le domaine public envisagé par Victor Hugo devait exclusivement profiter

¹²⁵ F. RENEAUD, « Une tentative de suppression de la propriété littéraire et artistique », *RLDI*, n° 42, 1^{er} oct. 2008 : « Ces nouvelles dispositions relatives à la durée des droits *post mortem* ont été critiqués car elles vont à l'encontre des engagements internationaux de la France ».

¹²⁶ Projet de loi sur le droit d'auteur et le contrat d'édition, présenté au nom de M. Albert Lebrun, par M. Jean Zay et par M. Marc Rucart lors de la séance du 13 août 1936, art. 21.

¹²⁷ É. MACK, *De la durée du droit d'auteur*, Marchal et Billard, 1893, p. 35.

¹²⁸ B. GALOPIN, *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, Thèse, Paris XI, dir. P. SIRINELLI, IRPI, 2012, p. 603 ; « Le projet d'introduire un tel "domaine public payant" échoua devant les objections émises : difficultés pratiques du système, renchérissement probable du prix des œuvres, inadéquation de ce moyen en vue de réaliser un objectif que l'on pourrait atteindre à travers le droit fiscal ou le droit social ».

¹²⁹ V. HUGO, *Discours d'ouverture du Congrès littéraire international de 1878*.

¹³⁰ V. HUGO, *Discours au congrès littéraire international*, séance du 21 juin 1878 : « Je considère toutes les formes de la législation actuelle qui constituent le droit de l'héritier pour un temps déterminé comme détestables. Elles lui accordent une autorité qu'elles n'ont pas le droit de lui donner ».

aux héritiers directs de l'auteur¹³¹. Une fois ceux-ci décédés, les redevances devaient alors être reversées à l'État, le domaine public étant perpétuel. Si cette proposition se révèle intéressante, celle-ci mérite d'être critiquée en vue d'établir les caractéristiques d'un domaine public payant adapté aux enjeux contemporains. D'abord, l'immédiateté du domaine public ne semble pas justifiée, la durée du monopole se trouvant soumise à la survie de son auteur. Nous n'insisterons pas sur ce point, l'hypothèse d'un monopole viager ayant été critiquée en amont, notamment pour des motifs économiques¹³². Ensuite, il apparaît particulièrement inéquitable de ne reconnaître un droit qu'aux héritiers directs de l'auteur. Il est primordial que l'auteur puisse transmettre ses droits patrimoniaux et que les héritiers puissent eux-mêmes transmettre ce droit si le terme n'est pas échu. Enfin, le domaine public payant, bien que moins dommageable que le monopole pour la société, n'en demeure pas moins une atteinte au domaine public. Mettre en œuvre un domaine public payant perpétuel revient ainsi à nier le domaine public lui-même, l'œuvre n'étant jamais accessible de manière parfaitement libre, une redevance devant toujours être reversée à l'État. Il en résulte que tout domaine public perpétuel et transmissible aux seuls héritiers directs sera exclu de notre proposition.

857. **Nature du domaine public payant.** Nous pouvons à présent préciser la nature du domaine public payant qui sera ici suggéré, outre sa durée limitée et la transmissibilité des droits patrimoniaux au-delà des seuls héritiers directs. D'abord, ce domaine public payant ne serait pas envisagé comme un impôt, mais uniquement comme une redevance reversée à l'auteur et, le cas échéant, à ses héritiers. La redevance ne serait donc reversée à l'État que lorsqu'est exploitée une œuvre orpheline ou en déshérence. Le taux de rémunération attribué aux ayants droit ne ferait pas l'objet de négociations, mais d'une fixation par règlement ou décret. Contrairement au projet de loi de Jean Zay¹³³, différents taux de rémunération pourraient coexister afin de s'adapter aux spécificités de certains secteurs. Ensuite, le domaine public payant constituerait un droit patrimonial au profit de l'auteur, ne naissant qu'au terme du monopole d'exploitation. Ce droit patrimonial serait nécessairement conçu comme inaliénable, comme l'est d'ailleurs le droit de suite actuellement. Le droit patrimonial de l'auteur constituerait ainsi un droit à rémunération insusceptible de cession ou concession. Enfin, le paiement d'une redevance ne serait imposé que dans le cadre d'utilisations de l'œuvre sous

¹³¹ V. HUGO, *Discours au congrès littéraire international*, séance du 25 juin 1878 : « S'il y a un héritier direct, le domaine public paie à cet héritier direct la redevance ».

¹³² V. *supra* n° 836.

¹³³ Projet de loi sur le droit d'auteur et le contrat d'édition, présenté au nom de M. Albert Lebrun, par M. Jean Zay et par M. Marc Rucart lors de la séance du 13 août 1936.

forme commerciale. Cela implique que ce mécanisme ne saurait s'étendre à l'ensemble des utilisations non commerciales, ces dernières demeurant parfaitement libres. À titre d'exemple, sans être soumises à autorisation, la vente de disques, la diffusion radiophonique commerciale et la représentation publique payante de l'œuvre phonographique seraient conditionnées à la rémunération de l'auteur, tandis que l'utilisation de cette même œuvre lors d'une fête de village, d'un concert gratuit ou de sa mise à disposition gracieuse sur Internet ne donnerait lieu à aucune rétribution. Donc, un tel mécanisme conduirait à la coexistence, pour une même œuvre, du domaine public et du domaine public payant, aucun ne prévalant véritablement sur l'autre.

858. Visage du domaine public payant commercial. Si la plupart des caractéristiques principales du domaine public payant ont été mises en évidence jusqu'ici, reste à trancher la question de la durée du droit à rémunération de l'auteur. Au regard des objectifs poursuivis par le droit de la création immatérielle et des intérêts du public, un délai de protection d'une durée de trente ans apparaît adéquat. Ce nouveau droit patrimonial pourrait être envisagé comme suit :

« Le monopole d'exploitation reconnu à l'auteur expire après un délai de vingt ans à compter du début de l'année civile suivant la divulgation de l'œuvre. À l'issue de ce délai, l'auteur jouit d'un droit à rémunération inaliénable sur les utilisations commerciales de son œuvre pour une durée de trente ans ».

859. Effets du domaine public payant commercial. Ainsi, la durée cumulée des droits patrimoniaux successifs de l'auteur serait portée à cinquante ans après la divulgation de l'œuvre. Ce délai implique l'existence de trois temps distincts dans la vie de l'œuvre de l'esprit. Le premier correspond à la protection du monopole d'exploitation, à compter de la divulgation de l'œuvre et pour les vingt années suivantes. Le deuxième temps est celui qui nous intéresse ici, le domaine public payant commercial, entre vingt et un et cinquante ans à compter de la divulgation. Troisième temps, celui du domaine public complet, intervenant après un délai de cinquante ans suivant la divulgation et assurant une défense des intérêts de l'auteur à travers les seuls droits moraux. Le domaine public payant se présente en définitive comme une période transitoire entre le monopole d'exploitation et le domaine public.

860. Avantages du domaine public payant commercial. Cette forme de domaine public payant nous semble porteuse de trois principaux avantages. D'abord, le droit à rémunération de l'auteur, limité aux utilisations commerciales, n'empêchera pas le public de profiter de l'œuvre, en ce que celle-ci sera considérée comme libre de droits non commerciaux.

Un enseignant n'aura par exemple pas à obtenir l'autorisation de l'auteur, pas plus qu'il ne lui devra rémunération, s'il souhaite transmettre un ouvrage à ses élèves, notamment par mise à disposition sous format numérique. Le droit à rémunération n'empêchera donc pas de tirer bénéfice d'une réduction du droit exclusif de l'auteur, le domaine public payant ne retardant pas l'entrée dans le domaine public pour de nombreux usages. Ensuite, ce mécanisme a pour intérêt de permettre à l'auteur de bénéficier d'un éventuel potentiel commercial sur son œuvre, notamment concernant les succès tardifs. Voici la raison justifiant la durée du domaine public payant car, couvrant une période s'étendant jusqu'à cinquante ans suivant la divulgation de l'œuvre, le droit à rémunération assurera à l'auteur une participation au succès de son œuvre durant la très grande majorité de sa vie, même s'il s'agit d'une œuvre de jeunesse. Le risque d'injustice, lié à la disparition du monopole sur une œuvre dont le succès n'interviendrait que plus de vingt ans après sa divulgation est ainsi écarté. L'entrée des utilisations non commerciales dans le domaine public n'est pas susceptible de priver l'auteur de la majorité des recettes potentielles liées à l'œuvre, les rediffusions, représentations sous la forme de spectacle vivant, rééditions et autres formes d'exploitation de l'œuvre étant susceptibles de procurer à l'auteur un revenu substantiel en cas de succès tardif ou intergénérationnel. En somme, s'il demeure un potentiel économique attaché à certaines œuvres, le domaine public payant permettra d'associer l'auteur aux recettes de sa création. Enfin, le domaine public payant a pour avantage de précipiter la libre mise en concurrence dans le cadre de l'exploitation de l'œuvre, tout éditeur, producteur, distributeur ou autre professionnel pouvant procéder à une libre commercialisation, sous réserve du droit à rémunération du créateur.

861. Intensité des prérogatives patrimoniales dans le domaine public payant commercial. Le droit à rémunération de l'auteur et son corollaire, le domaine public payant, peuvent être analysés sous l'angle du faisceau de droits. Rappelons que, dans le cadre du monopole d'exploitation reconnu au sein des droits littéraires et artistiques, l'auteur dispose d'utilités d'accès, de prélèvement, de gestion, d'exclusion mais pas de disposition. Concernant les utilités d'exclusion, celle-ci ne sont pas toutes réservées à l'auteur, le droit d'accès reconnu à la catégorie des utilisateurs venant amputer une partie du pouvoir d'exclure de l'auteur. Une fois le monopole éteint, plus de vingt ans après la divulgation de l'œuvre, le domaine public payant suppose que les utilités d'exclusion échappent presque toutes à l'auteur. Durant les trente années du domaine public payant, le droit à rémunération de l'auteur se justifiera naturellement à travers des utilités de gestion. Toutefois, l'auteur ne disposant plus du choix de son contractant et ne maîtrisant plus le montant de sa rémunération, de nombreuses

utilités de gestion s'évanouiront en même temps que le monopole. Ce n'est qu'au terme du domaine public payant que l'auteur perdra les utilités de gestion attachées au droit à rémunération, seules les utilités morales de l'auteur lui demeurant parfaitement personnelles. Ainsi, le domaine public payant n'est que le marqueur d'une baisse d'intensité progressive des prérogatives patrimoniales de l'auteur. Toutefois, si le droit patrimonial voit son intensité diminuer au sein des droits littéraires et artistiques, la durée des droits étant revue à la baisse, les droits voisins ne sauraient connaître un sort contraire.

B : Adaptation de la durée de protection des droits voisins et des droits exclusifs

862. Durée des droits voisins en droit positif. La tendance à l'accroissement de la durée de protection des droits patrimoniaux n'est pas propre au monopole d'exploitation, celle-ci touchant également les droits voisins¹³⁴. Toutefois, cette augmentation demeure limitée compte tenu de la nouveauté relative de ces prérogatives. En droit positif, la durée de principe des droits voisins est de cinquante ans à compter du début de l'année civile suivant l'interprétation ou la première fixation des séquences d'image ou de son. Néanmoins, en cas de mise à disposition du public durant ce délai, la protection ne commencera à courir qu'à compter de cette date pour les vidéogrammes et phonogrammes. L'actuel droit voisin des artistes-interprètes et producteurs durera alors cinquante ans pour les vidéogrammes, et soixante-dix ans pour les phonogrammes. S'agissant des entreprises de communication audiovisuelle, la durée de protection sera systématiquement de cinquante ans à compter de la première communication au public¹³⁵. L'existence d'une durée de protection supérieure au profit des producteurs et artistes-interprètes en matière de phonogramme n'apparaît aucunement justifiée¹³⁶, la durée de protection ne devant pas varier selon le type d'œuvre protégé, notamment au regard de l'accélération de cycle d'exploitation des œuvres. C'est d'ailleurs au regard de l'épuisement rapide du potentiel économique de la création, déjà mis en avant, qu'il faut refuser tout projet d'extension de la durée de protection des droits

¹³⁴ Loi n° 2015-195, 20 févr. 2015, art. 8.

¹³⁵ CPI, art. L. 211-4.

¹³⁶ E. ÉMILE-ZOLA-PLACE, « L'allongement de la durée de certains droits voisins : "question d'équilibre" », *Légipresse*, 2011, p. 693 : « La distinction entre fixation sonore et fixation audiovisuelle introduite par la directive [du 27 sept. 2011] est donc à l'origine d'une inégalité de traitement parfaitement illégitime entre artistes-interprètes de la musique et comédiens ».

voisins¹³⁷. Plus encore, il apparaît nécessaire de reconsidérer le délai de protection des droits voisins face à l'accélération du cycle d'exploitation des créations, d'autant plus que le droit patrimonial de l'auteur lui-même mérite révision quant à sa durée. Il convient donc successivement d'étudier le délai de protection de l'artiste-interprète, et celui du producteur.

863. Un droit voisin de l'artiste-interprète complété par le domaine public payant commercial. S'agissant du droit patrimonial reconnu à l'artiste-interprète, il est ici proposé d'adopter une durée de protection du droit de vingt ans à compter de la divulgation de la performance. Ce délai aurait ici vocation à s'appliquer à l'ensemble des artistes-interprètes, y compris s'agissant des phonogrammes. Cette durée se justifie par deux arguments. D'une part, il apparaîtrait particulièrement incohérent d'accorder un droit voisin d'une durée plus grande que la durée totale des droits patrimoniaux de l'auteur. D'autre part, l'artiste-interprète s'expose, comme l'auteur, au risque que l'œuvre ne rencontre qu'un succès tardif. C'est pourquoi un domaine public payant commercial de trente ans s'impose à l'expiration de ces droits voisins. Une durée totale de cinquante ans à compter de la divulgation de la performance assure ainsi à l'artiste d'être associé, lui aussi, au succès de l'œuvre à laquelle il a fourni un apport artistique. Cela est toutefois loin de placer auteur et artiste-interprète sur un pied d'égalité, ne serait-ce que par l'attribution d'un monopole d'exploitation à l'auteur durant vingt ans, situation inconnue pour l'artiste-interprète. Il en résulte que les modalités de calcul des droits voisins des interprètes se trouvent harmonisées.

864. Un droit exclusif du producteur de vingt ans à compter de la divulgation de la production. Concernant les producteurs, rappelons que, au sein des droits littéraires et artistiques, ils ne disposent plus à proprement parler d'un droit voisin, mais plutôt d'un droit exclusif rattaché au droit de la propriété industrielle. Concernant ces droits, il n'y a pas non plus lieu de distinguer suivant le type d'œuvre concerné et donc de privilégier les producteurs de phonogrammes. S'agissant de la durée du droit à rémunération, la logique adoptée ne peut pas être identique à celle relative au droit patrimonial reconnu aux artistes-interprètes. En effet, il sera rappelé que les droits de l'artiste-interprète et ceux du producteur se distinguent au regard de leur fonction. Le droit voisin de l'artiste-interprète a vocation à accorder une récompense au titre d'un apport artistique. À l'inverse, le droit exclusif du producteur, ne pouvant se justifier par un quelconque apport artistique ni par la seule promotion des artistes, a pour fonction de

¹³⁷ Université d'Amsterdam, *The recasting of copyright and related rights for the knowledge economy*, Institute for Information Law, nov. 2006, p. 132 : « From an international perspective, the American terms are anomalous, and cannot serve as a justification, from a legal perspective, for extending the terms of related rights in the EU ».

dynamiser l'investissement en matière de création littéraire et artistique. Il s'agit par conséquent d'un droit purement économique et moins noble que celui de l'artiste-interprète. De plus, la situation du producteur apparaît bien moins précaire que celle de l'artiste, notamment en raison de la diversification des investissements qu'il peut réaliser et de la diminution parfois drastique des coûts de production étant intervenue au cours des dernières décennies¹³⁸. Le succès tardif de l'œuvre ne représente donc pas une véritable pénalité pour le producteur, celui-ci disposant d'un catalogue de productions lui assurant un revenu continu. À l'aune de ces éléments, la reconnaissance d'un droit exclusif au profit des producteurs d'une durée de vingt ans suivant la divulgation de la production apparaît adaptée, notamment au regard de la fonction remplie par ce droit patrimonial et de l'accélération du cycle d'exploitation des œuvres.

865. **Singularité du droit exclusif du producteur de bases de données.** Le délai de vingt ans applicable au droit exclusif du producteur ne saurait cependant s'étendre au producteur de bases de données. Il faut ici rappeler le contenu de l'article L. 342-5 du CPI, prévoyant une durée de protection de quinze ans de la base de données à compter de son achèvement ou sa mise à disposition au public. Néanmoins, cette prérogative se singularise des autres droits exclusifs car, au titre du même article : « dans le cas où une base de données protégée fait l'objet d'un nouvel investissement substantiel, sa protection expire quinze ans après le 1^{er} janvier de l'année civile suivant celle de ce nouvel investissement »¹³⁹. Il en résulte que, en présence d'investissements substantiels successifs, ce droit patrimonial peut être renouvelé sans limite, à l'instar de celui portant sur la marque de fabrique. Le texte exprime ici avec une grande clarté le caractère purement économique de ce droit, celui-ci ne visant qu'à assurer une exclusivité au titre d'un investissement. Le renouvellement potentiellement sans limite du droit exclusif du producteur de bases de données s'avère critiquable¹⁴⁰. Pour autant, une base de données supposera bien souvent des mises à jour régulières et parfois très importantes afin de continuer à fonctionner. Imposer un délai de protection de vingt ans à compter de la divulgation pour ce type de production serait dès lors un non-sens économique, le renouvellement du délai

¹³⁸ N. HELBERGER et N. DUFFT, « Never forever : why extending the term of protection for sound recordings is a bad idea », *European intellectual property law review*, janv. 2008, n° 5, p. 177 : « Production costs have decreased over the past thirty years due to technological advances ».

¹³⁹ CPI, art. L. 342-5 al. 3.

¹⁴⁰ S. GUTIERREZ-LACOUR, *Le temps dans les propriétés intellectuelles*, op. cit., p. 481 : « Que penser, en effet, d'un système juridique qui préconise une durée de protection limitée pour les titulaires de droits sur des créations, que celles-ci soient de l'ordre du droit d'auteur ou bien du droit des brevets d'invention, au motif d'une nécessaire sauvegarde de l'intérêt public et des générations futures de créateurs, et qui dans le même temps, accorde sans s'inquiéter outre mesure un droit perpétuel à celui qui ne peut revendiquer ni création ni même effort intellectuel mais un simple investissement financier dans un objet immatériel ? ».

n'apparaissant pas purement infondé. Il est donc proposé de ne pas modifier la durée de ce droit exclusif si singulier.

866. **Mise en application de la durée des droits patrimoniaux.** Afin d'illustrer les effets concrets que pourraient avoir de telles propositions quant à la modification des droits patrimoniaux de l'auteur et des titulaires de droits voisins, nous présenterons ici un nouvel exemple à travers une œuvre cinématographique produite en France. Supposons que le réalisateur Denis Villeneuve réalise un film produit par Universal Studios, Ryan Gosling occupant le rôle-titre. Dans l'hypothèse où le film serait divulgué le 15 mars 2025, le monopole de Denis Villeneuve, et de ses coauteurs, serait assuré jusqu'au 31 décembre 2045. Par la suite, son droit à rémunération au titre du domaine public payant s'échelonnerait du 1^{er} janvier 2046 au 31 décembre 2075. Dans le même temps, la société Universal bénéficierait d'un droit exclusif jusqu'au 31 décembre 2045, la fin du droit à rémunération du producteur coïncidant avec l'expiration du monopole d'exploitation. Bien entendu, la société Universal Studios serait toujours en droit d'exploiter l'œuvre passé ce délai, mais elle ne pourrait prétendre à une rémunération supplémentaire au titre d'un quelconque droit patrimonial. Enfin, Ryan Gosling, en sa qualité d'artiste-interprète, disposerait d'un droit voisin portant sur son interprétation jusqu'au 31 décembre 2045. À l'expiration de son droit voisin, il serait bénéficiaire d'un droit à rémunération, au titre du domaine public payant commercial, courant jusqu'au 31 décembre 2075. À travers cet exemple et l'ensemble des démonstrations jusqu'ici opérées, il nous apparaît en définitive que la réduction de la durée de protection des droits patrimoniaux du droit de la création immatérielle est à la fois utile et désirable. Avant de conclure notre réflexion, il nous revient cependant de questionner la durée de protection des droits moraux reconnus à l'auteur.

II : Détermination du délai de protection idéal des droits moraux de l'auteur

867. **Caractère perpétuel des droits au respect et à la paternité.** Concernant la durée du droit moral, trois possibilités sont ouvertes au législateur. Celui-ci peut tout d'abord être viager, s'éteignant au décès de l'auteur. Il est également possible d'accorder aux droits moraux une durée égale à celle reconnue aux droits patrimoniaux, comme cela est le cas au Guatemala ou à la Barbade¹⁴¹. Enfin, la protection des droits extrapatrimoniaux peut être

¹⁴¹ C. COLOMBET, *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde : approche de droit comparé*, Litec, 1992, 2^{ème} éd., p. 51.

perpétuelle, en témoigne notamment les législations italienne ou mexicaine. Dès lors, quel délai de protection apparaît le plus approprié pour protéger les différentes composantes du droit moral en France ? Sans doute possible, le droit au respect et le droit à la paternité méritent d'être protégés de façon perpétuelle. En effet, ces droits permettent de consacrer le lien indéfectible existant entre l'auteur et l'œuvre à travers laquelle il prolonge son être. Par conséquent, toute atteinte au respect de l'œuvre ou à sa paternité ne saurait être tolérée, même après le décès du créateur. Il revient alors aux héritiers d'assurer le respect de la personnalité de l'auteur à travers la défense de son œuvre¹⁴². Ainsi, rien ne justifierait que le droit à la paternité et le droit au respect connaissent un terme, l'œuvre étant susceptible d'atteintes par le public. Ces droits extrapatrimoniaux doivent donc demeurer perpétuels, leur présence demeurant en tout temps justifiée.

868. Caractère perpétuel des droits de divulgation et de repentir. Parmi les droits moraux, les droits de divulgation et de repentir se singularisent. Parfois qualifiés de « petits droits moraux »¹⁴³, ils se trouvent souvent présentés comme des droits non perpétuels, mais viagers¹⁴⁴. Ces droits ne peuvent effectivement être exercés que par l'auteur de son vivant, ou en vertu de la volonté de celui-ci après sa mort. Les héritiers ne peuvent alors agir qu'en vue d'assurer la défense de la volonté de l'auteur, sans pouvoir choisir de divulguer l'œuvre¹⁴⁵ ou de mettre fin à son exploitation¹⁴⁶. Néanmoins, il nous apparaît inexact de qualifier ces prérogatives de viagères. En effet, comment justifier l'action des héritiers contre un tiers divulguant l'œuvre si ces droits ne sont que viagers ? Un droit de divulgation viager supposerait que cette composante du droit moral disparaisse au décès de l'auteur. Pour autant, l'on constate que les héritiers peuvent parfaitement agir en défense du droit de divulgation. Certes, les héritiers agiront conformément à la volonté exprimée de l'auteur, mais il n'en demeure pas

¹⁴² M-A. PASCAL, *Etude comparée du droit d'auteur et des droits de la personnalité*, Thèse, Montpellier, dir. A. ROBIN, 2011, p. 365.

¹⁴³ A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2010, 3^{ème} éd., p. 235.

¹⁴⁴ S. GUTIERREZ-LACOUR, *Le temps dans les propriétés intellectuelles*, *op. cit.*, p. 252 : « La dévolution du droit de repentir et de retrait n'est pas organisée par le législateur après le décès de l'auteur. La doctrine en déduit traditionnellement que ces droits sont uniquement viagers, puisque trop personnels » ; P. TAFFOREAU et C. MONNERIE, *Droit de la propriété intellectuelle*, Lextenso, 2015, 4^{ème} éd., p. 144.

¹⁴⁵ Civ. 1^{ère}, 3 nov. 2004, n° 03-11.011, *A. Balsan c/ Consorts Balsan - Du Bessey de Contenson*, Bull., (D., 2004, p. 3223, obs. P. ALLAËYS ; CCE, 2004, n° 151, obs. C. CARON ; *Prop. Intell.*, 2005, n° 15, note P. SIRINELLI ; RTD com., 2005, p. 86, obs. F. POLLAUD-DULIAN) : « le droit de divulgation *post mortem*, s'il doit s'exercer au service de l'œuvre, doit s'accorder à la personnalité et à la volonté de l'auteur, telle que révélée et exprimée de son vivant ».

¹⁴⁶ T. civ. Seine, 10 oct. 1951, *Bowers c/ Bonnard* : « Le droit de repentir, premier élément du droit moral, est imprescriptible et ne dépend que de l'inspiration de l'auteur lui-même, qu'il est par essence attaché à la personne même de l'artiste, disparaît avec lui et ne peut être exercé par les héritiers que si ces derniers agissent en vertu de la volonté explicitement manifestée par l'auteur, avant sa mort, qu'une partie de son œuvre détruite ou ne soit pas publiée ».

moins qu'ils pourront saisir les tribunaux et obtenir gain de cause. Le raisonnement est strictement identique concernant le droit de repentir, les héritiers pouvant légitimement s'opposer à la commercialisation d'une ancienne édition, modifiée, au mépris du repentir de l'auteur. En réalité, le caractère personnel de ces droits moraux ne permet pas d'en déduire qu'ils seraient viagers : au moins une partie de ces prérogatives est transmise à cause de mort. Au fond, il y a lieu de distinguer entre l'exercice actif de ces droits, correspondant à la levée d'une option par l'auteur, et la défense de ces prérogatives, ouverte aux héritiers. Ainsi, bien qu'il ne soit pas ici question d'étendre les pouvoirs reconnus aux héritiers s'agissant des droits de divulgation et de repentir, il nous apparaît pertinent de qualifier ces droits de perpétuels.

869. Limites à la perpétualité des droits moraux. Si la durée des droits moraux, telle que conçue au sein du droit positif, n'a pas à être remise en question, la perpétualité qui s'y attache présente cependant des limites insurmontables. Notons tout d'abord que les droits moraux n'ont d'utilité que dans la mesure où ils sont susceptibles d'être exercés par l'auteur ou ses héritiers. Or, après plusieurs siècles, une écrasante majorité des œuvres de l'esprit ne voient plus leur droit moral défendu, faute de conscience de l'héritage littéraire et artistique familial. Seules les œuvres au plus grand retentissement verront leurs droits moraux jalousement gardés et défendus par les successeurs du créateur. Toutefois, même l'œuvre aujourd'hui la plus illustre est condamnée à connaître un oubli au moins éphémère, conduisant à la perte de toute trace du titulaire des droits moraux. En un sens, la perpétuité du droit moral n'est en réalité que théorique. Il faut donc admettre que toute œuvre sera condamnée à devenir, tôt ou tard, orpheline. Dès lors, en l'absence de gardien du temple, l'œuvre se trouve à la merci de toutes formes de ravages et notamment le plus terrible : l'atteinte au droit de paternité.

870. Compétence de l'État pour agir en défense des droits moraux. Comment assurer la protection du droit moral de l'auteur, y compris lorsque l'œuvre est devenue orpheline par la force du temps ? En droit positif, le ministre de la Culture peut saisir le tribunal en cas de conflit relatif à la divulgation d'une œuvre de l'esprit, notamment en cas de vacance ou de déshérence de la succession de l'auteur¹⁴⁷. Il est toutefois possible d'envisager une compétence de l'État bien plus large afin d'agir sur le fondement pénal contre toute contrefaçon des droits moraux de l'auteur défunt. Il serait opportun que les droits extrapatrimoniaux puissent être défendus par les pouvoirs publics, particulièrement le droit à la

¹⁴⁷ CPI, art. L.121-3, al. 2.

paternité et le droit de divulgation¹⁴⁸. De plus, au-delà de la compétence du ministre de la Culture, il semble justifié de reconnaître la qualité à agir en protection des droits moraux de l'auteur défunt aux associations et sociétés littéraires et artistiques. On ne peut effectivement que regretter que l'état du Droit impose l'irrecevabilité des demandes de ces associations sur de tels fondements¹⁴⁹, d'autant plus que ces affaires sont à mille lieues de constituer une priorité aux yeux du ministère public. Néanmoins, la compétence reconnue à l'État n'aurait pas vocation à se substituer à l'exercice des droits moraux par les héritiers, comme cela peut être le cas au Japon où, passé un délai de cinquante ans après le décès de l'auteur, l'intérêt moral¹⁵⁰ des héritiers s'éteint¹⁵¹. Ainsi, grâce à la compétence des pouvoirs publics et de différentes associations, la répression des atteintes aux droits moraux serait bien plus dissuasive, au bénéfice notamment de la légion croissante des œuvres orphelines. Toutefois, pour éviter que la poursuite des contrefacteurs ne devienne une simple manne financière pour l'État et certaines associations, seule l'action pénale, dépourvue de tout volet civil, doit être ouverte à ce titre.

871. Atteinte aux droits moraux et action civile des héritiers. Si les héritiers doivent demeurer en mesure d'agir en défense des droits moraux de l'auteur, il apparaît cependant nécessaire de réévaluer les facultés dont ils disposent dans le cadre de l'action civile. En raison de la nature des droits moraux et face au phénomène de patrimonialisation des droits extrapatrimoniaux¹⁵², l'exercice de ces prérogatives aboutit parfois à de dérives. Comme le dénonce Monsieur André Bertrand : « actuellement, sous prétexte de droit moral, les auteurs ne cessent de “vendre” contre monnaie sonnante et trébuchante, diverses autorisations nécessaires

¹⁴⁸ J-M. BRUGUIÈRE, *La diffusion de l'information publique : le service public face au marché de l'information*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, 1995, p. 244 : « Sur la perpétuité et l'inaliénabilité, force est de reconnaître, qu'à l'opposé des personnes privées, ces caractères présentent une réelle signification lorsqu'ils sont appliqués à l'État. L'on conçoit en effet aisément qu'une personne publique puisse, plus que tout autre personne, exercer un droit moral perpétuel ».

¹⁴⁹ A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, op. cit., p. 256.

¹⁵⁰ M. TONAMI, « Le droit moral » in M. WALTER, *La durée de protection du droit d'auteur et des droits voisins*, Medien und Recht Publishing, 2012, p. 492 : « On fait au Japon une distinction stricte entre le droit moral d'un côté et l'intérêt moral de l'autre. L'auteur est protégé jusqu'à sa mort par le droit moral ; au-delà, la protection est assurée par l'intérêt moral ».

¹⁵¹ S. VON LEWINSKI, « Les conventions internationales et la durée de protection du droit d'auteur dans les législations nationales – étude de droit comparé » in M. WALTER, *La durée de protection du droit d'auteur et des droits voisins*, Medien und Recht Publishing, 2012, p. 345 : « Au Japon, le droit prévoit une protection pénale visant à protéger les droits moraux de l'auteur après sa mort (et donc après leur expiration) sans limitation de temps (et donc va au-delà du droit de la famille du défunt à défendre les droits moraux de l'auteur 50 ans après sa mort) ».

¹⁵² T. REVET, « La propriété de la personnalité », *Gaz. Pal.*, 2007, n° 139, p. 49 : « Le commerce juridique d'éléments de la personnalité est répandu, sinon florissant, et ce commerce est, la plupart du temps, un commerce à titre onéreux » ; V. ég. J-M. BRUGUIÈRE et A. BRÉGOU, « L'image, entre droit civil et droit d'auteur », *D.*, 2008, p. 2985.

à l'exploitation des œuvres. Il en est ainsi en matière de coupures publicitaires d'œuvres audiovisuelles, ainsi qu'en matière de synchronisation de musiques préexistantes à des fins publicitaires »¹⁵³. Au sens de l'auteur, une application stricte de l'article 6 bis de la Convention de Berne devrait conduire à ne reconnaître l'atteinte au droit moral que lorsque l'utilisation litigieuse viole l'honneur et la réputation de l'ayant droit¹⁵⁴. Nous ne pouvons que souscrire à une telle vision qui nous apparaît parfaitement adaptée concernant les héritiers de l'auteur. Il en résulte que ces derniers devront notamment, dans le cadre de l'action civile et en vue d'obtenir des dommages et intérêts, apporter la preuve d'un dommage personnel et direct lié à l'acte de contrefaçon et pouvant notamment consister en une atteinte à l'honneur et à la réputation. Il s'agit donc d'un moyen efficace de lutter contre l'instrumentalisation des droits extrapatrimoniaux, tout en préservant toute la vigueur de l'action pénale, ne réclamant que l'élément matériel et l'élément moral pour être actionnée.

¹⁵³ A. BERTRAND, *Droit d'auteur, op. cit.*, p. 51.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 321 : « L'ayant droit qui invoque l'atteinte au droit moral de son ancêtre doit impérativement établir en quoi celle-ci affecte "son honneur et sa réputation". Sinon, sous prétexte de droit moral, on viderait alors le domaine public de sa substance ».

Conclusion du chapitre II

872. **Internet, accélérateur du cycle d'exploitation de l'œuvre.** On constate, à travers l'ensemble des derniers développements, qu'Internet s'impose comme un profond facteur de mutation des usages relatifs aux œuvres de l'esprit. Plus que jamais, la création rencontre un succès aussi fulgurant que passager¹⁵⁵, le public ayant un accès immédiat aux dernières nouveautés. L'accélération du cycle d'exploitation des œuvres, loin d'être un phénomène temporaire, nous l'avons vu, présente donc des effets majeurs sur les différentes industries culturelles. Pour autant, à cette profonde mutation de la société n'a pas encore répondu une mutation juridique du droit de la création littéraire et artistique. Une évolution semble pourtant s'imposer, la durée du monopole de l'auteur étant chaque jour un peu plus inadaptée à la réalité. Une réduction de la durée du monopole apparaît dès lors inévitable, la protection de soixante-dix ans *post mortem auctoris* ne reposant plus sur des fondements suffisamment solides. Ainsi, les droits littéraires et artistiques, substitués à la propriété littéraire et artistique, permettent d'établir une juste protection du monopole pour une durée de vingt ans à compter de la divulgation de l'œuvre.

873. **La durée des droits de l'auteur, instrument d'équilibre des droits littéraires et artistiques.** L'émergence d'Internet, remettant en cause les fondements de la durée de protection du monopole d'exploitation, permet de prolonger une réflexion plus générale relative à l'équilibre entre auteur et société. La durée des droits, plus qu'un simple outil de référence, se présente comme le marqueur le plus éloquent de la valeur reconnue aux prérogatives de chacun. Or, le droit positif, repoussant l'entrée de l'œuvre dans le domaine public à une date injustement éloignée, néglige l'intérêt de la société. Cet intérêt oublié, pourtant fondamental, doit donc enfin être estimé à sa juste valeur, l'accès de l'œuvre à la société stimulant la circulation des idées, le commerce et la création elle-même¹⁵⁶. Une remise en cause de la durée de protection du monopole d'exploitation de l'auteur, notamment fondée sur l'utilité sociale de cette prérogative, ne peut ainsi qu'assurer un rééquilibrage entre les droits et intérêts de chacun.

¹⁵⁵ V-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *À qui profite le clic ? Le partage de la valeur à l'ère numérique*, Odile Jacob, 2015, p. 31 : « la consommation culturelle s'est diffractée ; autant de personnes, autant de publics, autant de supports et autant de moments différents pour prendre connaissance des œuvres ; les créations lassent de plus en plus vite connaissent un succès éphémère ».

¹⁵⁶ I. GLIHA, « "Domaine public payant" – Doutes et questions » in M. WALTER, *La durée de protection du droit d'auteur et des droits voisins*, Medien und Recht Publishing, 2012, p. 602 : « Le fait de limiter le droit d'auteur dans le temps est justifié par l'intérêt qu'a la société d'assurer une libre circulation des idées et informations, de garantir la liberté du commerce et d'encourager la création et la diffusion de nouvelles œuvres ».

Voici donc une raison supplémentaire de réévaluer la pertinence d'ensemble du droit de la propriété littéraire et artistique à l'aune de la conjoncture actuelle.

Conclusion du titre II

874. **Une délimitation nouvelle du monopole de l'auteur.** Les derniers développements nous ont conduit à remodeler les limites du droit de la création immatérielle. Cette redéfinition des frontières de la matière, impactant fortement les prérogatives de l'auteur, s'est manifestée à travers différentes propositions ; l'aménagement du contrôle de proportionnalité et de certaines exceptions aux droits de l'auteur, couplée à la réduction de la durée du monopole et la mise en œuvre d'un domaine public payant conduit à une remise en cause de l'étendue du monopole de l'auteur. Ces propositions s'avèrent nécessaires en vue d'adapter le droit de la création immatérielle aux enjeux liés à Internet, la seule distribution des utilités de l'œuvre entre auteur et utilisateur ne permettant pas, à elle seule, d'atteindre l'objectif initialement fixé. La détermination d'un équilibre plus acceptable au sein des droits littéraires et artistiques, à travers ces aménagements, ne suppose cependant pas un total sacrifice des intérêts de l'auteur. En réalité, ce dernier conserve une place centrale au sein des droits littéraires et artistiques, la légitimité du créateur demeurant intacte.

875. **Une délimitation du monopole d'exploitation favorable au domaine public.** L'augmentation constante de la durée de protection du droit d'auteur, couplée à une interprétation stricte de certaines exceptions, ont été d'importants facteurs de recul du domaine public¹⁵⁷. La délimitation du monopole d'exploitation ici proposée tend à juguler ce phénomène, laissant le domaine public pleinement jouer son rôle d'autant que, au fond, il constitue le principe et non l'exception¹⁵⁸. La réduction de la durée de protection du droit d'auteur, justifiée à de nombreux égards, se présente ainsi comme une mesure à même de rétablir une juste délimitation du monopole d'exploitation. En effet, cette proposition de démarcation des frontières des droits patrimoniaux de l'auteur semble à la fois préserver les intérêts essentiels du créateur, à savoir sauvegarder ses droits moraux et lui assurer une rémunération proportionnelle au succès de son œuvre, tout en limitant au maximum les effets néfastes de l'exclusivité temporaire inhérente au monopole. Il en résulte que cette délimitation,

¹⁵⁷ P. NOUAL, « Le domaine public à l'épreuve des revendications abusives », *Juris art etc.*, 2014, n° 18, p. 38 : « Depuis plusieurs décennies, le domaine public a connu une régression constante, à mesure que la durée des droits d'auteur et des droits voisins s'est allongée et que de nouveaux objets ont été protégés ».

¹⁵⁸ V-L. BENABOU, « Puiser à la source du droit d'auteur », *RIDA*, n° 192, avr. 2002, p. 53 : « La destination naturelle de l'œuvre est le domaine public, le monopole temporaire une parenthèse, un mal nécessaire car une condition *sine qua non* de l'accomplissement de l'objectif premier ».

plus favorable au domaine public et donc à la société, procède à un équilibre plus efficient que celui opéré par le droit de la propriété littéraire et artistique¹⁵⁹.

876. **Une pondération nécessaire au renouveau du droit de la création immatérielle.** Au-delà de la délimitation proposée, le changement des frontières au sein du droit de la création immatérielle pourrait se traduire par bien d'autres dispositifs. Nous n'avons ici qu'orienté l'analyse vers les leviers apparaissant les plus aptes à assurer une pondération plus juste des droits reconnus à chacun. Il y aurait cependant d'autres limites à explorer, notamment la myriade de limites externes qui ne pourraient être traitées de façon exhaustive, mais dont l'analyse pourrait s'avérer très instructive. Toutefois, quel que soit le moyen emprunté, l'essentiel demeure d'assurer un changement des frontières du droit positif, supposant, au-dessus de tout, une limitation du pouvoir d'exclure de l'auteur. Toute refonte majeure du droit de la propriété littéraire et artistique présenterait une portée limitée si elle venait à ignorer un tel impératif. La question n'est pas sans poser de difficultés et peut appeler d'autres mutations profondes, mais c'est uniquement en nous confrontant à elle que nous pourrions plus efficacement reconnecter le droit de la création littéraire et artistique à la réalité.

¹⁵⁹ C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, 2003, p. 242 : « Force est de constater que si le législateur du XIX^{ème} siècle était pleinement conscient du souci de maintenir un juste équilibre entre les différents intérêts, celui du XX^{ème} siècle semble au regard de l'augmentation de la durée de protection avoir pour une large part fait l'économie de telles réflexions ».

Conclusion de la partie II

877. **La proposition de droits littéraires et artistiques.** Au cours de cette seconde partie et en vue de pallier les défauts rencontrés par le droit positif, nous avons ici proposé la mise en place de droits littéraires et artistiques, matière ne recourant pas à la réservation propriétaire. Ces droits sont à la fois ceux de l'auteur, mais également de l'utilisateur, à savoir les droits d'accès, d'échantillonnage et de courte représentation. Cette approche, bien différente de celle adoptée par le droit en vigueur, ne fait plus reposer les intérêts de la société sur les seules limites au monopole, mais également sur des prérogatives que l'utilisateur, personne privée agissant en dehors de tout but commercial, peut exercer activement. Les droits littéraires et artistiques, trouvant notamment leur fondement dans la théorie de la fonction sociale des droits, conduisent à une restriction ciblée des prérogatives du propriétaire. Ainsi, l'absoluité déclarée de la propriété littéraire et artistique cède le pas au relativisme du monopole d'exploitation induit par les droits littéraires et artistiques¹⁶⁰.

878. **Une matière affranchie du droit de propriété.** Nous avons eu l'occasion de l'évoquer à de multiples reprises, le principal point de déséquilibre au sein du droit de la création littéraire et artistique réside dans l'importance des prérogatives reconnues au propriétaire qu'implique la propriété. Si ce mécanisme de réservation peut s'avérer efficace et adapté dans la captation des utilités de certains biens, il ne nous semble pas que cela soit le cas s'agissant des droits de l'auteur. Face à une défense obstinée de la propriété, qui tend à en faire une fin en soi alors qu'elle ne devrait être qu'un instrument, difficile d'imaginer échapper à la propriété¹⁶¹, surtout dans le champ des « propriétés » intellectuelles. Pour autant, à travers la déconstruction et la recomposition des prérogatives de l'auteur et de l'utilisateur à laquelle nous avons procédé, nous avons montré qu'il est possible de se départir de la propriété, la transformant en un monopole d'exploitation adapté aux enjeux de la création littéraire et artistique. Certes, une telle

¹⁶⁰ F. SIIRIAINEN, « Nouveau changement de paradigme pour le droit de la propriété littéraire et artistique : libres propos dans une forme tout aussi libre » in M. VIVANT (en l'honneur de), *Penser le droit de la pensée : mélanges en l'honneur de Michel Vivant*, dir. J.-M. BRUGUIÈRE et C. GEIGER, LexisNexis et Dalloz, 2020, p. 396 : « La contextualisation du droit de la propriété littéraire et artistique et sa conception en quelque sorte holistique participent du changement de paradigme car elles conduisent aussi fatalement à un certain relativisme auquel était jusqu'à présent étrangère la propriété littéraire et artistique ».

¹⁶¹ J.-P. CHAZAL, « La propriété : dogme ou instrument politique ? », *RTD civ.*, 2014, p. 763.

conception des prérogatives patrimoniales de l'auteur n'est pas intuitive, mais elle est loin de constituer une utopie.

879. La prise en compte de l'utilisateur dans l'équilibre du droit de la création.

La reconnaissance de droits au profit des utilisateurs participe d'un équilibre du droit de la création littéraire et artistique auquel le législateur s'est trop souvent refusé. Sans pour autant affirmer que l'intérêt de l'utilisateur, et de la société dans son ensemble, soit parfaitement occulté par le droit positif, il faut admettre que la loi a été forgée en ne prenant en compte cet intérêt que de façon marginale. Aussi, pour remédier à la contrefaçon massive partiellement provoquée par ce déséquilibre, le renforcement des droits de l'auteur n'a conduit qu'à aggraver les maux dont souffre le droit de la création littéraire et artistique¹⁶². Cette voie ne pouvant continuer à être empruntée, la reconnaissance de droits de l'utilisateur s'impose en vue de pacifier le conflit entourant la matière, tout en permettant le développement de droits culturels préexistants. La mise en œuvre des droits d'accès, d'échantillonnage et de courte représentation permet alors de poursuivre la fonction sociale du droit de la création littéraire et artistique à double titre. D'une part, elle permet de remplir la fonction sociale de la matière en limitant les droits de l'auteur à la mesure de ce qui est nécessaire pour lui assurer une juste rémunération, tout en préservant sa personnalité. D'autre part, et corollairement, elle assure une meilleure prise en compte de l'intérêt d'une partie de la société en garantissant l'accès à l'œuvre et la libre réalisation d'œuvres transformatives, sans qu'une quelconque exclusivité ne puisse être opposée au bénéficiaire. Ainsi, la prise en compte de l'utilisateur au sein du droit de la création apparaît comme une urgence à laquelle répondent les droits littéraires et artistiques.

880. L'existence de modèles alternatifs. Bien entendu, les droits littéraires et artistiques n'apparaissent que comme l'un des moyens permettant de corriger les excès du droit positif. Bien d'autres variantes peuvent être envisagées en vue de réconcilier le droit de la création littéraire et artistique avec sa fonction sociale. D'aucuns proposeront d'élargir massivement la liste des exceptions, certains réduiront les pouvoirs de l'auteur à travers une forme différente de monopole, tandis que d'autres pourront suggérer de recourir à la disparition de tout droit patrimonial au titre de certains usages numériques. Quel que soit le modèle envisagé, l'important est au fond de ne pas perdre de vue la finalité des droits dont nous espérons qu'elle aura su nous guider tout au long de cette étude. La prise en compte du but des

¹⁶² F. BENHAMOU et J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright*, La Découverte, 2007, p. 63 : « Les stratégies défensives techniques et/ou juridiques ne peuvent à elles seules permettre la résolution d'un problème qui appelle le bouleversement d'un modèle économique et à la recherche d'un nouvel équilibre social ».

droits de l'auteur doit ainsi conduire à la remise en cause de la figure du « propriétaire-souverain »¹⁶³. Ce constat dressé, il nous revient à présent d'apporter une conclusion d'ensemble aux démonstrations et arguments jusqu'ici avancés.

¹⁶³ J-P. CHAZAL, « La propriété : dogme ou instrument politique ? », *op. cit.*, p. 763 : « Il est grand temps de délester notre appareil doctrinal de la figure du propriétaire-souverain. Elle nous empêche de voir ou d'assumer franchement que le propriétaire n'est pas seul au monde avec sa chose, que ses pouvoirs sont limités, non pas par exception ou anomalie, mais par principe ».

Conclusion générale

881. **La mutation du droit de la création immatérielle à partir d'Internet.**

À l'heure du bilan, il convient de vérifier si l'ensemble des objectifs fixés en prélude de cette étude ont été atteints. Notons tout d'abord que la désynchronisation entre norme et usages, évoquée aux prémices de notre analyse, a été parfaitement confirmée. Là où le CPI impose un respect particulièrement scrupuleux de l'œuvre de l'esprit, Internet a permis une recrudescence et une systématisation des actes de contrefaçon par une part extrêmement importante de la population. Ce phénomène s'explique par une méconnaissance de la norme par une fraction de la société, mais également par une désobéissance volontaire aux règles du droit d'auteur pour une autre partie du corps social. Internet, assurant la captation et la diffusion de l'œuvre à grande échelle, participe dès lors à un véritable mouvement de défiance envers le droit de la propriété littéraire et artistique. Le réseau numérique, par sa nature et par les usages qu'il engendre, invite ainsi à une mutation du droit de la création immatérielle. Dans ce contexte, l'exclusivisme quasi absolu de l'auteur se trouve donc pleinement remis en cause¹.

882. **La propriété, mécanisme de réservation limité.** Parmi les enjeux initialement posés, il nous revenait également d'évaluer l'opportunité d'un régime propriétaire en droit de la création immatérielle. Au terme de cette étude, il apparaît de façon très claire que la propriété représente, en droit d'auteur, un mécanisme de réservation limité. En effet, la propriété ne suppose pas un simple exclusivisme, mais une exclusivité sur la quasi-totalité des utilités du bien. Or, un tel degré d'exclusivité se concilie mal avec la nature même de l'œuvre de l'esprit, ce défaut apparaissant de façon plus éclatante que jamais en présence d'Internet. Ce dernier constitue effectivement une donnée favorable à la répartition des utilités de l'œuvre entre l'auteur et les membres du public. Face à ce phénomène, le droit positif apporte deux réponses très éclectiques. D'une part, il tente de s'adapter à travers des évolutions positives, tel le statut

¹ C. GEIGER, « L'avenir du droit d'auteur en Europe : vers un juste équilibre entre protection et accès à l'information », *JCP G*, n° 48, 23 nov. 2009, p. 493 : « la délicate balance entre protection et accès a été remise en cause et la "révolution numérique" a rendu nécessaire de réévaluer et d'adapter les équilibres qui sous-tendent la matière ».

des œuvres orphelines ou indisponibles, mais voit ses ambitions drastiquement limitées par le carcan propriétaire. D'autre part, il renforce la logique propriétaire en procédant à l'extension tant substantielle que temporelle des droits exclusifs². Or, une telle réponse apparaît particulièrement inadaptée au regard du contexte actuel, l'exclusivité totale se trouvant moins justifiée que jamais en droit d'auteur³. De plus, il ressort de nos développements que la marge d'adaptation du système propriétaire, si elle existe, apparaît trop limitée au regard des évolutions auxquelles invite Internet. Ainsi, la propriété, dans le domaine littéraire et artistique, représente un mode de réservation limité.

883. Rejet de la propriété comme technique de réservation de l'œuvre. À l'aune de ces constatations, nous pouvons donc affirmer que la propriété n'est pas le mode idéal de réservation des utilités de l'œuvre. Il est par conséquent proposé de purement et simplement renoncer à la propriété en droit de la création immatérielle. Nous avons ici pleinement exercé notre droit à l'hérésie, prenant le contrepied radical du droit positif en rejetant jusqu'à la technique de réservation même de la matière. En substituant une analyse positiviste à une approche profondément jusnaturaliste, nous sommes dès lors parvenus à la conclusion que la propriété pourrait être véritablement dépassée en droit de la création immatérielle. Toutefois, une telle dénonciation de la propriété littéraire et artistique ne doit aucunement être interprétée comme une offensive à l'encontre de l'institution propriétaire. Notre thèse ne conduit ainsi pas à remettre en question la réservation propriétaire en droit civil des biens, bien au contraire⁴. En nous intéressant aux spécificités de chaque bien et de chaque matière, nous avons clairement mis en évidence le caractère désirable de la propriété en droit civil. La valeur d'usage de la chose étant rivale concernant les biens soumis au droit civil, leur réservation à un seul ou à un faible nombre d'individus s'impose. *A contrario*, le droit de la création immatérielle, portant sur des œuvres dont la valeur d'usage est, par nature, non rivale, peut tout à fait se dispenser de la réservation propriétaire, cette dernière apparaissant aujourd'hui trop rigoureuse à l'aune d'Internet.

² M-A. CHARDEAUX, « Nommer la prérogative d'usage des choses communes », *D.*, 2019, p. 2195 : « Le domaine commun informationnel ne cesse de s'appauvrir du fait de l'extension sans précédent de la propriété intellectuelle ».

³ C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, 2003, p. 369 : « Ce n'est pas la perte de l'exclusivité, mais l'excès d'exclusivité qui fait perdre son âme au droit d'auteur ».

⁴ Toutefois, concernant le droit de la propriété industrielle, bien qu'il ne s'agisse pas de notre objet d'étude, nous considérons qu'un débat pourrait utilement être ouvert au regard de la finalité sociale de la matière et de la nature des biens concernés.

884. **Légitimation de la théorie de la fonction sociale en droit d’auteur.** Parmi les objectifs initialement fixés, il était également envisagé d’analyser le droit de la création immatérielle à travers une vision instrumentaliste. Tout au long de nos développements, nous avons ainsi conservé pour boussole l’approche utilitariste dégagée aux prémices de cette étude. Cet utilitarisme s’est incarné à travers la poursuite constante de la fonction sociale du droit de la création immatérielle, celle-ci se caractérisant par une harmonie entre protection de l’auteur, incitation à la création et favorisation de l’accès à l’œuvre. La mise en œuvre de la fonction sociale du droit d’auteur nous a conduit à mobiliser les droits fondamentaux⁵, permettant notamment de légitimer l’accès à l’œuvre par une partie du public à travers les droits fondamentaux culturels. En démontrant que le droit de la création immatérielle peut parfaitement servir l’intérêt général⁶, tout en préservant les intérêts prépondérants de l’auteur, nous avons participé à la légitimation de la théorie de la fonction sociale au sein du droit d’auteur. La mise en œuvre d’une telle théorie n’a pu que renforcer notre approche sceptique à l’égard du droit de la propriété littéraire et artistique, les droits de l’auteur ne pouvant, en définitive, être conçus comme des droits égoïstes⁷. Loin de considérer le droit de l’auteur comme une fin en soi, nous avons démontré que les prérogatives du créateur peuvent remplir une fonction sociale, participant à une dynamique bénéficiant à la société tout entière. Dans de telles conditions, la réservation de la quasi-totalité des utilités de l’œuvre aux mains d’un seul, n’apparaissant pas conforme à la fonction sociale de la matière, s’est trouvée rejetée derechef.

885. **De la propriété aux droits littéraires et artistiques.** Une fois la propriété exclue du droit de la création immatérielle, nous avons alors proposé les grandes lignes d’un modèle pouvant s’avérer plus adapté que celui de la propriété littéraire et artistique. Celui-ci, qualifié de « droits littéraires et artistiques », permet d’ouvrir la matière vers le public et plus seulement vers le seul auteur. Cette approche, aux antipodes d’un droit d’auteur « façon Desbois »⁸, n’accorde plus au créateur une propriété, mais un droit exclusif bien moins étendu,

⁵ C. GEIGER, « L’utilisation jurisprudentielle des droits fondamentaux en Europe en matière de propriété intellectuelle : quel apport ? Quelles perspectives ? » in C. GEIGER, *La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe*, LexisNexis, 2013, p. 218 : « Les droits fondamentaux permettent une réflexion sur les fondements des droits de propriété intellectuelle et constituent ainsi souvent le véhicule de la fonction sociale de ces droits ».

⁶ V. HUGO, *Discours au congrès littéraire international*, séance du 25 juin 1878 : « La propriété littéraire appartient, plus que toute autre à l’intérêt général ».

⁷ C. GEIGER, « L’avenir du droit d’auteur en Europe : vers un juste équilibre entre protection et accès à l’information », *op. cit.*, p. 493 : « Loin d’être un droit égoïste, le droit d’auteur a été conçu comme un droit imprégné d’une importante fonction sociale qui constituait, dans une large mesure, sa raison d’être ».

⁸ J.-M. BRUGUIÈRE, « Le “droit d’auteur économique” : un droit d’auteur entrepreneurial perturbateur du droit d’auteur humaniste » in M. VIVANT (en l’honneur de), *Penser le droit de la pensée : mélanges en l’honneur de Michel Vivant*, dir. J.-M. BRUGUIÈRE et C. GEIGER, LexisNexis et Dalloz, 2020, p. 738.

se traduisant notamment à travers un monopole d'exploitation. L'auteur, dépossédé de certaines utilités du bien, ne se trouve ainsi plus en mesure d'exclure les personnes physiques agissant en dehors de tout but commercial de l'accès à l'œuvre. Le droit d'accès à la création, conditionné à une juste rémunération de l'auteur, se trouve accompagné d'un droit d'échantillonnage et d'un droit de courte représentation, assurant une plus grande liberté dans la création d'œuvres dérivées. Les droits littéraires et artistiques sont dès lors plus adaptés en ce qu'ils permettent de poursuivre plus efficacement la fonction sociale de la matière, d'autant plus qu'ils se trouvent envisagés à travers une délimitation plus raisonnable des limites du monopole de l'auteur. À travers un recours plus équilibré à la technique du contrôle de proportionnalité, à l'adaptation de certaines exceptions et à la diminution drastique de la durée de protection du monopole, complété par un domaine public payant commercial, ce modèle alternatif nous paraît utile pour offrir une piste de réflexion menant à une adaptation – devenue urgente – du droit positif.

886. Détermination d'un nouvel équilibre en droit de la création immatérielle.

Au titre des enjeux inhérents à notre étude, rappelons qu'il avait été jugé impératif de déterminer un nouvel équilibre entre les différents acteurs du droit de la création immatérielle. Un tel objectif a été poursuivi d'un bout à l'autre des développements, l'émergence de l'utilisateur n'ayant jamais conduit à purement et simplement sacrifier l'auteur, ce dernier demeurant le destinataire principal, mais non plus exclusif, des droits littéraires et artistiques. L'accès à l'œuvre n'a ainsi été considéré que comme l'une des composantes de la finalité sociale du droit de la création immatérielle, l'incitation à la création et la protection de l'auteur n'ayant jamais été perdues de vue. Partant, notre approche fonctionnaliste du droit d'auteur n'a pas conduit à écraser le créateur sous le poids de la société. En outre, bien que nous nous soyons, à certaines occasions, inspirés des systèmes de *copyright*, nous nous défendons farouchement d'avoir mis en œuvre un simple droit de copie en droit d'auteur. Certes, la mise en avant des thèses utilitaristes est l'un des traits du *copyright*. Pour autant, notre utilitarisme n'est pas dirigé vers les mêmes fins que celui animant les modèles de *Common law*. Les droits littéraires et artistiques ne visent pas seulement l'incitation à la création et la maximisation des revenus issus de l'œuvre ; ils tendent également à préserver la personne de l'auteur dans le respect de l'héritage personnaliste, tout en instituant l'accès à l'œuvre comme nouvelle finalité à part entière. C'est en ce sens que notre modèle se distingue à la fois du *copyright* et du droit de la propriété littéraire et artistique. Ainsi, au regard de sa fonction sociale, il conduit à assurer un équilibre tout à fait inédit en droit de la création immatérielle.

887. **La propriété, modèle substituable au regard des enjeux liés à Internet.** Pour marquer cette étude d'un point final, il convient de répondre sans détour à l'interrogation ayant inspiré notre démarche. Rappelons qu'il s'agissait de faire écho à la question suivante : Le modèle propriétaire est-il le plus adapté à la réservation des œuvres de l'esprit au regard des enjeux liés à Internet ? Au terme de notre démonstration, nous pouvons affirmer que le modèle propriétaire n'est pas le plus adapté à la réservation des œuvres de l'esprit à l'aune d'Internet. Notre analyse conduit à retenir que, loin d'être inévitable, la propriété consiste en un modèle parfaitement substituable en droit de la création immatérielle. Ainsi, Internet, opérant comme révélateur des possibilités de diffusion de l'œuvre, ne saurait traverser le siècle en cours sans profondément métamorphoser notre conception du droit d'auteur. Nous retiendrons que, paradoxalement, pour mieux fuir la propriété, nous avons été amenés à l'êtreindre plus que jamais. Il faut toutefois se résoudre à l'idée qu'elle ne représente pas un modèle obligé, qu'elle ne saurait être inconditionnelle. En somme, en droit de la création immatérielle, la propriété ne doit plus constituer une évidence.

Propositions de textes

Proposition d'une contravention de piratage, V. n° 183 et s. :

Article L.331-20 du Code des droits intellectuels¹ : « *Le piratage consiste en la reproduction non autorisée et non transitoire d'une œuvre de l'esprit via un réseau numérique et en dehors de tout but commercial. La constatation de l'infraction de piratage entraîne l'envoi d'un courrier d'avertissement au domicile du titulaire de l'abonnement à Internet ayant permis la réalisation de l'acte. En cas de récidive dans un délai d'un an suivant la réception du courrier d'avertissement, une amende est adressée au titulaire de l'abonnement à Internet. Le piratage constitue une contravention de troisième classe exclusive de la qualification de contrefaçon. Une contravention de quatrième classe est encourue en cas de multi récidive* ».

Proposition d'une limitation de la période d'exclusivité du contrat, V. n° 444 :

Article L.131-3 al. 2 du Code des droits intellectuels : « *Le contrat ne peut prévoir une période d'exclusivité excédant dix ans à compter de sa signature. La reconduction de l'exclusivité ne peut s'opérer tacitement. Toute clause organisant l'automaticité de ladite reconduction est réputée non écrite. La période d'exclusivité ne peut être reconduite plus d'un an avant l'expiration du premier contrat* ».

¹ L'appellation « Code des créations immatérielles » pourrait également être proposée.

Proposition de substitution d'un monopole d'exploitation à la propriété de l'auteur, V. n° 459 :

Article L.111-1 al. 1 du Code des droits intellectuels : « *L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un monopole d'exploitation opposable à tous* ».

Proposition de création d'un droit d'accès à l'œuvre, V. n° 583 et s. :

Article L.211-1 du Code des droits intellectuels² : « *Dès qu'une œuvre de l'esprit a été divulguée et reproduite en France, l'accès au contenu de cette œuvre par voie dématérialisée est autorisé par le concessionnaire des droits patrimoniaux ou, à défaut d'exploitation par un tiers, par l'auteur lui-même, aux personnes physiques agissant en dehors de tout but commercial et pour une utilisation personnelle ou dans un cercle de famille, ou dans l'exercice de leurs droits d'échantillonnage et de courte représentation. Le droit d'accès à l'œuvre est également reconnu aux associations de défense et de promotion de la culture dès lors qu'elles agissent en dehors de tout but commercial.*

Cet accès, incluant le droit de fixer l'œuvre sur un support numérique, peut être soumis à une juste contrepartie financière. Tout bénéficiaire de cette prérogative est en droit d'exiger une mise à disposition ponctuelle de l'œuvre auprès du détenteur avéré d'une copie, dès lors que l'accès au contenu de celle-ci se révèle impossible après des recherches diligentes. Cette mise à disposition s'opère auprès de l'auteur et de ses ayants droit et, à l'expiration des droits patrimoniaux, auprès de l'utilisateur en ayant fait la demande ».

Proposition de création d'un droit d'échantillonnage et d'un droit de courte représentation, V. n° 613 et s. :

Article L.211-2 du Code des droits intellectuels : « *Dès qu'une œuvre de l'esprit a été divulguée en France, l'utilisation d'échantillons de celle-ci en vue de l'élaboration et de la diffusion d'œuvres composites est autorisée aux personnes physiques agissant en dehors de tout but commercial, sous réserve que soient indiqués le nom de l'auteur ainsi que la source. Les échantillons ne doivent porter que sur une portion réduite de l'œuvre première et constituer*

² Cette numérotation se trouve justifiée par l'importance qu'occupent les droits de l'utilisateur au sein de la matière. Ils doivent ainsi être présentés avant les droits voisins en occupant la numérotation de ces derniers. Un tel bouleversement impliquerait également une modification du titre du livre deux de la première partie, celui-ci faisant actuellement référence aux seuls droits voisins.

une part limitée de l'œuvre seconde. L'auteur de l'œuvre seconde doit recourir à une source licite pour accéder à l'œuvre.

Un droit de courte représentation s'exerce, dans les mêmes conditions, sur les œuvres plastiques, picturales et sur toute œuvre dont il est impossible de faire état en procédant à une représentation partielle. La représentation de l'œuvre peut alors être intégrale, sous réserve de constituer une part limitée de l'œuvre seconde.

Les droits d'échantillonnage et de courte représentation ne donnent lieu à aucune contrepartie financière au bénéfice de l'auteur et des titulaires de droits voisins. L'exercice de ces droits est libre, sauf le trouble anormal causé aux ayants droit de l'œuvre première ».

Proposition de création d'une licence obligatoire en droits littéraires et artistiques, V. n° 642 :

Article L.211-3 du Code des droits intellectuels : « Lorsque l'auteur d'une œuvre de l'esprit reproduite ne procède pas à la mise à disposition gratuite ou n'a pas accompli de diligences en vue d'exploiter l'œuvre commercialement dans un délai d'un an suivant la divulgation ou la dernière mise à disposition continue, une licence obligatoire non exclusive peut être sollicitée judiciairement par toute personne de droit privé ou de droit public.

La licence accordée est strictement circonscrite au droit d'exploiter l'œuvre commercialement sous forme numérique auprès des personnes privées n'agissant pas dans un but commercial, moyennant une juste rémunération reversée à l'auteur et à l'artiste-interprète. Cette rémunération est notamment fixée par le juge par référence aux pratiques du secteur concerné. La licence obligatoire est délivrée pour une durée de dix ans renouvelable en cas de carence persistante de l'auteur. La licence délivrée ne peut voir son terme dépasser celui des droits patrimoniaux de l'auteur.

L'auteur demeure libre de procéder à l'exploitation de son œuvre postérieurement à l'octroi de la licence obligatoire, sans que la validité de cette dernière n'en soit remise en cause. Durant toute la durée de la licence, le concessionnaire se trouve tenu de poursuivre l'exploitation auprès des utilisateurs dans les mêmes conditions que l'auteur. L'auteur ne peut procéder à la mise à disposition de l'œuvre à titre gratuit ou à prix dérisoire durant le délai de la licence obligatoire ».

Proposition d'aménagement du droit de repentir de l'auteur, V. n° 690 :

Article L.121-4 du Code des droits intellectuels : « *L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur celle-ci, dès sa divulgation, d'un droit de repentir lui permettant de modifier son contenu. Les modifications apportées à l'œuvre ne peuvent avoir pour effet de porter atteinte à sa structure générale et son esprit global.*

L'exercice de ce droit ne se trouve pas entravé par l'existence d'une concession des droits patrimoniaux de l'auteur au profit d'un tiers. Toutefois, le droit de repentir ne peut avoir pour effet d'empêcher la commercialisation des stocks déjà constitués et l'annulation des représentations déjà programmées, sauf à ce que ces dernières soient assurées par l'auteur lui-même. Le concessionnaire est en droit de solliciter, auprès de l'auteur, une indemnisation du préjudice subi par l'exercice du droit de repentir »

Proposition de révision de la durée de protection des œuvres de l'esprit, V. n° 852 et proposition de création d'un domaine public payant commercial, V. n° 858 et s. :

Article L.123-1 du Code des droits intellectuels : « *Le monopole d'exploitation reconnu à l'auteur expire après un délai de vingt ans à compter du début de l'année civile suivant la divulgation de l'œuvre. À l'issue de ce délai, l'auteur jouit d'un droit à rémunération inaliénable sur les utilisations commerciales de son œuvre pour une durée de trente ans* ».

Bibliographie sélective

I- Traités, manuels et ouvrages généraux

ALBIGES (C.), *Introduction au droit*, Bruylant, 2022, 7^{ème} éd., 333 p.

ATIAS (C.), *Le droit civil*, « Que sais-je ? », PUF, 2004, 7^{ème} éd., 128 p.

AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français*, Librairies techniques, 1961, 12 t., 7^{ème} éd., 8304 p.

BECCARIA (C.), *Des délits et des peines*, Guillaumin, 1870, [1^{ère} éd. 1764, trad. M. FAUSTIN HÉLIE], 2^{ème} éd., 247 p.

BENTHAM (J.), *Introduction to the principles of morals and legislation*, Payne, 1780, 370 p.

BERGEL (J-L.), **BRUSCHI (M.)** et **CIMAMONTI (S.)**, *Traité de droit civil : les biens*, LGDJ, 2010, 2^{ème} éd., 786 p.

BERTRAND (A.), *Droit d'auteur*, Dalloz, 2010, 3^{ème} éd., 978 p.

BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, LGDJ, 2020, 6^{ème} éd. [5^{ème} éd. citée dans le texte, 2018], 971 p.

CARBONNIER (J.), *Droit civil*, PUF, 2017, 2^{ème} éd., 2 622 p.

CARON (C.), *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 2020, 6^{ème} éd., 674 p.

CHATAIN (M.), *De la propriété littéraire et artistique*, éd. Cotillon, 1880, 186 p.

COMTE (A.), *Système de politique positive*, Librairie scientifique-industrielle de L. Mathias, 1851, 4 t., 748, 472, 624 et 229 p.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2022, 14^{ème} éd., 1106 p.

- DABIN (J.)**, *Théorie générale du droit*, Bruylant, 1959, 3^{ème} éd. [2^{ème} éd. citée, 1953], 440 p.
- DAVERAT (X.)**, *Droit de la propriété littéraire et artistique*, Bréal, 2011, 220 p.
- DE MARTEN (F.)**, *Traité de droit international*, Librairie Marescq aîné, 1883, 567 p.
- DEMOLOMBE (C.)**, *Traité de la distinction des biens*, Durand, Pedone et Hachette, 1875, 2 t., 654 et 738 p.
- DESBOIS (H.)**, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 1978, 3^{ème} éd., 1003 p.
- DROSS (W.)**, *Droit civil, les choses*, LGDJ, 2012, 982 p.
- DRUFFIN-BRICCA (S.) et HENRY (L-C.)**, *Droit des biens*, Lextenso, 2022, 12^{ème} éd., 248 p.
- DUGUIT (L.)**,
- *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Librairie Félix Alcan, 1912, 206 p.
 - *Traité de droit constitutionnel*, Librairie de Boccard, 1921, 5 t., 2^{ème} éd., 3 849 p.
- EDELMAN (B.)**, *La propriété littéraire et artistique*, « Que sais-je ? », PUF, 2008, 128 p.
- GAUDRAT (P.) et SARDAIN (F.)**, *Traité de droit civil du numérique*, Larcier, 2 t., 2015, 905 et 712 p.
- GAUTIER (P-Y.)**, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2019, 11^{ème} éd, 965 p.
- GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.)**, *Traité de droit civil : introduction générale*, LGDJ, 1994, 4^{ème} éd., 891 p.
- HAURIOU (M.)**, *Principes de droit public*, Sirey, 1910, 734 p.
- HOBBS (T.)**, *Léviathan*, Dalloz, 2004 [1^{ère} éd. 1651, trad. D. WEBER], 559 p.
- HUARD (G.)**, *Traité de la propriété intellectuelle*, Marchal et Billard, 1903, 2 t., 400 et 632 p.
- JOSSERAND (L.)**, *Cours de droit civil positif français*, Sirey, 1938, 3 t., 1128, 1260 et 1216 p.
- KELSEN (H.)**,
- *Théorie générale du droit et de l'État*, LGDJ, 1997 [1^{ère} éd. 1925, trad. B. LAROCHE et V. FAURE], 518 p.
 - *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1999, [1^{ère} éd. 1934, trad. C. ENSEINMANN], 367 p.
- LABBÉE (X.)**, *Introduction générale au droit : critères et finalités de la norme juridique*, Septentrion, 2020, 7^{ème} éd., 362 p.
- LOCKE (J.)**, *Traité du gouvernement civil*, Flammarion, 1984 [1^{ère} éd. 1690, trad. D. MAZEL], 408 p.
- LUCAS (A.), LUCAS (H-J) et LUCAS-SCHLOETTER (A.)**, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 2017, 5^{ème} éd., 1756 p.
- MALAURIE (P.) et AYNÈS (L.)**, *Droit des biens*, LGDJ, 2021, 9^{ème} éd., 452 p.

- MARINO (L.)**, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013, 425 p.
- MONTESQUIEU (C.)**, *L'esprit des lois*, Garnier, 2011, 2 t., [1^{ère} éd. 1748], 705 et 753 p.
- NAIM-GESBERT (E.)**, *Droit général de l'environnement*, LexisNexis, 2019, 3^{ème} éd., 290 p.
- OLAGNIER (P.)**, *Le droit d'auteur*, LGDJ, 2 t., 1934, 654 p.
- PARDESSUS (J-M.)**, *Cours de droit commercial*, Garnier, 1814, 4 t., 624, 528, 518 et 554 p.
- PAUVERT (B.) et LATOUR (X.)**, *Libertés publiques et droits fondamentaux*, Studyrama, 2021, 9^{ème} éd. [8^{ème} éd. citée, 2018], 459 p.
- PLANIOI (M.)**, *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, 2 t., 1928, 11^{ème} éd., 1112 p.
- PLANIOI (M.) et RIPERT (G.)**, *Traité pratique de droit civil français*, LGDJ, 1952, 2^{ème} éd., 3 t., 1063 p.
- POLLAUD-DULIAN (F.)**, *Le droit d'auteur*, Economica, 2014, 2^{ème} éd., 1760 p.
- POUILLET (E.)**, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 1908, 3^{ème} éd., 877 p.
- RENOUARD (A-C.)**,
- *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, éd. Jules Renouard, 1838, 2 t., 475 et 487 p.
 - *Traité des brevets d'invention*, éd. Guillaumin, 1844, 548 p.
- ROCHFELD (J.)**, *Les grandes notions du Droit privé*, PUF, coll. Thémis Droit, 2013, 592 p.
- ROUBIER (P.)**, *Le droit de la propriété industrielle*, éd. Recueil Sirey, 1952, 2 t., 612 et 853 p.
- ROUVIÈRE (F.)**, *Le droit civil*, « Que sais-je », PUF, 2022, 2^{ème} éd. [1^{ère} éd. citée, 2019], 128 p.
- SIRINELLI (P.)**, *Propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2016, 310 p.
- STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.)**, *Introduction au Droit*, Litec, 2000, 5^{ème} éd., 649 p.
- SUDRE (F.)**, coll. **L. MILANO, H. SURREL et B. PASTRE-BELDA**, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2021, 15^{ème} éd., 990 p.
- TAFFOREAU (P.) et MONNERIE (C.)**, *Droit de la propriété intellectuelle*, Lextenso, 2015, 4^{ème} éd., 605 p.
- TERRÉ (F.) et MOLFESSIS (N.)**, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 2021, 13^{ème} éd., 711 p.
- TROPER (M.) et CHAGNOLLAUD (D.)**, *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz, 2012, 3 t., 856, 842 et 862 p.
- VARNEROT (V.)**, *Leçons de droit de la propriété littéraire et artistique*, Ellipses, 2012, 383 p.
- VILLEY (M.)**,

- *Philosophie du droit, Les moyens du droit*, Dalloz, 1984, 2^{ème} éd., 176 p.
- *Philosophie du droit, Définitions et fins du droit*, Dalloz, 1986, 4^{ème} éd., 156 p.

VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J-M.), *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2019, 4^{ème} éd., 1385 p.

VON SAVIGNY (F. C.), *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, PUF, [1^{ère} éd. 1814, trad. A. DUFOUR], 2006, 218 p.

ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (T.), *Les biens*, PUF, 2008, 3^{ème} éd., 864 p.

II- Thèses et ouvrages spéciaux

A- Droit

ALBIGES (C.), *De l'équité en droit privé*, Thèse, Montpellier, dir. R. CABRILLAC, LGDJ, 2000, 383 p.

AMBLARD (P.), *Régulation de l'Internet, l'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif*, Bruylant, 2004, 520 p.

AUSSY (C.), *Du droit moral de l'auteur sur les œuvres de littérature et d'art*, Imprimerie J. PIGELET, 1911, 164 p.

BAKER (C.), *Pourquoi faudrait-il punir ? Sur l'abolition du système pénal*, Tahin party, 2004, 182 p.

BARRAUD (B.), *Le renouvellement des sources du droit : illustrations en droit de la communication par Internet*, Thèse, Aix-Marseille, dir. H. ISAR, PUAM, 2018, 585 p.

BÉLOT (D.), *La durée de protection en droit d'auteur et droits voisins*, Thèse, Lyon III, dir. E. TREPPOZ, 2017, 465 p.

BELLI (L.), *De la gouvernance à la régulation de l'Internet*, Thèse, Paris II, dir. G. GUGLIELMI, éd. Berger-Levrault, 2016, 336 p.

BENABOU (V-L.) et ROCHFELD (J.), *À qui profite le clic ? Le partage de la valeur à l'ère numérique*, Odile Jacob, 2015, 108 p.

BENSAMOUN (A.), *Essai sur le dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur*, Thèse, Paris XI, dir. P. SIRINELLI, PUAM, 2008, 668 p.

BERGÉ (J-S.), *L'application du droit national, international et européen*, Dalloz, 2013, 365 p.

BERNAULT (C.), *Open access et droit d'auteur*, Larcier, 2016, 228 p.

BIDAULT (M.), *La protection internationale des droits culturels*, Thèse, Paris X, dir. E. DECAUX et G. MALINVERNI, Bruylant, 2009, 559 p.

BLANC (N.), *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innomés*, thèse, Paris II, dir. P-Y. GAUTIER, Dalloz, 2010, 498 p.

BOFFA (R.), *La destination de la chose*, Thèse, Montpellier, dir. M-L. MATHIEU, Lextenso, 2008, 490 p.

BOISSON (A.), *La licence de droit d'auteur*, Thèse, Montpellier, dir. J. RAYNARD, 2011, 871 p.

BOUCHET-LE MAPPIAN (É.), *Propriété intellectuelle et droit de propriété, droit comparé anglais, allemand et français*, Thèse, Nantes, dir. A. LUCAS, Presses universitaires de Rennes, juin 2013, 376 p.

BREULIER (A.), *Réfutation de l'exposé des motifs du projet de loi sur la propriété littéraire*, éd. Delamotte, 1839, 16 p.

BRONZO (N.), *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux*, l'Harmattan, févr. 2007, 180 p.

BRUGUIÈRE (J-M.),

- *La diffusion de l'information publique : le service public face au marché de l'information*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, 1995, 404 p.
- *Le droit d'auteur au temps du front populaire : Le nouveau paradigme du « travailleur intellectuel »*, Dalloz, 2015, 106 p.
- *Le droit du copyright anglo-américain*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2017, 219 p.
- *Droit des propriétés intellectuelles*, Ellipses, 2018, 3^{ème} éd., 219 p.

BUYDENS (M.), *La propriété intellectuelle : évolution historique et philosophique*, Bruylant, 2012, 490 p.

CABROL (P.), *Les biens culturels en droit civil français*, Thèse, Bordeaux, dir. J. HAUSER, 1999, 762 p.

CARON (C.), *Abus de droit et droit d'auteur*, Thèse, Paris II, dir. A. FRANÇON, Litec, 1998, 341 p.

CARRE (S.), *L'intérêt du public en droit d'auteur*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, 2004, 2 t., 1008 p.

CHARDEAUX (M-A.), *Les choses communes*, Thèse, Paris I, dir. G. LOISEAU, 2006, LGDJ, 487 p.

CHARPENTIER (G.), *De la prétendue propriété littéraire et artistique*, éd. Charpentier, 1862, 31 p.

CHATRY (S.), *Le concours de droits de propriété intellectuelle : essai d'une théorie générale*, Thèse, Nantes, dir. A. LUCAS, éd. Fondation Varenne, 2012, 458 p.

CHATTON (G.), *Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels*, LGDJ, 2013, 645 p.

CLÉMENT-FONTAINE (M.), *Les œuvres libres*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, 2006, 627 p.

COLOMBET (C.), *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde : approche de droit comparé*, Litec, 1992, 2^{ème} éd., 196 p.

CORNU (M.), *Le droit culturel des biens, l'intérêt culturel juridiquement protégé*, Thèse, Paris II, dir. D. TALLON, Bruylant, 1996, 621 p.

CORNU (M.), FROMAGEAU (J.) et WALLAERT (C.), *Dictionnaire comparé du droit du patrimoine culturel*, éd. CNRS, 2012, 1024 p.

- DABIN (J.)**, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, 307 p.
- DEFFAIRI (M.)**, *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, Thèse, Paris I, dir. M. DEGUERGUE-BOURGOIN, éd. IRJS, 2015, 877 p.
- DE MARCO (E.)**, *L'anonymat sur Internet et le Droit*, Thèse, Montpellier, dir. D. THOMAS, 2005, 2 t., 776 p.
- DONNAT (F.)**, *Droit européen de l'Internet : réseaux, données, services*, LGDJ, 2018, 207 p.
- DOUTRELEPONT (C.)**, *Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire*, Thèse, Bruxelles, dir. M. WAELBROECK et M. HANOTIAU, Bruylant et LGDJ, 1997, 629 p.
- DUCLERCQ (J-B.)**, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse, Paris I, dir. M. VERPEAUX, LGDJ, 2015, 537 p.
- DUIGIT (L.)**, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Dalloz, 2003, 623 p.
- DUVILLIÉ (T.)**, *Droit, œuvres culturelles et évolutions numériques : essai sur l'adaptation du cadre juridique des livres*, Thèse, Nancy, dir. S. EVRARD, 2015, 486 p.
- DWORKIN (R.)**, *Taking rights seriously*, Bloomsbury, 11^{ème} éd., 2020, 444 p.
- EL KHOURY (P.)**, *Les exceptions au droit d'auteur : étude de droit comparé*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, 2007, 553 p.
- FABRE (B.)**, *La crise du droit d'auteur : une approche systémique*, Thèse, Aix-Marseille, dir. J. FRAYSSINET, 2012, 546 p.
- FLORIMOND (G.)**, *Droit et Internet, de la logique internationaliste à la logique réaliste*, Thèse, Nantes, dir. I. DESPRES, Mare et Martin, 2016, 736 p.
- FRIER (P-L.)**, *Droit du patrimoine culturel*, PUF, déc. 1997, 526 p.
- GALOPIN (B.)**, *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, Thèse, Paris XI, dir. P. SIRINELLI, IRPI, 2012, 488 p.
- GEIGER (C.)**, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, 2003, 539 p.
- GERVAIS (D.)**, *La notion d'œuvre dans la Convention de Berne et en droit comparé*, Thèse, Nantes, dir. A. LUCAS, Librairie Droz, 1998, 276 p.
- GIBLIN (R.) et WEATHERALL (K.)**, *What if we could reimagine copyright?*, The Australian national university, 2017, 332 p.
- GLEIZE (B.)**, *La protection de l'image des biens*, Thèse, Montpellier, dir. J-M. BRUGUIÈRE, Defrénois, 2008, 445 p.
- GUTIERREZ-LACOUR (S.)**, *Le temps dans les propriétés intellectuelles*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, Litec, 2004, 560 p.
- HOHFELD (W.)**, *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, éd. Alpha, 2020, 114 p.

HUGON (C.), *Le régime juridique de l'œuvre audiovisuelle*, Thèse, Montpellier, dir. J-M. MOUSSERON, Litec, 1993, 537 p.

IHRAI (O.), *La protection juridique des créations immatérielles à l'ère de l'économie numérique*, Thèse, Nice, dir. P. SAUNIER, décembre 2009, 2 t., 519 p.

ITANEAU (O.), *Quand le digital défie l'État de droit*, Eyrolles, 2016, 188 p.

JOSSERAND (L.), *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 1939, 2^{ème} éd., 454 p.

LABOULAYE (É.), *Histoire du droit de propriété foncière en occident*, Laboulaye, Durand et Remmelmann, 1839, 532 p.

LAROQUE (O.), *Les lois symboliques : une étude à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, Thèse, Paris II, dir. P-Y. GAUTIER, éd. Panthéon-Assas, 2021, 424 p.

LATIL (A.), *Création et droits fondamentaux*, Thèse, Lyon 3, dir. Y. REINHARD, LGDJ, 2014, 384 p.

LAURENT (J.), *La propriété des droits*, Thèse, Paris I, dir. T. REVET, LGDJ, 2012, 568 p.

LEGENDRE (R.), *Droits fondamentaux et droit international privé, Réflexion en matière personnelle et familiale*, Thèse Paris II, dir. L. GANNAGE, Dalloz, 2020, 355 p.

LÉGER (P.), *La recherche d'un statut de l'œuvre transformatrice : contribution à l'étude de l'œuvre composite en droit d'auteur*, Thèse Paris I, dir. P. SIRINELLI, LGDJ, 2018, 504 p.

LESSIG (L.) *Free culture, how big media uses technology and the law to lock down culture dans control creativity*, The Penguin Press, New York, 2004, 345 p.

LINDSAY (D.), *International Domain Law*, Oxford et Portland, 2007, 489 p.

MACK (É.), *De la durée du droit d'auteur*, Marchal et Billard, 1893, 36 p.

MACPHERSON (C.), *La théorie politique de l'individualisme possessif de Hobbes à Locke*, Galimard, 1971, [trad. M. FUCHS], 347 p.

MACREZ (F.), *Créations informatiques : bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, Litec, 2011, 494 p.

MARINO (L.), *Responsabilité civile et activité d'information*, Thèse, Montpellier, dir. M. BIBENT, 1995, 443 p.

MIKAELIAN (N.), *La mutation des droits d'auteur dans l'environnement numérique : l'émergence d'un droit d'accès*, Thèse, Nice, dir. G. GOURDET, 2004, 559 p.

MOURON (P.), *Le droit d'exposition des œuvres graphiques et plastiques*, Thèse, Aix-Marseille, dir. H. ISAR, PUAM, 2013, 762 p.

MURRAY (L.) et TROSOW (S.), *Canadian copyright citizen's guide*, éd. Between the lines, 2013, 2^{ème} éd., 286 p.

NEIRAC-DELEBECQUE (C.), *Le lien entre l'auteur et son œuvre*, Thèse, Montpellier, dir. J. RAYNARD, 1999, 417 p.

NGUYEN DUC LONG (C.), *La numérisation des œuvres, aspects de droits d'auteur et de droits voisins*, Thèse, Paris XI, dir. P. SIRINELLI, Litec, 2001, 371 p.

OST (F.), *À quoi sert le Droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruylant, 2016, 570 p.

OUTTERS BALIGAND (M.), *Les propriétés intellectuelles à l'aune du triptyque*, Thèse, Paris I, dir. G. LOISEAU, 2015, 756 p.

PALLARD (H.) et TZITZIS (S.), *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*, l'Harmattan, 1997, 173 p.

PAPANDRÉOU-DETERVILLE (M-F.), *Le droit anglais des biens*, Thèse, Strasbourg, dir. C. WITZ, LGDJ, Paris, 2004, 768 p.

PASCAL (M-A.), *Etude comparée du droit d'auteur et des droits de la personnalité*, Thèse, Montpellier, dir. A. ROBIN, 2011, 646 p.

PIATEK (D.), *La crise des exceptions en droit d'auteur*, Thèse, Orléans, dir. J. LEROY, Institut universitaire Varenne, 2017, 548 p.

PIERRAT (E.), *La guerre des copyrights*, Fayard, 2006, 297 p.

POLLAUD-DULIAN (F.), *Le droit de destination : le sort des exemplaires en droit d'auteur*, Thèse, Paris II, dir. A. FRANÇON, LGDJ, 1989, 552 p.

PONTIER (J-M.), **RICCI (J-C.)** et **BOURDON (J.)**, *Droit de la culture*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1996, 540 p.

QUÉMÉNER (M.) et **FERRY (J.)**, *Cybercriminalité : Défi mondial et réponses*, Economica, 2007, 281 p.

QUÉMÉNER (M.), **DALLE (F.)** et **WIERRE (C.)**, « Quels droits face aux innovations numériques ? », *Gualino*, 2020, p. 189

RAHAL (N.), *Le droit moral face aux nouvelles technologies*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, 1998, 328 p.

RAWLS (J.),

- *Justice et démocratie*, Le Seuil, 2000, [trad. C. AUDARD, P. DE LARA, F. PIRON et A. TCHOUDNOWSKY], 385 p.
- *Théorie de la justice*, éd. Points, 2009 [1^{ère} éd. 1971, trad. C. AUDARD], 665 p.

RAYNARD (J.), *Droit d'auteur et conflits de lois : essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Thèse, Montpellier, dir. M. VIVANT, Litec, 1990, 718 p.

RECHT (P.), *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, LGDJ, 1969, 332 p.

RENOUARD (A-C.), *Du droit industriel dans ses rapports avec les principes du droit civil sur les personnes et sur les choses*, éd. Guillaumin, 1860, 467 p.

- REJET (T.)**, *La force de travail, étude juridique*, Thèse, Montpellier, dir. B. TEYSSIÉ, Litec, 1992, 727 p.
- RIPERT (G.)**, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, 225 p.
- ROBIN (A.)**, *La copropriété intellectuelle, contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, Thèse, Montpellier, dir. N. MALLET-POUJOL, LGDJ, 2005, 538 p.
- ROMAINVILLE (C.)**, *Le droit à la culture, une réalité juridique : le régime du droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et en droit international*, Thèse, Louvain, dir. M. VERDUSSEN, Bruylant, 2014, 896 p.
- ROQUES-BONNET (M-C.)**, *Le Droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Thèse, Toulouse, dir. L. RAPP, éd. Michalon, 2010, 608 p.
- ROSS (A.)**, *Introduction à l'empirisme juridique*, LGDJ, 2004, [1^{ère} éd. 1970, trad. É. MILLARD et E. MATZNER], 231 p.
- SALAUN (P.) et SCHWEITZER (P.)**, *Droit et économie des médias et des univers numériques*, Studyrama, 2015, 443 p.
- SAVARY (J.)**, *De la durée de la propriété littéraire et artistique, particulièrement au point de vue des arts plastiques*, éd. Georges Petit, 1912, 128 p.
- SERVERIN (E.)**, *Sociologie du droit*, La découverte, 2000, 119 p.
- SIMLER (C.)**, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, Thèse, Strasbourg, dir. C. CARON et Y. REBOUL, 2010, 513 p.
- SIMON (D.)**, *Le système juridique communautaire*, PUF, 1997, 3^{ème} éd., 779 p.
- STROWEL (A.)**, *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences : étude de droit comparé*, Thèse, Louvain, dir. L. VAN BUNNEN, Bruylant et LGDJ, 1993, 722 p.
- TERRIER (É.)**, *Vers une nouvelle figure du droit d'auteur : l'affirmation d'une logique publique culturelle*, Thèse, Poitiers, dir. M. CORNU, Larcier, 2021, 558 p.
- TRUDEL (P.)**, **ABRAN (F.)**, **BENYEKHEF (K.) et HEIN (S.)**, *Droit du cyberspace*, Thémis, 1997
- VANUXEM (S.)**, *Les choses saisies par la propriété*, Thèse, Paris I, dir. T. REJET, IRJS 2012, 743 p.
- WEBER (M.)**, *Sociologie du droit*, PUF, 2007, 235 p.
- XIFARAS (M.)**, *La propriété : étude de philosophie du droit*, Thèse, Besançon, dir. R. DAMIEN, PUF, 2004, 539 p.
- ZENATI (F.)**, *Essai sur la nature juridique de la propriété : contribution à la théorie du droit subjectif*, Thèse, Lyon III, dir. J. RUBELLIN-DEVICHI, 1981, 2 t., 817 p.
- ZOLLINGER (A.)**, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, Thèse, Poitiers, dir. P. GAUDRAT, LGDJ, 2008, 475 p.

B- Économie

BENHAMOU (F.) et FARCHY (J.), *Droit d'auteur et copyright*, La Découverte, 2007, 128 p.

COMMONS (J.), *The distribution of wealth*, Macmillan and co., 1893, 258 p.

DEJEAN (S.), *Numérisation des biens culturels : piratage et émergence de communautés virtuelles*, Thèse, Pau, dir. A. BOUET, 2007, 169 p.

FARCHY (J.), *Internet et le droit d'auteur : la culture Napster*, éd. CNRS, 2003, 202 p.

FARCHY (J.), MÉADEL (C.) et SIRE (G.), *La gratuité, à quel prix ? Circulation et échange de biens culturels sur Internet*, Presses des mines, 2015, 132 p.

FAYON (D.), *Géopolitique d'Internet, qui gouverne le monde ?*, Economica, 2013, 220 p.

GIORCELLI (M.) et MOSER (P.), *Copyrights and creativity - evidence from Italian operas in the Napoleonic age*, National bureau of economic research working paper series, 2016, 35 p.

LÉVÊQUE (F.) et MÉNIÈRE (Y.), *Économie de la propriété intellectuelle*, La Découverte, 2003, 128 p.

MACGARVIE (M.) et MOSER (P.), *Copyright and the profitability of authorship : evidence from payments to writers in the romantic period*, National bureau of economic research working paper series, oct. 2013, 72 p.

OSTROM (E.), *Gouvernance des biens communs : pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, De Boeck, 2010, 301 p.

PETROU-FRELING (J.), *L'évolution du droit d'auteur à l'heure du livre numérique : les conditions de développement d'un nouveau marché*, Thèse, Paris I, dir. J. FARCHY, 2016, 298 p.

PROUDHON (P-J.),

- *Qu'est-ce que la propriété ? Ou recherches sur le principe du droit et du gouvernement*, La librairie de Prévot, Paris, 1840, 445 p.
- *Les majorats littéraires, examen d'un projet de loi ayant pour but de créer au profit des auteurs, inventeurs et artistes un monopole perpétuel*, Impression Lebègue, Bruxelles, 1862, 166 p.

RIFKIN (J.),

- *L'âge de l'accès : la révolution de la nouvelle économie*, La Découverte, 2005 (première parution à l'étranger en 2000), 406 p.
- *La nouvelle société du coût marginal zéro, l'Internet des objets, l'émergence des communaux collaboratifs et l'éclipse du capitalisme*, Les liens qui libèrent, 2014, 510 p.

C- Société

AIGRAIN (P.), *Internet et Création*, In libro Veritas, 2008, 121 p.

AXEL (P.), *La révolution musicale : liberté, égalité, gratuité*, éd. Pearson, 2007, 240 p.

DURAND (E.), *La menace fantôme : les industries culturelles face au numérique*, Presses de Science po, 2014, 148 p.

PARIS (T.), *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, PUF, 2002, 232 p.

PRZYSWA (É.), *Cybercriminalité et contrefaçon*, éd. FYP, 2010, 199 p.

UNTERSINGER (M.), *Anonymat sur Internet, protéger sa vie privée*, éd. Eyrolles, 2014, 236 p.

JUTTEAU (J-A.), *L'âge du jeu*, Sciences Po les presses, 2017, 156 p.

III- Ouvrages collectifs

A- Droit

ABELLO (A.) et FRISON-ROCHE (M-A.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, 447 p.

Agence francophone pour l'enseignement supérieur et la recherche, *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, éd. Aupelf-Uref, 1994, 687 p.

ALBIGES (C.) et HUGON (C.), *Immeuble et droit privé : approches transversales*, Lamy, 2012, 269 p.

BENSAMOUN (A.), LABARTHE (F.) et TRICOIRE (A.), *L'œuvre de l'esprit en question(s) : un exercice de qualification*, Mare et martin, 2015, 252 p.

BORGHI (M.) (en l'honneur de), *Mélanges en l'honneur de Marco Borghi*, dir. J-B. ZUFFEREY, J. DUBEY et A. PREVITALI, Schulthess Verlag, 2011, 664 p.

BRUGUIÈRE (J-M.), *Droit d'auteur et culture*, Dalloz, 2007, 146 p.

BRUGUIÈRE (J-M.), MALLET-POUJOL (N.) et ROBIN (A.), *Propriété intellectuelle et droit commun*, PUF, 2007, 400 p.

BUYDENS (M.) et DUSOLLIER (S.), *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, Bruylant, 2008, 304 p.

CABRILLAC (R.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 28^{ème} éd., 2022, 1097 p.

CATALA (P.) (offert à), *Le droit privé français à la fin XXème siècle : études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, 800 p.

CHATRY (S.), *La régulation d'Internet, regards croisés de droit de la concurrence et de droit de la propriété intellectuelle*, éd. Mare et Martin, 2015, 188 p.

Collectif Litec, *Le discours et le code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, févr. 2004, 398 p.

COLOMER (A.) (offert à), *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, 539 p.

Comité de l'association pour la défense de la propriété littéraire et artistique, *La propriété littéraire sous le régime du domaine public payant*, Hachette, 1862, 31 p.

CORNU (M.), ORSI (F.), ROCHFELD (J.), *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017, 1240 p.

DE BEAUFORT (V.), *Droits de propriété intellectuelle dans un monde globalisé*, Vuibert, 2009, 234 p.

MALAURIE (P.) (en l'honneur de), *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie*, dir. A. DECOCQ, L. AYNÈS, P-Y. GAUTIER, B. BEIGNIER et C. CRONE, Defrénois, 2005, 422 p.

DELMAS-MARTY (M.) et LUCAS DE LEYSSAC (C.), *Libertés et droits fondamentaux*, Le Seuil, 2^{ème} éd., 2002, 468 p.

DE MALAFOSSE (J.) (en l'honneur de), *Mélanges en l'honneur du Professeur Jehan de Malafosse : entre nature et humanité*, dir. J. FROMAGEAU, C. HUGLO et F-G. TRÉBULLE, LexisNexis, 2016, 513 p.

DOUTRELEPONT (C.) et DUBUISSON (F.), *Le droit d'auteur adapté à l'univers numérique*, Bruylant, 2008, 311 p.

DUSOLLIER (S.), *Le droit d'auteur : un contrôle de l'accès aux œuvres*, Bruylant, 2000, 87 p.

FALQUE (M.) et MASSENET (M.), *Droits de propriété et environnement*, Dalloz, 1997, 372 p.

FAVREAU (A.), *La propriété intellectuelle en dehors de ses frontières*, Larcier, 2019, 244 p.

FOURNIER (S.), *L'immatériel et le droit, perspectives et limites*, Institut Universitaire Varenne, 2017, 136 p.

FRISON-ROCHE (M-A.), *Internet, espace d'interrégulation*, Dalloz, 2016, 224 p.

FRISON-ROCHE (M-A.) et ABELLO (A.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, 449 p.

GEIGER (C.), *La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe*, LexisNexis, 2013, 229 p.

GEIST (M.), *The copyright pentalogy : how the supreme court of Canada shook the foundations of Canadian copyright law*, éd. M. GEIST, 2013, 456 p.

GLEIZE (B.) et MAFFRE-BAUGÉ (A.), *La propriété intellectuelle renouvelée par le numérique*, Dalloz, 2020, 241 p.

LUCAS (H-J.) (en hommage à), *Les modèles propriétaires*, LGDJ, Université de Poitiers, août 2012, 256 p.

Institut de Recherche en Propriété Intellectuelle,

- *La propriété intellectuelle en question(s) : regards croisés européens*, Colloque de l'IRPI, LexisNexis, 2006, 224 p.
- *Contrefaçon sur Internet : les enjeux du droit d'auteur sur le web 2.0*, Colloque de l'IRPI, LexisNexis, 2009, 212 p.
- *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?* Colloque de l'IRPI, LexisNexis, 2013, 172 p.

KAPLAN (D.), *Informatique, libertés, identités*, éd. FYP, 2010, 144 p.

LUCAS (A.), *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, 830 p.

MALABAT (V.) et ZABALZA (A.), *La propriété au XIXème siècle : un modèle ancestral toujours adapté aux grands enjeux de notre environnement ?*, Dalloz, 2021, 137 p.

MOUSSERON (J-M.), *Inventer*, Centre du droit de l'entreprise, Montpellier, 2001, 492 p.

MUNZER (S.), *New essays in the legal and political theory of property*, Cambridge University Press, 2001, 209 p.

OKEDIJI (R.), *Copyright in an age of limitations and exceptions*, Cambridge university press, 2017, 528 p.

OST (F.) (en hommage à), *Le droit malgré tout, Hommage à François Ost*, dir. Y. CARTUYVELS, A. BAILLEUX, D. BERNARD, H. DUMONT, I. HACHEZ et D. MISONNE, Presses de l'Université Saint-Louis, 2018, 955 p.

PIATTI (M-C.) et QUIQUEREZ (A.), *L'accès aux biens culturels, quel(s) défi(s) pour le droit ?* l'Harmattan, 2016, 112 p.

PLAISANT (M.) (en l'honneur de), *Etudes sur la propriété industrielle, littéraire et artistiques, mélanges Marcel Plaisant*, Sirey, 1960, 304 p.

POIRRIER (P.), *Politiques et pratiques de la culture*, La documentation française, 2010, 303 p.

REJET (T.), *Code civil et modèles : des modèles du Code au Code comme modèle*, LGDJ, 2005, 612 p.

SCHMIDT-SZALEWSKI (J.) (en l'honneur de), *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé, mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, dir. C. GEIGER et C. RODÀ, LexisNexis, 2014, 425 p.

SIGNORILE (P.), *Droit, musique et numérique : considérations croisées*, PUAM, 2019, 137 p.

SIMLER (P.) (offert à), *Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, Dalloz et LexisNexis, 2006, 930 p.

Société Française pour le Droit International, *Internet et le droit international*, colloque de Rouen, éd. Pedone, 2014, 497 p.

SUDRE (F.) (en l'honneur de), *Les droits de l'Homme à la croisée des droits, mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, dir. G. GONZALEZ, A. GOUTTENOIRE, L. MILANO, H. SURREL et R. TINIÈRE, LexisNexis, 2018, 860 p.

TERRÉ (F.), *Le droit et l'immatériel*, *Archives de philosophie du droit*, t. 43, Sirey, 1999, 521 p.

TEYSSIÉ (B.), *La communication numérique, un droit, des droits*, éd. Panthéon Assas, 2013, 630 p.

VIVANT (M.),

- *Propriété intellectuelle et mondialisation, La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Dalloz, 2004, 185 p.
- *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2019, 712 p.
- *(en l'honneur de) Penser le droit de la pensée : mélanges en l'honneur de Michel Vivant*, dir. J-M. BRUGUIÈRE et C. GEIGER, LexisNexis et Dalloz, 2020, 946 p.

WALTER (M.), *La durée de protection du droit d'auteur et des droits voisins*, Medien und Recht Publishing, 2012, 790 p.

B- Économie

CORIAT (B.), *Le retour des communs, la crise de l'idéologie propriétaire*, éd. Les liens qui libèrent, 2015, 250 p.

MÉADEL (C.) et FARCHY (J.), *Télécharge-moi si tu peux*, Presses des Mines, 2015, 112 p.

COOPER DREYFUSS (R.), LEENHEER ZIMMERMAN (D.) et FIRST (H.), *Expanding the boundaries of intellectual property : innovation policy for the knowledge society*, Oxford University press, 2001, 492 p.

IV- Articles et chroniques

A- Droit

ALBIGES (C.),

- « L'obligation d'exploiter un bien », *RTD civ.*, 2014, p. 795
- « Articulation entre devoir de mise en garde de la caution et exigence de proportionnalité », *D.*, 2017, p. 2573

ALLEAUME (C.),

- « Les nouvelles exceptions du droit d'auteur », *Les petites affiches*, 2007, n° 244, p. 46
- « La mise en balance du droit d'auteur », *RIDC*, Vol. 62, n° 2, 2010, p. 423

ATIAS (C.),

- « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.*, 1977, chron. 251
- « La propriété immobilière privée en relation », *AJDI*, 2012, p. 477

BARDIN (M.), « Le droit d'accès à Internet : entre "choix de société" et protection des droits existants », *RLDI*, n° 91, 1^{er} mars 2013

BARON (J.), « Rescuing the bundle-of-rights metaphor in property law », *University of Cincinnati law review*, vol. 82, 2014, n° 1, p. 57

BÉCOURT (D.),

- « Vers une révolution du droit d'auteur ? », *Dr. et patr.*, n° 72, 1^{er} juin 1999
- « L'utilisation des œuvres et ses incidences sur les droits des auteurs », *Les petites affiches*, 2000, n° 105, p. 5

BÉLOT (D.), « La durée du droit d'auteur en héritage », *Juris art etc.*, 2017, n° 51, p. 32

BENABOU (V-L.),

- « Puiser à la source du droit d'auteur », *RIDA*, n° 192, avr. 2002, p. 3
- « Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle », *RLDI*, n° 1, 1^{er} janv. 2005
- « Grand guignol », *Propriétés intellectuelles*, n° 32, juillet 2009, p. 212
- « Droit d'accès aux contenus culturels », *Juris art etc.*, 2015, n° 26, p. 36
- « Les "exceptions" : variations autour d'une notion floue », *RIDA*, n° 256, avr. 2018, p. 107

BENSAMOUN (A.),

- « Victor Hugo et le droit d'auteur, suite et... suite », *RLDI*, n° 25, 1^{er} mars 2007
- « La protection de l'œuvre de l'esprit par le droit d'auteur : "qui trop embrasse mal étreint" », *D.*, 2010, p. 2919

- « La personnalité morale en droit d’auteur : auteur contre-nature ou titulaire naturel ? », *D.*, 2013, p. 376

BLANDY (S.), DIXON (J.) et DUPUIS (A.), « Theorising power relationships in multi-owned residential developments : unpacking the bundle of rights », *Urban Studies*, vol. 43, 2006, n° 13, p. 2365

BERNAULT (C.), « La tentation d’une régulation technique du droit d’auteur », *RLDI*, n° 15, 1^{er} avr. 2006

BOFFA (R.), « Propriété contre proportionnalité », *Revue justice actualité*, n° 24, ENM, déc. 2020, p. 106

BOISSON (A.),

- « Livres indisponibles du XXème siècle : une page se tourne », *Juris art etc.*, 2013, n° 7, p. 18
- « Cession et licence en droit d’auteur », *Legicom*, 2014, vol. 2, n° 53, p. 59

BOUBEKEUR (I.), « De la “loi HADOPI” à la “loi HADOPI 2” », *RLDI*, n° 51, juillet 2009

BRUGUIÈRE (J-M.),

- « Le rapprochement des notions de bien et de produit culturel », *Legicom*, 2006, vol. 2, n° 36, p. 9
- « Faits et méfaits de la perpétuité dans la propriété littéraire et artistique », *Propriété industrielle*, n° 10, oct. 2010, dossier 10
- « L’absence d’examen circonstancié déjà dans l’arrêt *les Misérables* », *Juris art etc.*, 2016, n° 39, p. 22
- « Internet et droit d’auteur, des points de vue contrastés », *L’observatoire*, 2020/1, n° 55, p. 43
- « Les Métavers, nouveau mode d’exploitation du droit d’auteur », *RLDI*, avr. 2022, n° 191

CANEVET (S.) et ROJINSKY (C.), « Et si le droit d’auteur allait trop loin, sur Internet et ailleurs ? », *D.*, 2005, p. 849

CARBONNIER (J.), « La sociologie juridique et son emploi en législation : communication à l’académie des sciences morales et politiques », *Académie des sciences morales et politiques*, Paris, 1968, p. 91

CARON (C.),

- « Les droits de l’homme réconciliés avec le droit d’auteur », *D.*, 2001, p. 2504
- « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP G*, n° 39, 22 sept. 2004, p. 1623
- « Le consommateur en droit d’auteur », *Lamy droit des affaires*, n° 77, 1^{er} déc. 2004
- « Les exceptions au monopole, zone de turbulences du droit d’auteur », *JCP G*, 15 avr. 2013, n° 16, p. 431
- « A la recherche d’un *jus unum* de l’Internet », *CCE*, n° 6, juin 2017
- « L’œuvre libre confrontée à quelques aspects du droit commun des biens et du droit d’auteur », *CCE*, n° 7-8, juill. 2018, étude 12

CASANOVA (A.), « La licence de logiciel libre est un contrat d'adhésion et l'action visant à faire réparer le dommage de sa violation est de nature contractuelle », *RLDI*, n° 162, 1^{er} août 2019

CATALA (P.), « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *D.*, 1984, p. 97

Centre d'études et de coopération juridique interdisciplinaire, « Propriété littéraire et artistique – chronique », *JCP E*, n° 3, 18 janv. 2018, p. 1031

CERVETTI (P-D), « Pour un droit d'auteur pédagogique : l'adaptation du droit à son public », *RLDI*, n° 67, 1^{er} janv. 2011

CHARDEAUX (M-A.),

- « Le droit d'auteur et Internet : entre rupture et continuité », *CCE*, n° 5, mai 2011, ét. 10
- « Nommer la prérogative d'usage des choses communes », *D.*, 2019, p. 2195

CHARPENEL (Y.), « Le Darkweb, un objet juridique parfaitement identifié : le paradis, l'enfer ? », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 71

CHAZAL (J-P.),

- « La propriété : dogme ou instrument politique ? », *RTD civ.*, 2014, p. 763
- « Le propriétaire-souverain : archéologie d'une idole doctrinale », *RTD civ.*, 2020, p. 1
- « Propriété et liberté », *D.*, 2021, p. 1329

CHEROT (J-Y.), « Qu'est-ce que le contrôle *in concreto* ? », *Cahiers de méthodologie juridique*, PUAM, 2018, n° 5, p. 2090

CHOMIAC DE SAS (P-X.),

- « L'exception de parodie pour les dérisions numériques d'œuvres préexistantes », *RLDI*, n° 131, 1^{er} nov. 2016
- « Le dark web ou l'internet clandestin et son encadrement juridique », *RLDI*, n° 149, 1^{er} juin 2018

CLAUSEN (F.), « Le contrôle de proportionnalité par la Cour de justice de l'Union européenne », *AJDA*, 2021, p. 800

CORNU (M.), « La notion de bien culturel : un double héritage privatiste et publiciste », *Lamy droit civil*, n° 165, 1^{er} déc. 2018

COULAUD (M.), « Droit d'auteur et téléchargement de fichiers ou le désaccord parfait ? », *RLDI*, n° 12, 1^{er} janv. 2006

DE HAAS (C.), « L'imprévisible droit d'auteur », *Propriétés intellectuelles*, n° 43, avr. 2012, p. 216

DEL REY (M-J.), « La notion controversée de patrimoine commun », *D.*, 2006, p. 388

DELVOIE (A.), « Les licences Creative Commons de mise à disposition d'œuvres en ligne », *Gaz. Pal.*, 2005, n° 109

DE MAISON ROUGE (O.), « Darkweb, plongée en eaux troubles », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 74

DE GUZMAN (G.), « The Deep, the Dark, the illegal Web », *Richmond journal of law and technology*, 7 nov. 2016

DERIEUX (E.),

- « L'avenir du droit d'auteur », *Les petites affiches*, n° 128, juin 2006 p. 14
- « Le livre numérique : questions juridiques sans réponses », *RLDI*, n° 60, 1^{er} mai 2010
- « Le régime juridique de l'exploitation numérique des livres indisponibles du XXème siècle », *RLDI*, n° 87, 1^{er} nov. 2012
- « Œuvres orphelines ou état de déshérence ? Le droit d'auteur réduit comme peau de chagrin », *RLDI*, n° 90, 1^{er} févr. 2013

DE ROQUEFEUIL (B.), « Le statut juridique des logiciels libres : un régime qui n'est pas unifié », *Gaz. Pal.*, 2007, n° 18, p. 10

DESURVIRE (D.), « L'atomisation de la propriété », *Les petites affiches*, 1994, n° 90

DNES (A.), « Should the UK move to a fair-use copyright exception ? », *International review of intellectual property and competition law*, juin 2013, p. 418

DORMONT (S.), « L'élaboration de la norme en droit d'auteur : les discours sur la légitimité », *Légipresse*, 2019, p. 79

DREYER (E.),

- « Liberté de communication et droit d'auteur », *RLDI*, n° 25, 1^{er} mars 2007
- « La liberté d'expression comme "droit" concurrent », *RLDI*, n° 49, 1^{er} mai 2009
- « Précisions sur le contrôle par le CSA de l'accès des mineurs aux sites pornographiques », *Légipresse*, 2021, p. 618

DROSS (W.),

- « Une approche structurale de la propriété », *RTD Civ*, 2012, p. 419
- « Que l'article 544 du Code civil nous dit-il de la propriété ? », *RTD Civ*, 2015, p. 27

DUONG (L-M.), « Les sources du droit d'Internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau », *D.*, 2010, p. 783

DUSOLLIER (S.) et BUYDENS (M.), « Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses », *CCE*, sept. 2001, n° 9, chron. 22

ÉCHARD (R.), « Cybersécurité en entreprise, comment protéger votre patrimoine intellectuel et industriel ? », *Dalloz IP/IT*, 2019, p. 675

EDELMAN (B.),

- « Du mauvais usage des droits de l'homme », *D.*, 2000, p. 455
- « L'œuvre ne meurt jamais », *D.*, 2011, p. 1708

EL BADAWI (L.), « La nécessaire révision du régime français d'exploitation numérique des livres indisponibles », *Revue de l'Union européenne*, 2017, p. 78

ELKAÏM (J.), SAND (C.) et SABER (S.), « Métavers : réflexions prospectives – Propriété intellectuelle, fiscal, pénal », *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, mai 2022, n° 1, doss. 10

EMERICH (Y.) et RIVARD (F.), « La résurgence des communs en droit des biens contemporain : étude sur les cohabitats écologiques et les ruelles vertes », *Revue générale de droit*, vol. 50, 2020, n° 1, p. 245

ÉMILE-ZOLA-PLACE (E.), « L'allongement de la durée de certains droits voisins : "question d'équilibre" », *Légipresse*, 2011, p. 693

ERBER (M.), « Cyberattaques et protection des données personnelles au temps du Covid-19 », *Les petites affiches*, avr. 2020, n° 84, p. 9

EYNAUD (P.), « Quand le droit d'auteur emprunte le sentier des communs », *Juris associations*, 2021, n° 640, p. 27

FAVALE (M.), « The right of access in digital copyright : right of the owner or right of the user ? », *The journal of world intellectual property*, 2012, vol. 15, n° 1, p. 1

FAVREAU (A.), « La valeur sociale des objets de la propriété intellectuelle », *RLDI*, n° 77, 1^{er} déc. 2011

FERRY-FALL (M-A.), « La tentation de la dépossession : les œuvres orphelines », *RLDI*, n° 49, 1^{er} mai 2009

FRAYSSINET (J.), « La traçabilité des personnes sur l'Internet », *Dr. et patr.*, n° 93, 1^{er} mai 2001

FRISON-ROCHE (M-A.), « Pour réguler l'espace numérique : la solution de l'interrégulation », *CCE*, n°11, nov. 2016

FULCHIRON (H.), « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.*, 2017, p. 656

GALLEGO (A.), « L'Espagne et la banalisation de la contrefaçon musicale et audiovisuelle », *Propriétés intellectuelles*, n° 40, juill. 2011, p. 351

GALOPIN (B.), « Le régime des œuvres orphelines... adopté », *Juris art etc.*, 2015, n° 27, p. 27

GAUBIAC (Y.), « Droit d'auteur et intérêt général », *Propriétés intellectuelles*, n° 36, juill. 2010, p. 814

GAUDRAT (P.),

- « Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la "société de l'information" », *RTD com.*, 2003, p. 87, 285 et 503
- « Les modèles d'exploitation du droit d'auteur », *RTD com.*, 2009, p. 323
- « La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples ? », *RTD com.*, 2011, p. 562

GAUTHIER (C.), « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2021, p. 793

GAUTIER (P-Y.),

- « Pour une réelle régulation du droit d'auteur : le respect de la hiérarchie entre droit exclusif et exceptions », *RLDI*, n° 94, 1^{er} juin 2013
- « Vers le déclin du droit de propriété intellectuelle », *Propriétés intellectuelles*, janv. 2015, n° 54, p. 15
- « De l'influence des réseaux sociaux sur l'édiction du droit », *Dalloz IP/IT*, 2019, p. 492

GEIGER (C.),

- « Les droits fondamentaux, garanties de la cohérence du droit de la propriété intellectuelle ? », *JCP G*, n° 29, 14 juill. 2004, doct. 150
- « Droit d'auteur et droit du public à l'information : pour un rattachement du droit d'auteur aux droits fondamentaux », *D.*, 2005, p. 2683
- « L'avenir des exceptions au droit d'auteur, Observations en vue d'une nécessaire adaptation et harmonisation du système », *JCP G*, n° 47, 23 nov. 2005, doct. 186
- « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *Revue internationale de droit économique*, 2006, n° 4, t. XX, p. 389
- « Le test des trois étapes, un danger pour l'équilibre du droit d'auteur ? », *RLDI*, n° 15, 1^{er} avr. 2006
- « La transposition du test en trois étapes en droit français », *D.*, 2006, p. 2164
- « L'avenir du droit d'auteur en Europe : vers un juste équilibre entre protection et accès à l'information », *JCP G*, n° 48, 23 nov. 2009, p. 493
- « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », *D.*, 2010, p. 510
- « 1710-2010 : Quel bilan pour le droit d'auteur ? L'influence de la loi britannique de la Reine Anne en France », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 63, n° 1, 2011, p. 53
- « Adapter le droit des exceptions, effectivité et flexibilité : deux impératifs de l'adaptation du droit des "exceptions" », *RLDI*, n° 94, 2013

GEIGER (C.), MACREZ (F.), BOUVEL (A.), CARRE (S.), HASSLER (T.) et SCHMIDT (J.), « Quelles limites au droit d'auteur dans la société de l'information ? Réponse au livre vert sur "le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance" », *Propriétés intellectuelles*, juill. 2009, n° 32, p. 243

GEIGER (C.), PASSA (J.), VIVANT (M.), « La proposition de directive sur l'extension de la durée de certains droits voisins : une remise en cause injustifiée du domaine public », *Propriétés intellectuelles*, n° 31, avr. 2009, p. 149

GERVAIS (D. J.), « Is there a “Middle Way” in international intellectual property ? », *International review of intellectual property and competition law*, Springer, vol. 47, n° 2, mars 2016, p. 135

GINSBURG (J.),

- « From having copies to experiencing works : the development of an access right in U.S. copyright law », Columbia law school, *Public law and legal theory working paper group*, 2000, n° 8
- « L’avenir du droit d’auteur : un droit sans auteur ? », *CCE*, n° 5, mai 2009, ét. 10

GIRARD (F.), « La propriété inclusive au service des biens environnementaux, repenser la propriété à partir du bundle of rights », *Cahiers Droit, sciences et technologies*, 2016, n° 6

GIRAUD (T.), « Vie culturelle : la blockchain est-elle l’avenir de la culture ? », *Juris art etc*, 2017, n° 51, p. 35

GLEIZE (B.), « L’irrésistible ascension des jetons non fongibles », *RLDI*, n° 194, 1^{er} juill. 2021

GOESEL-LE BIHAN (V.), « Le contrôle de proportionnalité au Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2021, p. 786

GOLDMAN (E.), « Warez trading and criminal infringement », *Social science research network electronic journal*, janv. 2004

GROFFE-CHARRIER (J.),

- « L’œuvre orpheline saisie par le droit, entre impératif de protection et objectif de diffusion », *RLDI*, n° 78, 1^{er} janv. 2012
- « Jeu vidéo et droit d’auteur – Défense des droits sur le jeu vidéo », *Répertoire IP/IT et communication*, Dalloz, janv. 2020, n° 170 et s.
- « La loi est-elle dictée par le code ? », *Dalloz IP/IT*, 2020, p. 602

GROSBON (S.), « Ratification française du Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : ce qui avait de l’importance, ce qui n’en avait pas », *La revue des droits de l’Homme* [En ligne], 8 déc. 2014

GROULIER (C.), « Quelle effectivité juridique pour le concept de patrimoine commun ? », *AJDA*, 2005, p. 1034

HAAS (G.), « Un statut juridique pour le nom de domaine », *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 63

HEALD (P.), « Property rights and the efficient exploitation of copyrighted works : an empirical analysis of public domain and copyrighted fiction bestsellers », *Minnesota law review*, 2008, n° 92, p. 1031

HENAFF (P.), « L’œuvre transformative – Sécuriser l’œuvre transformative sans remettre en cause le monopole de l’auteur de l’œuvre préexistante ? », *CCE*, n° 4, avr. 2016, ét. 8

HILTY (R.), « L’avenir du droit d’auteur dans le “dilemme numérique” », *RLDI*, n° 1, 1^{er} janv. 2005

HINDUJA (S.) et INGRAM (J.), « Self-control and ethical beliefs on the social learning of intellectual property theft », *Western criminology review*, vol. 9, n° 2, 2008, p. 52

HOCHMANN (T.), « Un succès d'exportation : la conception allemande du contrôle de proportionnalité », *AJDA*, 2021, p. 805

HUET (J.), « Un bien qui répand la terreur : le droit d'auteur – et ses avatars (ou : quand il faut interdire d'interdire) », *RLDI*, n° 73, 1^{er} juill. 2011

HUGON (C.), « L'arlésienne du droit d'auteur : le droit de prêt en bibliothèque est de droit positif ! », *CCE*, sept 2003, n° 9, act. 129

HUGUES (J.), « Fair use across time », *University of California, Los Angeles Law review*, vol. 43, 2003, p. 775

INGBER (J.), « Droit d'auteur et OMC : de l'exception culturelle à l'actualité juridique », *Legicom*, 2001/2, n° 25, p. 47

JACQUÉ (J-P.), « Protection des données personnelles, Internet et conflits entre droits fondamentaux devant la Cour de justice », *RTD eur.*, 2014, p. 283

JAMIN (C.),

- « Cour de cassation : le fil et la pelote », *D.*, 2015, p. 1641
- « Motivation des arrêts : une alternative », *D.*, 2015, p. 2001

JEAN (B.) et VERCKEN (G.), « Comment encadrer l'utilisation de logiciels "libres" dans les contrats ayant objet des logiciels "propriétaires" ? », *Propriétés intellectuelles*, n° 42, 2012, p. 106

KAHN (A-E.),

- « Circulation des œuvres en ligne et consommateur : guerre ou paix ? », *Lamy droit des affaires*, n° 77, 1^{er} déc. 2004
- « Les aménagements de la propriété artistique », *Lamy droit des affaires*, n° 63, 1^{er} sept. 2011

KAMINA (P.), « Droit d'auteur et article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme : à propos de quelques affaires récentes, en France et en Europe », *Legicom*, 2001, vol. 2, n° 25, p. 7

KHONG (D. W. K.), « Orphan works, abandonware and the missing market for copyrighted goods », *International journal of law and information technology*, Oxford university press, 2007, vol. 15, n° 1

LANDES (W.) et POSNER (R.), « An economic analysis of Copyright law », *The journal of legal studies*, 1989, p.325

LARERE (B.), « Les limites controversées au monopole », *RLDI*, mai 2009, n° 49

LATIL (A.), « Contrôle de proportionnalité en droit d'auteur », *Juris art etc.*, 2016, n° 39, p. 18

LATOURNERIE (A.), « Petites histoires des batailles du droit d'auteur », *Multitudes*, 2001, vol. 2, n° 5, p. 37

LATREILLE (A),

- « L'avènement d'un droit d'auteur sans auteur », *Dr. et patr.*, n° 162, 1^{er} sept. 2007
- « L'écrivain saisi par la numérisation : regard croisé sur le régime du contrat d'édition, des œuvres orphelines et des livres indisponibles », *Cahiers Droit, sciences et technologies*, n° 5, 2015

LE CAM (S.), « Extension de la durée des droits voisins : faux-semblants d'une protection en trompe-l'œil », *Juris art etc*, 2015, n° 27, p. 21

LECKEY (R.), « «Infiniment plus de choses dans la vie que dans la loi» : la reconnaissance des mères lesbiennes », *Droit et société*, 2014/1, Lextenso, n° 86, p. 115

LEFRANC (D.),

- « Le nouveau public : réflexions comparatistes sur les décisions “Napster” et “MP3.com” », *D.*, 2001, p. 107
- « La contrefaçon en droit d'auteur, Naissance – extension – scission », *Propriétés intellectuelles*, n° 30, janv. 2009, p. 29

LE GOFFIC (C.), « Activités numériques et propriété intellectuelle », *RLDI*, n° 102, 1^{er} mars 2014

LEPAGE (A.), « Liberté d'expression, responsabilité et forums de discussion », *CCE*, n°1, janv. 2003, chron. 3

LESSIG (L.), « Code is Law : On liberty in cyberspace », *Harvard Magazine*, janv. 2000

LESUEUR (J.), « Les droits opposés dans le champ des propriétés incorporelles », *CCE*, juill. 2008, n° 7-8, étude 15

LINO (C.), « Quelques repères juridiques appliqués au “sentier du littoral” », *Juris tourisme*, 2020, n° 234, p. 30

LONGDIN (L.) et LIM (P. H.), « Inexhaustible distribution rights for copyrights owners », *International review of intellectual property and competition law*, Springer, août 2013, vol. 44, n° 5, p. 541

LUCAS (A.),

- « L'échantillonnage légitimé par la liberté de création », *L'essentiel Droit de la propriété intellectuelle*, n° 8, sept. 2016, p. 3
- « La nature du droit d'auteur », *RIDA*, n° 256, avr. 2018, p. 25

MACREZ (F.), « L'exploitation numérique des livres indisponibles : que reste-t-il du droit d'auteur ? », *D.*, 2012, p. 749

MAINGUY (D.), « Les droits de l'acquéreur dans la vente avec transfert de propriété retardé », *JCP N*, n° 13, 29 mars 1996, p. 501

MALAURIE-VIGNAL (M.), « Brevets dormants, brevets assassins, pratiques de hold-up : que peut faire le droit ? Retour sur une rencontre entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence », *D.*, 2012, p. 2325

MALLET-POUJOL (N.), « Le double langage du droit à l'information », *D.*, 2002, p. 2420

MARINO (L.),

- « Le droit d'accès à Internet, nouveau droit fondamental », *D.*, 2009, p. 2045
- « Les droits fondamentaux émancipent le juge : l'exemple du droit d'auteur », *JCP G*, n° 30-34, 26 juill. 2010, doct. 829

MARZAL (T.), « La Cour de cassation à "l'âge de la balance" », *RTD Civ*, 2017, p. 789

MAUREL (L.), « Que reste-t-il de la propriété dans l'environnement numérique », *Délibérée*, 2020, vol. 2, n° 10, p. 19

MAXIMIN (N.),

- « Transposition de la directive "droit d'auteur, droits voisins à l'ère numérique", *Dalloz IP/IT*, 2021, p. 304
- « Loi complétant la transposition de la directive "DAMUN" », *Dalloz IP/IT*, 2021, p. 592

MCDONAGH (L.), « Is the creative use of musical works without a licence acceptable under copyright law? », *International review of intellectual property dans competition law*, 2012, vol. 43, n° 4, p. 401

MEKKI (M.), « Les mystères de la blockchain », *D.*, 2017, p. 2160

MOSCATI (L.), « Le code civil et le destin de la propriété intellectuelle en Europe », *Droits*, 2008/1, n° 47, p. 149

MOURON (P.), « La gratuité d'accès aux biens et produits culturels », *Lamy droit civil*, n° 110, 1^{er} déc. 2013

MOYSE (P-E.), « Le droit des utilisateurs au Canada », *Juris art etc.*, 2015 n° 25, p. 30

NABHAN (V.),

- « Canada : prise en compte par la loi des nouveaux usages et consécration par la jurisprudence d'un droit à l'exception en faveur de l'utilisateur », *RLDI*, n° 94, 1^{er} juin 2013
- « L'exception de contenu non commercial généré par l'utilisateur en droit canadien », *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 156

NETANEL (N.), « Copyright and a democratic civil society », *The Yale law journal*, vol. 106, 1996, n° 2, p. 283

NOUAL (P.), « Le domaine public à l'épreuve des revendications abusives », *Juris art etc.*, 2014, n° 18, p. 38

PASSA (J.), « Les limitations contractuelles : caractère impératif ou supplétif des exceptions au droit d'auteur ? », *RLDI*, n° 94, 1^{er} juin 2013

PETIT (A.), « Visite guidée du Darkweb cybercriminel », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 86

PIATEK (D.), « Le droit d’auteur constitue-t-il un système clos et autosuffisant ? », *Légipresse*, 2019, p. 99

PIATTI (M-C.), « - Un équilibre de principe - ou un droit d’auteur qui préserve et encourage la création », *RLDI*, n° 82, 1^{er} mai 2012

PIERRAT (E.), « Une utopie en forme de négation du droit d’auteur », *Le débat*, 2001, vol. 5, n° 117, p. 49

PIRIOU (F-M.), « Légitimité de l’auteur à la propriété intellectuelle », *Diogène*, 2001, vol. 4, n° 196, p. 119

PLATON (A.) et TELLIER-LONIEWSKI (L.), « Loi Création et Internet : le feuilleton législatif continue... suite et fin ? », *Gaz. Pal.*, 23 juillet 2009, n° 204, p. 3

POLLAUD-DULIAN (F.),

- « De la prescription en droit d’auteur », *RTD civ.*, 1999, p. 585
- « Brèves réflexions sur la loi n° 97-283 du 27 mars 1997 : durée de protection des droits d’auteur et dispositions diverses », *JCP G*, n° 22, 28 mai 1997, doct. 4024
- « Utilisations autorisées des œuvres orphelines », *RTD com.*, 2012, p. 783
- « *Quo vadis lex ?* », *RTD com.*, 2016, p. 641

POUMARÈDE (M.), « La violation de la destination et de l’usage de l’immeuble », *Droit et ville*, 2015, vol. 2, n° 80, p. 33

PUIG (P.), « L’excès de proportionnalité », *RTD Civ*, 2016, p. 70

QUÉMÉNER (M.),

- « Sites internet, retrait, blocage, déréférencement », *Jurisclasseur communication.*, fasc. 690, mars 2016
- « Enquêtes dans le *Darkweb* », *Dalloz IP/IT*, 2017, p.83

QUERZOLA (G.), « Sampler n’est pas jouer », *D.*, 2019, p. 1742

RAYNARD (J.), « Droit des brevets et du savoir-faire industriel », *D.*, 2010, p. 465

REBOUL-MAUPIN (N.), « Le droit spécial des biens à l’épreuve du droit réel de jouissance spéciale : droit réel de jouissance spéciale et copropriété », *D.*, 2020, p. 1689

REICHMAN (J.), « The duration of copyright and the limits of cultural policy », *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 14, 1996, p. 625

RENEAUD (F.), « Une tentative de suppression de la propriété littéraire et artistique », *RLDI*, n° 42, 1^{er} oct. 2008

REVEL (T.),

- « La propriété de la personnalité », *Gaz. Pal.*, 2007, n° 139, p. 49
- « L’incorporel en droit des biens », *Lamy droit civil*, nov. 2009, n° 65
- « À propos de l’article de Bernard Beignier “Pour un nouveau code civil” », *D.*, 2019, p. 1011

RICOLFI (M.), « Making Copyright fit for the digital agenda », *Nexa center for Internet and society*, 2011

RIDARD (B.), « La nécessité d'un retour aux fondamentaux : la protection constitutionnelle du droit d'accès à Internet et le droit d'auteur », *RLDI*, n° 77, 1^{er} déc. 2011

RIKABI (M.), « Les critères de la mise en balance du droit d'auteur et de la liberté d'expression employés par les juges du fond français à la lumière de la jurisprudence de la CEDH », *RLDI*, n° 181, 1^{er} mai 2021

RIVOIRE (M.) et RICHARD GOLD (E.), « Propriété intellectuelle, Cour suprême du Canada et droit civil », *McGill Law Journal*, 2015, vol. 60, n° 3, p. 381

ROCHFELD (J.), « Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux "communs" ? », *Revue internationale de droit économique*, 2014/3, t. 28, p. 351

ROSE (C.), « The comedy of the commons : custom, commerce, and inherently public property », *University of Chicago law review*, 1986, vol. 53, n° 3, p. 711

ROUVIÈRE (F.),

- « Le contrôle de proportionnalité dans la balance du juge », *RTD Civ*, 2017, p. 524
- « Existe-t-il une méthode du contrôle de proportionnalité ? », *Revue justice actualités*, n° 24, ENM, déc. 2020, p. 35

RUSE-KHAN (H. G.), « Global content protection through automation – A transnational law perspective », *International review of intellectual property and competition law*, Springer, vol. 43, n° 7, 2012, p. 1017

SCHLAG (P.), « How to do things with Hohfeld », *Law and Contemporary problems*, vol. 78, 2015, n° 1, p. 185

SEUBE (J-B.), « Le droit des biens hors le Code civil », *Les petites affiches*, 2005, n° 118, p. 4

SGANGA (C.) et SCALZINI (S.), « From abuse of right to European copyright misuse : a new doctrine for EU copyright law », *International review of intellectual property and competition law*, vol. 48, n° 4, juin 2017, p. 405

SINODINOU (T.), « Voyage des sources du test des trois étapes aux sources du droit d'auteur », *RLDI*, n° 30, 1^{er} août 2007

STROWEL (A.), « La lutte contre le téléchargement illicite : en attendant le succès de l'offre licite », *Propriétés intellectuelles*, avr. 2012, n° 43, p. 261

STROWEL (A.) et DOUTRELEPONT (C.), « La socialisation du droit d'auteur à travers la généralisation des licences non volontaires : un danger ou une nécessité ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 22, 1989, n° 1, p. 133

TAFFOREAU (P.), « Création d'une présomption prétorienne de consentement des artistes-interprètes en faveur de l'INA », *D.*, 2021, p. 336

TARDIEU-GUIGUES (E.), « Internet et territoire », *RLDI*, n° 99, déc. 2013

TRAUTMAN (L.), « Virtual currencies Bitcoin and what now after liberty reserve, Silk road and Mt. Gox? », *Richmond Journal of Law and technology*, vol. 20, n° 4, art. 3

TREPPOZ (E.), « La propriété du support d'une œuvre : d'une propriété limitée vers une propriété flottante », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 6, nov. 2015, doss. 51

TRUCHET (D.), « Les monopoles », *RFDA*, 2014, p. 851

TURK (P.), « La souveraineté des États à l'épreuve d'Internet », *Revue du droit public*, Lextenso, nov. 2013, n° 6, p. 1489

VANUXEM (S.), « Les choses saisies par la propriété, de la chose-objet aux choses-milieus », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2010/1, vol. 64, p. 123

VARET (V.), « De distorsions le droit (de reproduction) s'est épuisé », *Propriétés intellectuelles*, n° 45, oct. 2012, p. 384

VERCKEN (G.), « Vers un marché de l'occasion des biens culturels numériques ? », *Légipresse*, 2013, n° 303, p. 146

VIGNEAU (V.), « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *D.*, 2017, p. 123

VIVANT (M.),

- « Pour une compréhension nouvelle de la notion de courte citation en droit d'auteur », *JCP G*, 1989, p. 3372
- « Recueils, bases, banques de données, compilations, collections... : l'introuvable notion ? », *D.*, 1995, p. 197
- « L'immatériel, nouvelle frontière pour un nouveau millénaire », *JCP G*, n° 1, 5 janv. 2000, doct. 193
- « Internet, piratage et contrefaçon », *D.*, 2009, p. 1808

VIVANT (P.), « Courte citation et parodie : des exceptions au droit moral ? », *RLDI*, n° 13, 1^{er} fév. 2006

WEIGEND (T.), « Droit pénal général : société de l'information et droit pénal », *Revue internationale de Droit pénal*, éd. Erès, 2013, n° 1, vol. 84, p. 19

WOOD (J.), « The Darknet: a digital copyright revolution », *Richmond Journal of Law and technology*, vol. 16, art. 4

XIFARAS (M.), « Le *copyleft* et la théorie de la propriété », *Multitudes*, 2010/2, n° 41, p. 50

ZENATI (F.),

- « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.*, 1993, p. 305
- « Notion de propriété », *RTD civ.*, 1999, p. 859
- « La propriété, mécanisme fondamental du Droit », *RTD civ.*, 2006, p. 445

B- Économie

BASTIAT (F.), « Propriété et loi », *Journal des économistes*, 1848, volume 20, p. 177

BEHAMOU (F.) et PELTIER (S.), « Le droit d'auteur, incitation à la création ou frein à la diffusion ? Une analyse empirique du cas de la création télévisuelle », *Revue d'économie industrielle*, 2011, n° 135, p. 47

BOURREAU (M.), LUMEAU (M.), MOREAU (F.) et VIOTTO DA CRUZ (J.), « Attitude face au risque de piratage de films en ligne », *Revue économique*, Presses de Sciences Po, 2021/4, vol. 72, p. 633

BROCA (S.), « Les communs contre la propriété ? Enjeux d'une opposition trompeuse », *Sociologies* [en ligne], Dossiers, Des communs au commun : un nouvel horizon sociologique ?, 2016, <http://journals.openedition.org/sociologies/5662>

BROCA (S.) et CORIAT (B.), « Le logiciel libre et les communs : deux formes de résistance et d'alternative à l'exclusivisme propriétaire », *Revue internationale de droit économique*, 2015/3, t. 29, p. 265

DAVIDOVICI-NORA (M.), « Les analyses économiques du piratage des biens numériques », *Revue française d'économie*, 2005, vol. 20, n° 2, p. 107

GARCIA (K.), HICKS (J.) et MCCRARY (J.), « Copyright and economic viability : evidence from the music industry », *Journal of empirical legal studies*, vol. 17, n° 4, p. 696

HELBERGER (N.) et DUFFT (N.), « Never forever : why extending the term of protection for sound recordings is a bad idea », *European intellectual property law review*, janv. 2008, n° 5, p. 174

HELLER (M.), « The tragedy of the anticommons : property in the transition from Marx to Markets », *Harvard law review*, janv. 1998, vol. 111, n° 3, p. 622

LANDES (W.) et POSNER (R.), « Indefinitely renewable copyright », *The University of Chicago law review*, 2003, vol. 70, n° 2, p. 471

MÉNIÈRE (Y.), « Les fonctions des droits de propriété intellectuelle : le point de vue de l'économie », *Propriété industrielle*, n° 10, oct. 2010, dossier 3

NYSENS (M.), PETRELLA (F.) et EYNAUD (P.), « Comprendre la diversité des formes de gouvernance », *Juris associations*, 2014, n° 501, p. 23

ORSI (F.), « Réhabiliter la propriété comme *bundle of rights* : des origines à Elinor Ostrom, et au-delà ? », *Revue internationale de droit économique*, t. 28, 2014, n° 3, p. 371

POLLOCK (R.), « Forever minus a day ? Calculating optimal copyright term », *Review of economic research on copyright issues*, 2009, vol. 6, n° 1, p. 35

SCHLAGER (E.) et OSTROM (E.), « Property-rights regimes and natural resources : a conceptual analysis », *Land economics*, vol. 68, 1992, n° 3, p. 249

C- Politique étrangère, médias, société

BERGER (P.), « Y a-t-il encore véritablement un “domaine public” ? », *Juris art etc.*, 2013, n° 3, p. 13

COLEMAN (S.) et DYER-WITHEFORD (N.), « Playing on the digital commons: collectivities, capital and contestation in videogame culture in Media », *Culture and Society*, 2007, vol. 29, n° 6

DOUZET (F.), « Les frontières chinoises de l’Internet », *Revue Hérodote*, La Découverte, 2017/2, n° 125, p. 127

HARDIN (G.), « The tragedy of the commons », *Science*, 1968, vol. 162, n° 3859, p. 1243

GIRAUD (T.), « Les licences *creative commons*, une culture du partage », *juris art etc.*, 2014, n° 10

KLEINWÄCHTER (W.), « Internet, sociétés civiles et gouvernements : cohabitation ou choc des cultures ? », *Revue Politique étrangère*, vol.77, n° 2, 2012, p. 263

LATRIVE (F.), « Du bon usage de la piraterie, culture libre, science ouverte », *Multitudes*, 2004, vol. 4, n° 18, p. 197

MELLON (A.), « Chine – La grande muraille numérique », *Revue Projet*, 2019/4, n° 371, p. 55

MERCIER (S.), « Le droit d’auteur au défi des biens communs de la connaissance », *Juris associations*, 2014, n° 501

NOCETTI (J.), « Internet, une gouvernance inachevée », *Revue Politique étrangère*, vol.79, n° 4, 2014, p. 11

PERRY BARLOW (J.), « Selling wine without bottles : the economy of mind on the global net », *Electronic frontier foundation*, 1992

VERGÈS (E.) et COURTIAL (C.), « Innovation numérique : réinventer la culture ? », *Juris art etc.*, 2017, n° 45

V- Jurisprudence citée et notes jurisprudentielles

A- Jurisprudence Française

1- Jurisprudence judiciaire

T. civ. Seine, 17 août 1814

CA Paris, 11 janv. 1828, *Vergne*

Cass. ch. requ., 13 févr. 1834, *Caquelard c/ Lemoine*

CA Paris, 5 mai 1877, *Ministre de la Guerre c/ Peigné de la Court*

Cass. ch. requ., 16 août 1880

Cass. civ., 25 juill. 1887

Cass. ch. requ., 3 août 1915, n°00-02.378, *Clément-Bayard*

T. civ. Seine, 10 oct. 1951, *Bowers c/ Bonnard*

Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556, *Cafés Jacques Vabre*

TGI Paris, 1ère ch., 12 juill. 1990, *Société Syn A.P.S. c/ Société Abeille cartes*

Cass. civ. 1ère, 14 mai 1991, n° 89-21.701, *Chiavarino c/ Société Parisienne d'Édition (SPE)*, Bull.

- Note F. POLLAUD-DULIAN, *JCP G*, 1991, II, 21760
- Obs. C. COLOMBET, *D.*, 1992, p. 15

Cass. civ. 1ère, 10 mars 1993, n° 91-15.915, *Association la Fraternité blanche universelle c/ Boizeau*

- Comm. J. RAYNARD, *JCP G*, 1993, II, 22161
- Note A. FRANÇON, *D.*, 1994, p. 78
- Obs. A. FRANÇON, *RTD. com.*, 1994, p. 48

Cass. ass. plén., 5 nov. 1993, n° 92-10.673, *Fabris c/ Loudmer*, inédit

- Note A. FRANÇON, *RTD com.*, 1994, p. 50

Cass. civ. 1ère, 17 janv. 1995, n° 91-21.123, *Collet c/ Blaise*, Bull

TGI Paris, 3^{ème} ch., 23 févr. 1999, n° RG 98/7053, *Fabris c/ France 2*

- Note P. KAMINA, *D. affaires*, 29 oct. 1999, p. 580
- Obs. A. FRANÇON, *RTD com.*, 2000, p. 96
- Note A. KÉRÉVER, *RIDA*, avr. 2000, p. 374
- Note C. GEIGER, *GRUR Int.*, 2001, p. 252

Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1999, n° 96-18.699, *Café Gondrée*

- Concl. J. SAINTE-ROSE, *D.*, 1999, p. 319
- Obs., S. DURRANDE, *D.*, 1999, p. 247
- Obs. O. TOURNAFOND, *D.*, 2000, p. 282
- Note P-Y. GAUTIER, *JCP G*, 1999, II, 10078
- Obs. J-L. BERGEL et M. BRUSCHI, *RDI*, 1999, p. 187
- Obs. F. ZENATI, *RTD civ.*, 1999, p. 859
- Obs. A. FRANÇON, *RTD com.*, 1999, p. 397

CA Toulouse, 3^{ème} chambre, 16 mars 2000

Cass. ass. plén., 2 juin 2000, n° 99-60.274, *Fraisie*

- Note F. POIRAT, *RGDIP*, 2000, p. 813
- Note B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *D.*, 2000, p. 865
- Note S. PRÉTOT, *RD publ.*, 2000, p. 1037
- Note B. DE LAMY et P. DEUMIER, *LPA*, 9 oct. 2000, p. 8

Cass. civ. 1^{ère}, 12 juin 2001, n° 98-22.591

- Obs. A. LUCAS, *Propr. Intell.*, oct. 2001, p. 62

Cass. civ. 1^{ère}, 6 nov. 2002 n° 00-21.868, *Association Paris bibliothèque c/ Dudognon*,

- Note. C. CARON, *CCE*, janv. 2003, p. 25

Cass. civ. 1^{ère}, 6 nov. 2002, n° 00-21.867, *Association Paris bibliothèques c/ Leloir*

- Note. C. CARON, *CCE*, janv. 2003, p. 25

CA Paris, 15 oct. 2003, n° RG 96/33344, *Frédéric R. c/ Excelsior Publications*

- Note T. DEBIESSE, *JCP E*, n° 15, p. 621

Cass. civ. 1^{ère}, 13 nov. 2003, n° 01-14.385, *Fabris c/ France 2*

- Note C. CARON, *CCE*, 2004, n° 1, p. 25
- Note. N. BOUCHE, *D.*, 2004, p. 200
- Note C. GEIGER, *JCP G*, 2004, II, 10080
- Note A. LUCAS, *Propr. Intell.*, 2004, n° 10, p. 549
- Note V. VARET, *Légipresse*, 2004, n° 209, III, p. 23
- Note. P. KAMINA, *Propriété industrielle*, 2004, n° 1, p. 26
- Note A. ZOLLINGER, *JCP E*, 2004, n° 52, p. 2073

CA Paris, 4^{ème} ch. A, 31 mars 2004, *Les Misérables*

- Obs. A. LUCAS, *Propr. Intell.*, 2004, n° 12, p. 768

Cass. ass. plén., 7 mai 2004, n° 02-10.450, *SCIR Normandie c/ Publicis*, Bull. ass. plén.

- Note T. REVET, *RTD civ.*, 2004, p. 528
- Note C. CARON, *JCP G*, 2004, II, p. 102
- Obs. F. VINEY, *JCP G*, 2004, I, p. 163

Civ. 1ère, 3 nov. 2004, n° 03-11.011, *A. Balsan c/ Consorts Balsan - Du Bessey de Contenson*, Bull.

- Obs. P. ALLAEYS, *D.*, 2004, p. 3223
- Obs. C. CARON, *CCE*, 2004, n° 151
- Note P. SIRINELLI, *Propr. Intell.*, 2005, n° 15
- Obs. F. POLLAUD-DULIAN, *RTD com.*, 2005, p. 86

Cass. civ. 1ère, 28 févr. 2006, n° 05-15.824, *Mulholland Drive*, Bull.

- Obs. J. DALEAU, *D.*, 2006, p. 784
- Note V-L. BENABOU, *Légipresse*, 2006, III, p. 71
- Obs. A. LUCAS, *Propr. Intell.*, avr. 2006, p. 179
- Note. A. LUCAS, *JCP G*, 2006, II, 10084
- Obs. C. CARON, *CCE*, avr. 2006, n° 56
- Obs. P. SIRINELLI, *D.*, 2006, p. 2991
- Obs. F. POLLAUD-DULIAN, *RTD com.*, 2006, p. 370
- Obs. P. GAUDRAT, *RDT com.*, 2006, p. 386

Cass. civ. 1ère, 5 déc. 2006, n° 05-11.789, *Barbelivien*

- Obs. J-M. BRUGUIÈRE, *Propr. Intell.*, 2007, n° 23, p. 205
- Note C. CARON, *CCE*, 2007, n° 18
- Note A. SINGH et T. DEBIESSE, *RLDI*, 2007, n° 25, p. 6
- Note P. SIRINELLI, *RIDA*, janv. 2007, n° 211, p. 235
- Note F. CORONE et C. BARASSI, *Légipresse*, 2007, n° 241, III, p. 112
- Obs. F. POLLAUD-DULIAN, *RTD com.*, 2007, p. 95

Cass. civ. 1ère, 30 janv. 2007, n° 04-15.543, *Éd. Plon et F. Ceresa c/ P. Hugo et SGDL*, Bull.

- Note C. CARON, *CCE*, 2007, n°3, p. 26
- Obs. J. DALEAU, *D.*, 2007, p. 497
- Note S. CHOISY, *D.*, 2007, p. 920
- Obs. P. SIRINELLI, *RIDA*, avr. 2007, p. 193
- Obs. A. LUCAS, *Propr. Intell.*, 2007, p. 207
- Obs. F. POLLAUD-DULIAN, *RDT com.*, 2007, p. 354
- Obs. C. CARON, *JCP G*, 2007, I, n° 9, p. 176
- Obs. M. VIVANT, *Propr. Intell.*, 2008, n 29, p. 486

Cass. civ. 3ème, 6 juin 2007, n° 06-13.477, Bull.

- Note C. ATIAS, *D.*, 2007, p. 2356
- Obs. P. CAPOULADE et C. ATIAS, *D.*, 2007, p. 2184
- Chron. A-C. MONGE et F. NÉSI, *D.*, 2007, p. 2757
- Obs. H. PÉRINET-MARQUET, *JCP N*, 2007, p. 1322

Cass. civ. 1ère, 2 oct. 2007, n° 05-14.928, *Sté HFA c/ FIFA*

- Obs. F. POLLAUD-DULIAN, *RTD com.*, 2008, p. 78
- Note C. CARON, *CCE*, 2008, comm. 2
- Note M. CAUVIN, *RLDI*, n° 38, 1^{er} mai 2008, p. 10

TGI Paris, 18 déc. 2009, n° RG 09/00540, *Éditions du Seuil c/ Google*

- Note A. LUCAS, *JCP G*, 2010, p. 247
- Note A. LUCAS, *Propr. Intell.*, 2010, n 34, p. 619
- Note J. GINSBURG et P. SIRINELLI, *JCP G*, 2010, p. 844
- Obs. L. COSTES, *RLDI*, 2010, n°1848
- Obs. A. SINGH, *RDLI*, 2010, n°1877
- Note F-M. PIRIOU, *CCE*, 2010, n°5
- Note SIRINELLI, *RIDA*, 2010, n°224, p. 293
- Note L. MARINO, *Gaz. Pal.*, 2010, p. 448

Cass. civ. 1ère, 15 mai 2015, n° 13-27.391, *Klasen c/ Malka*

- Note A. BENSAMOUN et P. SIRINELLI, *D.*, 2015, p. 1672
- Obs. F. POLLAUD-DULIAN, *RTD com.*, 2015, p. 515
- Note C. GEIGER, *JCP G*, 2015, p. 967
- Note C. CARON, *CCE*, 2015, comm. 55,
- Obs. X. DAVERAT, *CCE*, 2016, chron. 4, n°15
- Obs. A. LUCAS, *Propr. Intell.*, 2015, n°56, p. 281
- Note J-M. BRUGUIÈRE, *Propr. Intell.*, 2015, n 56, p. 285
- Obs. M. VIVANT et C. GEIGER, *Propr. Intell.*, 2016, n°58, p. 89
- Note X. DAVERAT, *LPA*, 18 janv. 2016, n°12, p. 4
- Note V. VARET, *Légipresse*, 2015, p. 474

CA Paris, Pôle 5, 2ème ch., 25 sept. 2015, n° 14/01364

- Note A. LUCAS, *Propr. Intell.*, 2016, n° 58, p. 51

Cass. civ. 1ère, 17 mars 2016, n° 15-14.072

- Note G. LOISEAU, *D.*, 2016, p. 1116
- Obs. J-C. HALLOUIN, *D.*, 2016, p. 2365
- Obs. E. DREYER, *D.*, 2017, p. 181
- Note L. DUMOULIN, *Rev. sociétés*, 2016, p. 594
- Obs. T. GISCLARD, *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 309
- Obs. J. HAUSER, *RTD civ.*, 2016, p. 321

Cass. civ. 3ème, 8 sept. 2016, n° 14-26.953

- Note L. D'AVOUT et B. MALLET-BRICOUT, *D.*, 2017, p. 134
- Chron. A-L. MÉANO, V. GEORGET et A-L. COLLOMP, *D.*, 2016, p. 2237
- Obs. M. MEKKI, *D.*, 2017, p. 375
- Obs. J-L. BERGEL, *RDI*, 2016, p. 598
- Obs. W. DROSS, *RTD civ.*, 2016, p. 894
- Note M. POUMARÈDE, *Dr. et patr.*, n° 268, p. 94

- Note R. BOFFA, *Revue des contrats*, n° 2017/1, p. 60
- Note A. GAILLARD, *Gaz. Pal.*, n° 44, p. 73
- Note H. PERINET-MARQUET, *JCP N*, 2016, n° 46, p. 35

Cass. civ. 1^{ère}, 3 nov. 2016, n° 15-22.595

- Note J. HAUSER, *RTD civ.*, 2017, p. 94
- Note G. PÉRONNE et E. DAOUD, *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 120
- Note R. PERRAY, *JCP G*, 2016, n° 1310
- Note P. INGALL-MONTAGNIER, *Gaz. Pal.*, n° 40, p. 24

Cass. ass. plén., 16 déc. 2016, n° 08-86.295

- Obs. C. PORTERON, *AJ pénal*, 2017, p. 187
- Note E. RASCHEL, *D.*, 2017, p. 434
- Obs. B. DE BELVAL, *Gaz. Pal.*, 6 juin 2017, n° 21, p. 29
- Note J. SAINT LAURENT, *Dr. et patr.*, 2017, n° 267, p. 90
- Note P. PIOT, *Gaz. Pal.*, 2017, n° 7, p. 32

Cass. civ. 1^{ère}, 22 juin 2017, n° 15-28.467

- Note P. MALAURIE, *D.*, 2017, p. 1955
- Note J. DALEAU, *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 536
- Note F. POLLAUD-DULIAN, *RTD com.*, 2017, p. 891
- Note E. TREPPOZ, *Légipresse*, 2017, p. 438
- Obs. X. DAVERAT, *CCE*, 2018, chron. 6
- Note P. NOUAL, *RLDI*, août 2017, n° 140

Cass. civ. 1^{ère}, 5 juill. 2017, n° 16-16.901 et 16-50.025, Bull.

- Note H. FULCHIRON, *D.*, 2017, p. 1737
- Obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *D.*, p. 1727
- Obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, *D.*, 2018, p. 528
- Obs. M. DOUCHY-OUDOT, *D.* 2018, p. 641
- Obs. J-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT, *D.*, 2018, p. 765
- Obs. S. CLAVEL et F. JAULT-SESEKE, *D.*, 2018, p. 966
- Note S. BOLLÉE, *RCDIP*, 2018, n° 1, p. 143

CA Versailles, 16 mars 2018, n° 15/06029

- Obs. V-L. BENABOU, *Dalloz IP/IT*, 2018, p. 300
- Obs. F. POLLAUD-DULIAN, *RTD com.*, 2018, p. 345
- Note V. VARET, *Légipresse*, 2018, p. 336
- Note C. CARON, *CCE*, 2018, n° 32
- Note A. LUCAS, *Propri. Intell.*, juill. 2018, n° 67, p. 66
- Note A. ZOLLINGER, *JCP E*, n° 6, p. 45
- Note P. NOUAL, *RLDI*, avr. 2018, n° 147

CA Versailles, 30 nov. 2018, n° 17/08754

- Obs. P-Y. GAUTHIER, *Dalloz IP/IT*, 2019, p. 101
- Obs. A-E. KAHN, *LEPI*, 2019, n° 4, p. 2
- Note A. LUCAS, *Prop. Intell.*, avr. 2019, n° 71, p. 31

TGI Paris, 3ème ch., 4ème sect., 7 mars 2019, n° 18/14194, *Elsevier c/ Orange*

CA Paris, pôle 5, ch. 1, 17 déc. 2019, n° 17/09695, *Koons/enfants*

- Obs. J. DALEAU, *Dalloz actualité*, 21 janv. 2020
- Ét. P. PÉROT, *Légipresse*, 2020, p. 171
- Obs. J-M. BRUGUIÈRE, *Prop. Intell.*, 2020, n° 75, p. 96
- Note P. MOURON, *RLDI*, 2020, n° 8
- Note A. ZOLLINGER, *JCP E*, 2021, n° 5, p. 41

CA Paris, pôle 5, ch. 1, 23 févr. 2021, n° 19/09059, *Koons/fait d'hiver*

- Note F. MARCHADIER, *JCP E*, 2022, n° 5, p. 40
- Note F. POLLAUD-DULIAN, *RTD com.*, 2021, n° 4, p. 818
- Note A. LUCAS, *Prop. Intell.*, 2021, n° 79, p. 87
- Note P. DE CANDÉ, *Prop. Intell.*, n° 79, p. 180
- Obs. O. WANG, *Dalloz actualité*, 12 mars 2021

TJ Rennes, 2ème ch. civ., 10 mai 2021, n° 17/04478, *Moulinsart c/ Marabout*

- Note C. ALLEAUME et D. MARTIN, *RJC*, 2021, n° 6, p. 446

2- Jurisprudence administrative

CE, 18 déc. 1959, n° 36385, *Société les films Lutétia*

CE, 23 nov. 1984, n° 60106, *Roujansky*

- Concl. D. LABETOULLE, *AJDA*, 1985, p. 216

CE, ass., 20 oct. 1989, n° 108243, *Nicolo*

- Chron. E. HONARAT et É. BAPTISTE, *AJDA*, 1989, p. 756
- Note D. SIMON, *AJDA*, 1989, p. 788
- Note P. SABOURIN, *D.*, 1990, p. 135
- Chron., R. KOVAR, *D.*, 1990, p. 57
- Note B. GENEVOIS, *RFDA*, 1989, p. 824
- Obs. D. RUZIÉ, *RFDA*, 1989, p. 993
- Obs. C. DEBBASCH, *RTD com.*, 1990, p. 193

CE, ass. 30 oct. 1998, n° 200286, *Sarran*

- Concl. C. MAUGUÉ, *RFDA*, 1998, p. 1081
- Note L. DUBOIS, *RFDA*, 1999, p. 57
- Note B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *RFDA*, 1999, p. 67

- Note F. RAYNAUD et P. FOMBEUR, *AJDA*, 1998, p. 962
- Note E. AUBIN, *D.*, 2000, p. 152

CE, 31 mai 2016, n° 396848, *Gonzalez Gomez*

- Chron. L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, *AJDA*, 2016, p. 1398
- Concl. A. BRETONNEAU, *RFDA*, 2016, p. 740
- Note P. DELVOLVÉ, *RFDA*, 2016, p. 754

3- Jurisprudence constitutionnelle

Cons. Const., 16 janv. 1982, Décision n° 81-132

- Note L. HAMON, *D.*, 1983, p. 169
- Note J. RIVÉRO, *AJDA*, 1982, p. 377
- Note S. PIÉDELIÈVRE et J. DUPICHOT, *Gaz. Pal.*, 1982, n° 1, p. 67
- Note L. FAVOREU, *RD publ.*, 1982, p. 377
- Note L. HAMON, *D.*, 1983, p. 169

Cons. const., 27 juillet 2006, Décision n° 2006-540

- Note T. REVET, *RTD civ.*, 2006, n° 4, p. 791
- Note R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *RTD civ.*, 2007, n° 1, p. 80

Cons. const., 10 juin 2009, Décision n° 2009-580, *HADOPI*

- Note T. REVET, *RTD civ.*, 2009, p. 754
- Obs. J. FRANCILLON, *RSC*, 2009, p. 609
- Obs. J-M BRUGUIÈRE, *D.*, 2009, p. 1770
- Note L. MARINO, *D.*, 2009, p. 2045
- Note A. ZOLLINGER, *JCP E*, n° 40, p. 17
- Note I. BOUBEKEUR, *RLDI*, 2009, n° 51, p. 107

Cons. const., 13 avr. 2012, QPC n° 2012-231/234, *M. Stéphane C. et autres*

- Obs. L. DARGENT, *Dalloz actualité*, 25 avr. 2012
- Note G. DRAGO, *Gaz. Pal.*, 2012, n° 113, p. 25

Cons. const., 28 févr. 2014, QPC n° 2013-370

- Obs. BRUGUIÈRE, *CCI*, 2014, ét. 6
- Note E. DERIEUX, *RLDI*, avr. 2014, n° 3424
- Obs. A. LUCAS, *Propr. Intel.*, 2014, n° 51, p. 169

B- Jurisprudence européenne

1- Jurisprudence de la CJUE

CJCE, 6 avr. 1995, n° C-241/91P, *Radio Telefís Éireann c/ Commission des Communautés européennes*

- Chron. B. EDELMAN, *D.*, 1996, p. 128
- Obs. A. FRANÇON, *RTD com.*, 1995, p. 606
- Obs. G. BONET, *RTD eur.*, 1995, p. 835
- Chron. J-B. BLAISE et L. IDOT, *RTD eur.*, 1995, p. 859
- Chron. J-B. BLAISE et L. IDOT, *RTD eur.*, 1996, p. 567 et 747
- Note L. DE GAULLE, *RJDA*, 1995, n° 8, p. 735

CJUE, 4ème ch., 16 juill. 2009, n° C-5/08, *Infopaq*

- Obs. P. SIRINELLI, *D.*, 2011, p. 2164
- Obs. F. POLLAUD-DULIAN, *RTD com.*, 2009, p. 715
- Chron. E. TREPPOZ, *RTD eur.*, 2010, p. 939
- Note C. CARON, *CCE*, 2009, n° 97
- Note L. MARINO, *JCP G*, 2009, p. 272
- Obs. V-L. BENABOU, *Propri. Intell.*, 2009, n° 31, p. 185

CJUE, 3ème ch., 24 nov. 2011, n° C-70/10, *Scarlet Extended SA c/ SABAM*

- Note D. VELARDOCCHIO, *Dr. et patr.*, 2012, n° 218, p. 97
- Note V-L. BENABOU, *Propri. Intell.*, 2012, n° 42, p. 47
- Note V-L. BENABOU, *Propri. Intell.*, 2012, n° 45, p. 436
- Note L. MARINO, *Gaz. Pal.*, 2012, n° 46, p. 20
- Obs. C. MANARA, *D.*, 2011, p. 2925
- Obs. J. LARRIEU, C. LE STANC et P. TRÉFIGNY, *D.*, 2012, p. 2343
- Obs. P. SIRINELLI, *D.*, 2012, p. 2836
- Obs. E. TREPPOZ, *RTD eur.*, 2012, p. 957

CJUE, 3ème ch., 1^{er} déc. 2011, n° C-145/10, *Painer*

- Obs. J. DALEAU, *Dalloz actualité*, 5 déc. 2011
- Obs. J. DALEAU, *D.*, 2012, p. 471
- Note N. MARTIAL-BRAZ, *D.*, 2012, p. 471
- Obs. P. SIRINELLI, *D.*, 2012, p. 2836
- Comm. J. ANTIPPAS, *Légipresse*, 2012, p. 12
- Obs. POLLAUD-DULIAN, *RTD com.*, 2012, p. 109 et 118
- Obs. A. LUCAS, *Propri. Intell.*, 2012, p. 30

CJUE, 11 sept. 2014, n° C-117/13, *Ulmer*

- Chron. E. BROUSSY, H. CASSAGNABÈRE et C. GÄNSER, *AJDA*, 2014, p. 2295
- Comm. J-M. BRUGUIÈRE, *Légipresse*, 2014, p. 611

- Obs. F. POLLAUD-DULIAN, *RTD com.*, 2014, p. 840
- Obs. E. TREPPOZ, *RTD eur.*, 2014, p. 965
- Note L. MARINO, *Gaz. Pal.*, 2015, n° 63, p. 16
- Note C. BERNAULT, *Propr. Intell.*, 2015, n° 54, p. 53

CJUE, 16 nov. 2016, n° C-301/15, *Soulier et Dok c/ France*

- Obs. J. DALEAU, *Dalloz actualité*, 2 déc. 2016
- Note F. MACREZ, *D.*, 2017, p. 84
- Obs., V-L. BENABOU, *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 108
- Note E. DERIEUX, *RLDI*, déc. 2016, p. 12
- Note P. BOIRON et A. LE DORÉ, *Légipresse*, 2017, p. 96
- Note J-M. BRUGUIÈRE, *Propr. Intell.*, 2017, n° 62, p. 30
- Obs. C. BERNAULT, *LEPI*, janv. 2017, p. 2

CJUE, gr. ch., 29 juill. 2019, n° C-476/17, *Pelham c/ Hutter*

- Note G. QUERZOLA, *D.*, 2019, p. 1742
- Obs. N. MAXIMIN, *Dalloz IP/IT*, 2019, p. 465
- Obs. V. VARET, *Légipresse*, 2019, p. 452
- Ét. C. ALLEAUME, *Légipresse*, 2020, p. 69
- Obs. E. TREPPOZ, *RTD eur.*, 2019, p. 927
- Obs. C. CARON, *CCE*, 2019, n° 75
- Comm. C. CARON, *CCE*, n° 1, 2020, comm. 1
- Note F. POLLAUD-DULIAN, *RTD com.*, 2020, n° 1, p. 74
- Note A. LUCAS, *Propr. Intell.*, 2019, n° 73, p. 41

CJUE, gr. ch., 29 juill. 2019, n° C-516/17, *Spiegel Online c/ Volker Beck*

- Obs. V. VARET, *Légipresse*, 2019, p. 451
- Ét. C. ALLEAUME, *Légipresse*, 2020, p. 69
- Obs. E. TREPPOZ, *RTD eur.*, 2019, p. 927
- Obs. A. LATIL, *Dalloz IP/IT*, 2020, p. 317
- Obs. F. POLLAUD-DULIAN, *RTD com.*, 2020, p. 83

CJUE, gr. ch., 29 juill. 2019, n° C-469/17, *Funke Medien NRW GmbH c/ République fédérale d'Allemagne*

- Obs. N. MAXIMIN, *Dalloz IP/IT*, 2019, p. 464
- Obs. V. VARET, *Légipresse*, 2019, p. 451
- Ét. C. ALLEAUME, *Légipresse*, 2020, p. 69
- Obs. E. TREPPOZ, *RTD eur.*, 2019, p. 927
- Obs. A. LATIL, *Dalloz IP/IT*, 2020, p. 317
- Obs. F. POLLAUD-DULIAN, *RTD com.*, 2020, p. 53 et 83
- Note P. PIOT, *Gaz. Pal.*, 2019, n° 36, p. 29
- Note J-M. BRUGUIÈRE, *Propr. Intell.*, 2019, n° 73, p. 32

2- Jurisprudence de la Cour EDH

Cour EDH, 21 févr. 1975, n° 4451/70, *Golder c/ Royaume-Uni*

Cour EDH 24 mai 1988, n° 10737/84, *Muller et autres c/ Suisse*

- Note P. ROLLAND, *Journal du droit international*, 2019, n° 3, p. 811

Cour EDH, 5 janv. 2000, n° 33202/96, *Beyeler c/ Italie*

- Obs. N. FRICERO, *D.*, 2000, p. 187
- Chron. H. LABAYLE et F. SUDRE, *RFDA*, 2001, p. 1250

Cour EDH, 11 oct. 2005, n° 73049/01, *Anheuser-Busch Inc. c/ Portugal*

- Note. A. ZOLLINGER, *JCP E*, 2007, p. 1409
- Obs. C. CARON, *CCE*, mai 2007, p. 67
- Note D. VELARDOCCHIO, *Dr. et patr.*, 2007, n° 163, p. 106
- Obs. J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *RTD eur.*, 2008, p. 405

Cour EDH, 18 sept. 2007, n° 25379/04, 21688/05, 21722/05 et 21770/05, *Paeffgen GmbH c/ Allemagne*

- Obs. C. CARON, *JCP G*, 2008, I, 158, n° 1
- Obs. T. REVET, *RTD civ.*, 2008, p. 503

Cour EDH, 16 févr. 2010, n° 41056/04, *Akdas c/ Turquie*

- Note J-P. MARGUÉNAUD et B. DAUCHEZ, *D.*, 2010, p. 1051
- Note A. ZOLLINGER, *Légipresse*, 2010, n° 271, p. 78
- Obs. M. LEVINET, *JCP G*, 2010, p. 261
- Obs. F. SUDRE, *JCP G*, 2010, p. 859

Cour EDH, 18 déc. 2012, n° 3111/10, *Ahmet Yildirim c/ Turquie*

- Chron. L. BURGORGUE-LARSEN, *AJDA*, 2013, p. 165
- Obs. C. MANARA, *Dalloz actualité*, 9 janv. 2013
- Obs. F. SUDRE, *JCP G*, 2013, p. 97

Cour EDH, 10 janv. 2013, n° 36769/08, *Ashby Donald c/ France*

- Chron. L. BURGORGUE-LARSEN, *AJDA*, 2013, p. 1794
- Obs. C. MANARA, *D.*, 2013, p. 172
- Obs. J. LARRIEU, C. LE STANC et P. TRÉFIGNY, *D.*, 2013, p. 2487
- Obs. P. SIRINELLI, *D.*, 2014, p. 2078
- Ét. F. MARCHANDIER, *Légipresse*, 2013, p. 221
- Obs. F. POLLAUD-DULIAN, *RTD com.*, 2013, p. 274
- Note A. ZOLLINGER, *CCE*, 2013, n° 5, p. 7

Cour EDH, Grande chambre, 16 juin 2015, n° 64569/09, *Delfi AS c./ Estonie*

- Obs. S. LAVRIC, *Dalloz actualité*, 30 juin 2015
- Obs. F. BENOIT-ROHMER, *RTD eur.*, 2016, p. 341

- Obs. K. BLAY-GRABARCZY, *JCP G*, 2015, p. 798
- Obs. F. SUDRE, *JCP G*, 2015, p. 845
- Note G. LOISEAU, *CCE*, 2015, comm. 68
- Obs. C. CARON, *RLDI*, 2015, n° 3793
- Obs. E. DERIEUX, *RLDI*, 2015, n° 3812
- Obs. C. BIGOT, *Légipresse*, 2015, p. 501

Cour EDH, 19 janv. 2016, n° 17429/10, *Kalda c/ Estonie*

- Obs. L. PRIOU-ALIBERT, *Dalloz actualité*, 3 févr. 2016
- Obs. J-P. CÉRÉ, *D.*, 2016, p. 1220
- Obs. V. CHOVGAN, *AJ pénal*, 2016, p. 224
- Obs. L. SAENKO, *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 266

Cour EDH, 18 juin 2019, n° 47121/06, *Mehmet c/ Turquie*

- Obs. J-P. MARGUÉNAUD, *RSC*, 2019, p. 717
- Note B. PASTRE-BELDA, *JCP G*, n° 27, p. 1312

Cour EDH, 9 févr. 2021, n° 68550/17, *Ramazan Demir c/ Turquie*

- Note C. BERLAUD, *Gaz. Pal.*, n° 8, p. 42

C- Jurisprudence étrangère

1- Allemagne

Tribunal constitutionnel fédéral allemand, 29 juin 2000, *Germania 3*

CA Hamm, 3^{ème} civ., 3 août 2011, I-3 U 196/10

Tribunal constitutionnel fédéral allemand, 1 BvR 1585/13, 31 mai 2016, *Kraftwerk*

- Obs. A. LUCAS, *Propri. Intell.*, 2016, n° 61, p. 457

2- Canada

Cour suprême du Canada, 28 mars 2002, n° 27872, *Théberge c. Galerie d'art du petit Champlain*

Cour suprême du Canada, 4 mars 2004, *CCH Canadienne Ltée c/ Barreau du Haut-Canada*

3- États-Unis d'Amérique

Cour suprême des États-Unis d'Amérique, 20 mai 1985, 471 US 539, *Harper et Row c/ Nation Enterprises*

Cour suprême des États-Unis d'Amérique, 7 mars 1994, 510 US 569, *Campbell c/ Acuff-Rose Music, Inc.*

- Note J. GINSBURG, *RIDA*, oct. 1994, p. 352

Cour suprême des États-Unis d'Amérique, 26 juin 1997, n° 96-511, *Attorney general of the United States c/ American Civil Liberties Union*

Supreme Court of Virginia, 1er nov. 2002, n° 012761, *America Online Inc. c/ Nam Tai Electronics Inc.*

Cour suprême des États-Unis d'Amérique, 15 juin 2003, n° 01-618, *Eldred c/ Ashcroft*

United States Court of Appeals, Sixth circuit, 7 sept. 2004, n° 02-6521 et 03/5738, *Bridgeport Music c/ Dimension Films*

US District Court for the Southern District of New York, U.S. District Court, 13 sept. 2013, n° 13-06919, *U.S.A. c/ Ulbricht*

- Comm. E. CAPRIOLI, *CCE*, n° 7-8, juillet 2017, comm. 68

United States Court of Appeals, Second circuit, 16 oct. 2015, n° 13-4829-cv, *The Authors Guild inc. c/ Google inc.*

- Obs. L. MARINO, *Gaz. Pal.*, 9 févr. 2016, chron. 31

4- Pays-Bas

Cour de District d'Amsterdam, 9 mars 2006, n° 334492, KG 06-176 SR, *Curry c/ Audax*

Index alphabétique

Renvois par numéro de paragraphe

A

Abandogiciel 238, 232

Abus de droit

– détournement du droit de sa finalité 667

– finalité du droit d’auteur 668, 665

– fonction 662

– illustration 154

– notion 661

– critères 664

– droits littéraires et artistiques 660

Accélération du cycle d’exploitation des œuvres

– illustrations 817

– origine 820

Ancien Régime 805, 504, 383, 6

Anonymat

– cybercriminalité 90

– droit d’organiser son anonymat 98

– notion 86

– vie privée 92

ARCOM 157

Artiste-interprète 863, 431

Auteur

– désacralisation 423

– fonction sociale du droit d’auteur 311

– négociation contractuelle 428, 424

– travailleur intellectuel 425

B

Biens communs

– comédie des communs 521

– finalité 512

– notion 513

– œuvres de l’esprit 518, 515

– rapport au faisceau de droits 511

– tragédie des anticommons 522

– tragédie des communs 519

Biens environnementaux

– droit de disposition 550

– fonction sociale 548

– notion 546

– rapport à la propriété 547

– rapport aux œuvres de l’esprit 551

C

Canada 603

Cession

– droit de disposition 673

– effets néfastes 428

– exclusivité 443

– inaccessibilité 437

– justification 427

– limitation de l’objet du contrat 440

– limitation temporelle du contrat 441

– limites 438

– notion 436

Chronologie des médias 313, 124

Commons (John) 529

Concession

– bienfaits 445, 443

– notion 436

Contrefaçon

– causes 177, 167, 164, 158, 155, 152, 139, 138

– contraventionnalisation partielle 183

– diversité 187, 181

– généralisation 191, 158, 136

- recours aux droits culturels 347
- sanctions 165, 161
- Contrôle de proportionnalité**
- conflit de droits 719
- Cour EDH 711
- critères de droit positif 750
- critères prospectifs 759
- droits de l'utilisateur 723
- droits moraux 721
- droits patrimoniaux 720
- étapes 713
- *faire use* 782
- fonction 373
- fonction sociale du droit d'auteur 761, 735
- *in abstracto/in concreto* 710
- liberté d'expression artistique 724
- mise en œuvre 765
- notion 709, 707
- opportunité 730
- restreint/étendu 715
- sécurité juridique 726
- subjectivité 734
- théorie de l'équilibre interne 732, 729
- triple test 740
- Copyright** 823, 780, 779, 745, 649, 6
- Copyright term extension act** 823
- Corps social** 177, 154
- Courte citation**
- critique 792, 791, 790, 595
- rapport à l'échantillonnage 789, 594
- Creative Commons** 204
- Cybercriminalité**
- anonymat 90
- contrefaçon 135, 126
- *Darkweb* 117
- laxisme 164, 156

D

Dabin (Jean) 293

Darkweb

- atteinte au droit d'auteur 123
- cybercriminalité 126, 119, 117
- *darknets* 111
- licéité 114
- nature 118, 112, 111

De minimis non curat praetor 762, 753, 592

Deep web 110

Démembrement de propriété

- fonction 502, 501
- notion 499

Desbois (Henry) 303

Domaine public

- gratuité 846
- œuvre frugifère 844
- œuvre non frugifère 845

Domaine public payant

- durée 858

- justification 860
- notion 857, 854
- projets 855
- Victor Hugo 856

Droit à rémunération 858, 648, 647, 8

Droit au respect de l'œuvre

- délimitation 680
- droit à l'intégrité 683
- relativité 681

Droit d'accéder à la culture

- notion 349
- portée 398, 351, 350

Droit d'accès à Internet 73, 70

Droit d'accès à l'œuvre

- contrepartie financière 398
- durée 579
- fonction sociale 588
- illustration 587
- justification 585
- licence légale 635
- modalités 583
- office du juge 651
- rapport au droit d'échantillonnage 616
- rémunération de l'auteur 649, 647
- support physique 582
- titulaires 580, 577
- notion 571

Droit d'échantillonnage

- courte citation 789
- droit moral 609
- droit subjectif 607
- illustration 620
- justification 622, 619, 615, 596
- modalités 613
- nature 597
- notion 590
- office du juge 618
- rapport à la courte citation 594
- rapport à la courte représentation 610
- rapport au droit d'accès à l'œuvre 616

Droit de courte représentation

- illustration 621
- justification 622, 619, 615, 611
- modalités 613
- rapport à l'échantillonnage 610

Droit de destination 631

Droit de repentir

- adaptation 690, 689, 688
- justification 693

Droit de retrait

- fondements 408
- inopportunité 410, 409

Droit égoïste 318

Droits culturels

- contenu 278
- contrôle de proportionnalité 724
- développement 360, 346
- droit à l'information 331

- droit d'accéder à la connaissance du patrimoine culturel 328
 - droit d'accéder à la culture 349
 - droit d'accès à l'œuvre 570
 - droit de participer à la vie culturelle de la communauté 327
 - droit de participer à la vie culturelle de la communauté 346, 279, 261
 - finalité 284
 - fondements 264, 261
 - invocabilité 280, 279
 - liberté d'expression 274
 - liberté d'expression artistique 622, 345, 338
 - notion 259, 273, 268
 - œuvres concernées 417
 - portée 342, 335, 278, 276
 - titulaires 285, 283
 - Droits égoïstes** 293
 - Droits littéraire et artistiques**
 - droits d'échantillonnage et de courte représentation 789
 - droits d'échantillonnage et de courte représentation 613
 - droit d'accès à l'œuvre 583
 - exceptions 793
 - expropriation 675
 - hiérarchie entre auteur et utilisateur 359
 - impact sur les droits de l'auteur 657
 - licence forcée 642
 - notion 461
 - prérogatives indisponibles de l'auteur 674
 - Droits moraux**
 - action de l'État 870
 - action des ayants droit 871
 - contrôle de proportionnalité 721
 - droit au respect 680, 406
 - droit de divulgation 405
 - droit de paternité 404
 - droit de repentir 407
 - droit de retrait 408
 - droit naturel 401
 - durée 867
 - fondamentalité 341
 - rapport à la propriété 381
 - valeur pécuniaire 402
 - Droits patrimoniaux**
 - absence de caractère naturel 390
 - affaiblissement 393
 - approche synthétique 554
 - cession 427
 - contrôle de proportionnalité 720
 - rémunération proportionnelle 429
 - reproduction et représentation 509
 - vocation 426
 - Droits voisins de l'investisseur**
 - durée 864
 - fonction 432
 - illégitimité 431
 - mutation 433
 - producteur de bases de données 865
 - Droits-fonctions** 319, 293
 - DUDH** 347, 276, 261
 - Duguit (Léon)** 173, 30, 29
 - Durée des droits de l'auteur**
 - Ancien Régime 805
 - critique 835, 826
 - délai *post mortem auctoris* 833
 - divulgation de l'œuvre 837
 - droit comparé 808
 - droit de suite 853
 - droit viager 836
 - enregistrement de l'œuvre 839
 - extension 822
 - fonction sociale 829, 811, 802
 - fondements 815
 - illustration 866
 - monopole perpétuel 810, 807
 - perpétuité des droits moraux 867
 - personnalisme 813
 - proposition de réduction 852, 844
 - succès tardifs et intergénérationnels 828, 812
 - verrou conventionnel 830
 - Durée des droits voisins**
 - artiste-interprète 863
 - investisseur 864
 - producteur de bases de données 865
 - régime 862
 - Durées des droits de propriété industrielle**
 - diversité 848
 - marques et brevets 849
 - semi-conducteurs 850
- ## E
- Exception de contenu non commercial généré par l'utilisateur** 603
 - Exception ouverte aux droits de l'auteur**
 - incompatibilité avec le droit positif 779
 - rejet 784
 - copie privée 788
 - courte citation 789
 - exception de panorama 798
 - fonction sociale 795
 - représentation dans le cercle familial 787
 - utilisations numériques 797
 - Exclusivité**
 - détournement 212
 - excès 372, 321, 241
 - limitation 228
 - notion 307, 306
 - rapport au monopole 411
 - Expropriation** 676
- ## F
- Fair dealing** 781, 776

Fair use 783, 780, 777, 774, 773, 772, 770, 745

Faisceau de droits

- biens communs 511
- *full rights/partial rights* 529
- notion 506
- rapport à la propriété 508
- rapport aux utilités 507

Fonction sociale

- du droit d’auteur 310
- abus de droit 663
- contenu 31
- contrôle de proportionnalité 735
- de la propriété civiliste 296, 293
- de la propriété industrielle 309
- des droits culturels 284
- des exceptions aux droits de l’auteur 795
- droits culturels 353
- du droit d’accès à l’œuvre 588
- du droit d’auteur 348, 29
- du droit de l’environnement 548
- durée des droits de l’auteur 802
- durée du monopole 829
- licences non volontaires 639
- œuvres orphelines et indisponibles 237, 227
- théorie 30

Fondamentalité

- de la propriété de l’auteur 340
- des droits culturels 281
- du droit d’accès à Internet 78
- notion 267

G

Gestion collective 646, 415, 226

Google livres (affaire) 220

H

Hohfeld (Wesley Newcomb) 530

Honoré (Anthony) 531

I

ICANN 52

Image des biens 395

Intérêt général 318, 309

Internet

- accélération du cycle d’exploitation des œuvres 820, 159
- contrefaçon 135
- gouvernance 58, 54
- influence sur le droit d’auteur 881, 872, 820, 509, 385, 316, 315, 136, 117, 11
- nature 55, 12
- zone de non droit 62

J

Josserand (Louis) 661, 304, 293, 29

Jusnaturalisme 24

K

Klasen (affaire) 754, 750, 729

Koons (Jeff) 347

Koons/enfants (affaire) 755, 752, 750, 719

Koons/Fait d’hiver (affaire) 722

Kraftwerk (affaire) 747, 599

L

Les Misérables (affaire) 721, 682

Lessig (Lawrence) 825, 204, 56

Liberté d’expression et de communication

- anonymat 95
- droits culturels 274
- sur Internet 70

Licence globale 652

Licence légale

- droit d’accès à l’œuvre 635
- notion 636, 634

Licence non volontaire

- critique 640
- fonction sociale 639
- notion 633

Licence obligatoire

- illustration 645
- justification 643
- propriété industrielle 637
- propriété littéraire et artistique 638

Licences libres

- *copyleft* 213, 201
- *Creative Commons* 204
- droits moraux 209
- fonctionnement 212, 206
- origines 198
- portée 215

Limites aux droits de l’auteur

- limites naturelles 786
- notion 369

Livre indisponible

- origines 220
- statut 221

M

Mash up 590

Mesures techniques de protection (DRM) 419, 166

Monopole d’exploitation 459, 412, 411

N

Nom de domaine 50

O

Œuvre

- assimilation à l'information 334
- désacralisation 313
- intangibilité 670
- rapport aux biens environnementaux 551
- support physique 559
- tragédie des communs 520

Œuvre composite

- plateformes de diffusion 606
- rapport à l'échantillonnage 591
- régime 593

Œuvre indisponible

- limites 239, 230
- origine 226

Œuvre orpheline

- limites 239, 230
- notion 223
- statut 224

Originalité 418

Ostrom (Elinor) et Schlager (Edella)

- droit d'accès 535
- droit d'aliénation 540
- droit d'exclusion 539
- droit de gestion 629, 538
- droit de prélèvement 536
- théorie distributive 532

P

Personnalisme 813, 28, 24

Piratage 183, 135

Plateformes de diffusion 623, 606, 166, 126

Pouillet (Eugène) 304

Propriété civiliste

- absolutité 292
- droit naturel 299
- exclusivité 306
- fonction sociale 296, 295
- limites 291
- notion 290, 13
- origine 383

Propriété industrielle

- fonction sociale 309
- instrumentalisation 322
- licence obligatoire 637

Propriété littéraire et artistique

- absolutité 240
- contestation 358, 178, 152, 146, 142
- déclin 430, 385, 376, 367, 356, 127, 20, 19
- droit international 449
- fondamentalité 340
- instrumentalisation 322
- licence obligatoire 638
- liens avec la propriété civiliste 384
- notion 308, 304, 303, 301, 15, 14
- origine 380, 7

- rejet 459, 378, 377, 355
- rigidité 882, 596, 456, 452, 242, 195
- fractionnement 555

R

Rareté 486, 314

Renouard (Augustin-Charles) 648, 425, 407, 303, 8

Réponse graduée 192, 157

S

Sampling 601, 599, 592, 590

Servitude 545

Sources de la norme

- approche sociologique 244, 173
- normativisme 172
- Support physique 671, 582, 559

T

Théorie de l'équilibre interne 732, 729

Triple test

- contrôle de proportionnalité 740
- critères 762, 742
- Triptyque (du droit de propriété) 528, 487

U

Usucapion

- fonction acquisitive 298
- fonction probatoire 297
- œuvres orphelines et indisponibles 238

Utilisateur

- droit de la consommation 286
- notion 285, 283

Utilitarisme

- notion 27, 26
- recrudescence 25

Utilité

- biens environnementaux 549
- commune 562
- d'accès 544
- économique 490
- immeuble 542
- intellectuelle 492
- intérêt 503, 498
- notion 487, 484, 478
- rapport à la propriété 498, 496
- rapport au faisceau de droit 507
- rapport aux démembrements de propriété 500
- rapport aux droits subjectifs 489
- rôle 481

Utrillo (affaire) 612, 332

V

Verrou conventionnel 830, 458, 457, 453

VPN

- atteinte au droit d’auteur 123
- chronologie des médias 124
- contrefaçon 652
- licéité 108

– notion 105

Z

Zay (Jean) 437

Table des matières

Sommaire.....

Principales abréviations.....

Introduction..... 1

§1- L'essor progressif de la réservation propriétaire de l'œuvre à l'aune de la technique 4

I- L'élaboration du paradigme propriétaire à partir des évolutions technologiques 4

II- La volonté de perpétuation du paradigme propriétaire en présence d'Internet. 7

§2- Le déclin soudain de la réservation propriétaire de l'œuvre sous l'impulsion d'Internet 13

I- Un réseau numérique contribuant à la remise en cause de la réservation propriétaire de l'œuvre 13

II- Un réseau numérique favorisant le recours à une approche fonctionnaliste du droit d'auteur 15

III- Un réseau numérique invitant à la métamorphose du droit de la création immatérielle..... 23

PARTIE I : L'inadaptation du modèle propriétaire à la réservation des œuvres de l'esprit 27

Titre I : L'inadéquation flagrante de la propriété aux enjeux numériques 31

Chapitre I : La propriété littéraire et artistique fragilisée par la nature d'Internet 33

Section I : L'accès à l'œuvre favorisé par l'encadrement d'Internet 34

§1 : Protection affaiblie de la propriété de l'auteur sur un réseau décentralisé..... 34

I : L'emprise relative du pouvoir étatique dans le domaine numérique..... 35

II : L'emprise imparfaite du droit de la propriété littéraire et artistique dans le domaine numérique 40

§2 : Accès renforcé à la propriété de l’auteur sur un réseau décentralisé	44
I : Le rattachement de l’accès à Internet à la liberté d’expression et de communication	45
II : L’autonomie du droit d’accès à Internet	46
A : Le droit subjectif d’accès à Internet	46
B : Le droit fondamental dérivé d’accès à Internet	49
Section II : La contrefaçon de l’œuvre favorisée par l’anonymat sur Internet	53
§1 : La propriété littéraire et artistique à l’épreuve de l’anonymat	54
I : Un droit à l’anonymat salubre pour le public	54
A : Une discrétion de l’internaute suspecte	55
B : Une discrétion de l’internaute essentielle	56
II : Un droit à l’anonymat conciliable avec les droits de l’auteur	60
§2 : La propriété littéraire et artistique à l’épreuve des outils d’anonymisation	62
I : L’émergence d’instruments d’anonymisation au service des internautes	63
A : Le renforcement de l’anonymat par les réseaux privés virtuels	63
B : Le renforcement de l’anonymat par les <i>darknets</i>	66
II : Le détournement des instruments d’anonymisation au détriment de l’auteur	69
A : Une cybercriminalité favorisée par les <i>darknets</i>	69
B : Une contrefaçon stimulée par les réseaux privés virtuels et des <i>darknets</i> ..	73
Chapitre II : La propriété littéraire et artistique fragilisée par la nature des usages numériques	79
Section I : Une réservation propriétaire de l’œuvre inadaptée aux pratiques des internautes	80
§1 : Manifestations d’une remise en cause de la propriété de l’auteur	80
I : La contrefaçon systémique des œuvres de l’esprit sur Internet	81
II : L’opposition organisée à la propriété intellectuelle sur Internet	86
§2 : Sociologie d’une remise en cause de la propriété de l’auteur	90
I : La rupture initiée entre norme et corps social	90
A : Un régime de protection de l’œuvre jugé inadéquat dans l’environnement numérique	90
B : Une réponse pénale inadaptée au comportement des contrefacteurs	96
II : La confiance recherchée entre norme et corps social	101
A : Détermination de la juste place du corps social dans l’élaboration du Droit	102
B : Proposition en faveur d’un équilibre entre norme et corps social	108

Section II : Une réservation propriétaire de l'œuvre inflexible face aux pratiques des internautes	116
§1 : Les licences libres, outils imparfaits de contestation du propriétaire-souverain	117
I : La construction des licences libres en concordance avec la propriété littéraire et artistique	117
A : Économie des licences libres et de libre diffusion	118
B : Formation de la licence et risques pour l'auteur.....	122
II : Le détournement de l'esprit de la propriété littéraire et artistique par les licences libres	124
A : Le renversement apparent du propriétaire-souverain par les licences libres	124
B : Le renversement inefficace du propriétaire-souverain par les licences libres	127
§ 2 : Les œuvres orphelines et indisponibles, régimes insuffisants au contournement du propriétaire-souverain	129
I : La flexibilité du statut des œuvres orphelines et indisponibles	129
II : Une flexibilité incomplète face aux usages numériques	138
A : Un assouplissement limité du droit de la création immatérielle	138
B : Une rigidité inhérente à l'esprit propriétaire	144
 Titre II : L'inadéquation manifeste de la propriété aux droits fondamentaux de l'auteur et de l'utilisateur	153
Chapitre I : La quête de droits fondamentaux culturels de l'auteur et de l'utilisateur...	155
Section I : La recherche préliminaire de prérogatives attachées à l'auteur et l'utilisateur	156
§1 : Le droit international comme principale manifestation des droits de l'utilisateur	157
I : Appui textuel limité des droits culturels de l'utilisateur en droit international	157
A : Sources textuelles des prérogatives de l'utilisateur.....	157
B : Nature des multiples prérogatives de l'utilisateur	161
II : Portée non contraignante des droits culturels de l'utilisateur en droit interne	165
A : Valeur restreinte des droits culturels de l'utilisateur en droit positif.....	165
B : Catégorie déterminée des bénéficiaires des droits culturels de l'utilisateur en droit positif.....	171
§2 : L'intérêt général comme assise de la propriété de l'auteur.....	174

I : Une réservation propriétaire partiellement fondée sur l'intérêt général	175
A : Mise en lumière de la fonction sociale de la propriété civiliste	175
B : Mise en lumière de la fonction sociale de la propriété intellectuelle	183
1 : Convergences et divergences entre propriété civiliste et propriété intellectuelle	183
2 : La propriété intellectuelle, outil de progrès des sciences et de propagation des idées	190
II : Une réservation propriétaire servant imparfaitement l'intérêt général.....	192
A : Internet, révélateur de l'ineffectivité de la propriété comme technique de réservation des droits intellectuels	193
B : L'intérêt général, révélateur du déséquilibre entre auteur et utilisateur au sein des droits intellectuels	196
Section II : La recherche impérative d'équilibre entre droits fondamentaux de l'auteur et de l'utilisateur.....	200
§1 : L'identification primordiale des droits fondamentaux de l'auteur et de l'utilisateur	200
I : Les prérogatives fondamentales de l'auteur et de l'utilisateur en droit positif	201
A : Les droits fondamentaux reconnus à l'utilisateur de l'œuvre	201
B : Les droits fondamentaux reconnus à l'auteur de l'œuvre.....	208
II : Les prérogatives fondamentales de l'auteur et de l'utilisateur en droit prospectif	211
§2 : La hiérarchisation inévitable des droits fondamentaux de l'auteur et de l'utilisateur	218
I : Le recul des droits patrimoniaux de l'auteur	218
II : La soumission des droits patrimoniaux de l'auteur aux droits de l'utilisateur ?	220
Chapitre II : L'implication de droits fondamentaux culturels de l'auteur et de l'utilisateur	225
Section I : L'ébranlement du pouvoir d'exclure de l'auteur	226
§1 : Le déclin conceptuel de la propriété exclusive de l'auteur	226
I : La remise en cause du droit exclusif de l'auteur face aux droits fondamentaux culturels	227
II : La remise en cause du système propriétaire dans l'encadrement des droits littéraires et artistiques	231
A : Rejet formel du modèle propriétaire en droit d'auteur.....	231
B : Raison d'être discutable du modèle propriétaire en droit d'auteur	234

1 : Justification de l'intégration des droits moraux au sein de la propriété de l'auteur	234
2 : Justification du recours à la propriété pour désigner les prérogatives de l'auteur	237
§2 : Une approche renouvelée des prérogatives de l'auteur.....	239
I : Du droit de propriété aux droits de l'auteur.....	239
A : Réserve justifiée de droits patrimoniaux au profit du créateur	240
1 : Caractère non naturel des droits patrimoniaux de l'auteur	240
2 : Maintien de droits patrimoniaux au profit de l'auteur	242
B : Réserve légitime de droits moraux au profit du créateur	247
1 : Enjeux liés à l'attribution et l'exercice des droits moraux.....	247
2 : Bien-fondé des prérogatives extrapatrimoniales reconnues à l'auteur..	249
a : Sauvegarde du droit de paternité, du droit de divulgation et du droit au respect.....	249
b : Dégradation du droit de repentir et du droit de retrait	252
II : Du droit exclusif au monopole d'exploitation de l'auteur.....	255
Section II : Le bouleversement du droit de la propriété littéraire et artistique.....	261
§1 : Une désacralisation manifeste de l'auteur.....	262
I : Les manifestations de la désacralisation du créateur	263
II : Les palliatifs à la désacralisation du créateur	273
§2 : Un modèle à contre-courant de la propriété littéraire et artistique.....	279
I : Les obstacles à la pleine reconnaissance de droits fondamentaux de l'utilisateur	280
A : Les entraves aux droits fondamentaux culturels en droit international....	280
B : Les entraves aux droits fondamentaux culturels en droit interne	285
II : De la propriété littéraire et artistique aux droits littéraires et artistiques.....	287

PARTIE II : Le dépassement du modèle propriétaire dans la réserve des œuvres de l'esprit.....299

Titre I : Détermination du contenu des droits littéraires et artistiques	303
Chapitre I : Identification préliminaire des utilités du bien au profit du propriétaire et des tiers	305
Section I : Appréhension extensive de la nature des utilités	306
§1 : Définitions plurielles de la notion d'utilité	307
I : Contours étendus de la notion d'utilité	307

A : Plasticité de l'utilité du bien.....	307
B : Conceptions multiples de l'utilité du bien.....	311
II : Indépendance de l'utilité face à la propriété et ses démembrements	314
A : Dissociabilité des utilités de la propriété.....	315
B : Dissociabilité des utilités et des démembrements de propriété	316
§2 : Contours et fonctions de la théorie du faisceau de droits.....	320
I : Efficacité du faisceau de droits dans l'appréhension du potentiel du bien	320
II : Efficacité du faisceau de droits dans le partage du potentiel du bien.....	324
A : Opportunité du faisceau de droits en analogie avec les biens communs..	325
B : Risque d'un partage des utilités face à la tragédie des communs.....	330
Section II : Appréhension ciblée de la nomenclature des utilités.....	333
§1 : Examen de l'attribution des utilités en sciences économiques et juridiques...	334
I : Dissection du faisceau de droits en catégories d'utilités	334
A : Exposé préalable des différentes méthodes d'appréhension du faisceau de droits.....	335
B : Sélection subséquente de la nomenclature d'Ostrom et du Professeur Edella Schlager	339
1 : Les droits d'accès et de prélèvement : outils d'autorisation	340
2 : Les droits de gestion, d'exclusion et d'aliénation : outils de contrôle..	341
II : Distribution des utilités issues du faisceau de droits hors du droit de l'immatériel	344
A : Attribution classique des utilités en droit des biens	344
B : Attribution spécifique des utilités en droit de l'environnement	347
§2 : Examen de l'attribution des utilités en droit de la propriété littéraire et artistique	352
I : Utilités exclusivement réservées à l'auteur.....	353
II : Utilités reconnues au public et au propriétaire du support physique.....	356
Chapitre II : Distribution consécutive des utilités de l'œuvre au profit de l'auteur et de l'utilisateur	363
Section I : Affectation de droits sur l'œuvre en faveur de l'utilisateur.....	364
§1 : Reconnaissance d'un droit d'accès à l'œuvre au profit de l'utilisateur	365
I : Détermination de la nature du droit d'accès à l'œuvre	365
II : Détermination du régime du droit d'accès à l'œuvre	370
§2 : Reconnaissance d'un droit d'échantillonnage de l'œuvre au bénéfice de l'utilisateur	377

I : Détermination de la nature du droit d'échantillonnage.....	378
II : Détermination du régime du droit d'échantillonnage.....	384
A : Inspirations hétéroclites du droit d'échantillonnage	384
B : Articulation inédite entre droits d'échantillonnage et de courte représentation	391
Section II : Pérennisation de droits sur l'œuvre en faveur de l'auteur	401
§1 : Encadrement strict des pouvoirs de gestion du créateur	402
I : Préservation essentielle du droit de gestion de l'auteur.....	403
A : Opportunité d'une limitation du droit de gestion de l'auteur.....	403
B : Opportunité de licences non volontaires cantonnées aux usages de l'utilisateur	406
1 : Le droit d'accès à l'œuvre, source d'une licence légale	406
2 : La carence d'exploitation de l'auteur, source d'une licence obligatoire	410
II : Préservation primordiale du droit à rémunération de l'auteur.....	418
§2 : Encadrement strict des pouvoirs d'exclusion, de disposition et des droits moraux du créateur	423
I : Délimitation ferme des droits d'exclusion et de disposition de l'auteur	423
A : Cantonnement nécessaire des facultés d'exclusion de l'auteur.....	423
1 : Limitation du droit d'exclusion de l'auteur	424
2 : Encadrement du droit d'exclusion de l'auteur par la théorie de l'abus de droit	425
B : Retranchement impératif des facultés de disposition de l'auteur	432
1 : L'évanouissement du droit de disposition de l'auteur sur son œuvre...	432
2 : La disparition du droit de disposition, une expropriation de l'auteur ?	435
II : Délimitation renouvelée des droits moraux de l'auteur	438
A : Portée atténuée du droit au respect de l'auteur	438
B : Portée aménagée des autres droits moraux de l'auteur.....	444
 Titre II : Détermination des limites aux droits littéraires et artistiques.....	455
Chapitre I : Délimitation substantielle des droits littéraires et artistiques.....	457
Section I : L'articulation des droits littéraires et artistiques autour de la technique du contrôle de proportionnalité	458
§1 : Motivation d'un contrôle de proportionnalité entre droits fondamentaux de l'auteur, de l'utilisateur et du public	459
I : Fondation contestée d'une mise en balance des droits en droit positif.....	459

A : Économie complexe du contrôle de proportionnalité.....	459
B : Identification essentielle des principaux droits fondamentaux mobilisés	466
II : Fondation légitime d'une mise en balance des droits en droits littéraires et artistiques	472
A : Le contrôle de proportionnalité, instrument clivant	473
B : Le contrôle de proportionnalité, instrument d'équilibre entre libertés et droits fondamentaux	476
§2 : Mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité entre droits fondamentaux de l'auteur, de l'utilisateur et du public	482
I : Sélection de critères adéquats dans la mise en balance des droits fondamentaux	482
A : Multiplicité des inspirations dans l'élaboration des critères du contrôle de proportionnalité	483
1 : Les critères issus de mécanismes voisins de la mise en balance des droits	483
a : Le recours bénéfique aux critères du triple test.....	483
b : Le recours avantageux aux critères du <i>fair use</i>	486
2 : Les critères issus de la pratique jurisprudentielle du droit d'auteur.....	489
B : Multiplicité des critères retenus dans l'exécution du contrôle de proportionnalité	493
II : Articulation des critères sélectionnés dans la mise en balance des droits fondamentaux	500
Section II : L'adaptation des exceptions aux droits patrimoniaux de l'auteur.....	503
§1 : Opportunité potentielle d'une exception ouverte aux droits de l'auteur.....	504
I : Intérêt apparent d'une exception ouverte en droits littéraires et artistiques ..	504
A : Tentation d'une exception ouverte : hypothèse d'un <i>fair use</i> à la française	505
B : Attrait d'une limite semi-ouverte : perspective d'un <i>fair dealing</i> à la française	507
II : Rejet d'une exception ouverte ou semi-ouverte aux droits de l'auteur	509
§2 : Adaptation inévitable des exceptions fermées aux droits de l'auteur	514
I : Adaptations principales aux exceptions aux droits patrimoniaux.....	514
II : Adaptations accessoires aux exceptions aux droits patrimoniaux.....	520
Chapitre II : Délimitation temporelle des droits de l'auteur	527
Section I : Inadaptation de l'étendue temporelle du monopole d'exploitation du créateur	528

§1 : Fondements du délai de protection de l’auteur et de ses ayants droit	528
I : Extension continue de la durée de protection du droit d’auteur	529
II : Justifications récurrentes de la durée de protection <i>post mortem auctoris</i> du droit d’auteur	532
§2 : Excès du délai de protection de l’auteur et de ses ayants droit	537
I : Accélération patente du cycle d’exploitation des œuvres de l’esprit.....	537
II : Dmesure de la durée du droit patrimonial face à l’accélération du cycle d’exploitation des œuvres.....	542
Section II : Raccourcissement de l’étendue temporelle des droits du créateur	548
§1 : Redéfinition préalable du point de départ du délai de protection de l’œuvre .	549
I : Exclusion opportune d’un délai <i>post mortem auctoris</i>	549
II : Choix bénéfique d’un délai débutant à compter de la divulgation de l’œuvre	552
§2 : Redéfinition subséquente de la durée de protection de l’œuvre	555
I : Détermination du délai de protection optimal des droits portant sur l’œuvre	556
A : Abrègement de la durée de protection du droit d’auteur.....	556
1 : Réduction du délai du monopole d’exploitation	556
2 : Consécration d’un domaine public payant commercial	564
B : Adaptation de la durée de protection des droits voisins et des droits exclusifs	569
II : Détermination du délai de protection idéal des droits moraux de l’auteur...	572
Conclusion générale.....	585
Bibliographie sélective.....	591
I- Traités, manuels et ouvrages généraux	595
II- Thèses et ouvrages spéciaux	599
III- Ouvrages collectifs	607
IV- Articles et chroniques.....	611
V- Jurisprudence citée et notes jurisprudentielles	626
Index alphabétique	639
Table des matières	645

Contribution à l'étude de la propriété littéraire et artistique à partir d'Internet

Mots clés : Propriété littéraire et artistique / Droit des biens / Droits fondamentaux / Utilitarisme / Fonction sociale du Droit.

Le modèle propriétaire est-il le plus adapté à la réservation des œuvres de l'esprit au regard des enjeux liés à Internet ? Telle est la question à laquelle se propose de répondre cette thèse en opérant une critique du régime propriétaire encadrant les droits de l'auteur. Si la mise en œuvre d'une propriété relative aux œuvres de l'esprit apparaissait initialement justifiée, l'émergence d'Internet suscite une profonde remise en cause de ce mode de réservation. Les créations pouvant être reproduites et diffusées sans frein, l'exclusivité induite par la propriété n'apparaît plus aussi légitime en droit de la création immatérielle. Ce constat s'avère d'autant plus évident lorsque se trouve mis en exergue le développement de droits fondamentaux culturels au profit du public. Dès lors, ces éléments démontrent que la propriété littéraire et artistique ne remplit pas pleinement la finalité sociale qui devrait être la sienne. Par conséquent, cette étude invite à évaluer l'opportunité d'un régime non-propriétaire en droit de la création immatérielle.

Contribution to the study of literary and artistic property law from the Internet

Keywords: Literary and artistic property / Property law / Fundamental rights / Utilitarianism / Social function of law.

Given the stakes linked to Internet, is the ownership model the most suited to the reservation of intellectual works? This thesis aims to answer this question by criticizing the proprietary regime governing the rights of the author. If the implementation of an ownership related to the works of the mind initially appeared legitimate, the emergence of Internet causes a deep questioning of this mode of reservation. This is particularly relevant for the exclusivity induced by ownership as creations can be reproduced and disseminated without restraint. This observation is all the more significant when one takes into account the development of fundamental cultural rights for the public benefit. Therefore, these elements show that literary and artistic property does not fully fulfil the social function it should serve. Consequently, this study invites to evaluate the opportunity of a non-proprietary regime in the immaterial creation law.