

Le droit de propriété incorporelle de l'auteur (2^{ème} partie)

par Frédéric FOUILLAND

Avocat au barreau de Lyon

2^{ème} partie – La patrimonialité de la propriété incorporelle

Il est vain de rechercher dans la terminologie conceptuelle « *droit de propriété incorporelle* » employée par le législateur un quelconque élément permettant de rattacher ce droit au patrimoine de l'auteur. C'est alors en examinant ses attributs que cette propriété si personnelle nous délivrera les mystères de sa patrimonialité. Comme l'a fort justement observé un auteur, la patrimonialité d'un bien revêt des degrés, et « *c'est dans le cas de la propriété littéraire et artistique que la patrimonialité de droit commun connaît les plus surprenantes atteintes* »¹. La pleine patrimonialité doit, selon cet auteur, répondre à trois « concepts » : l'évaluation, la cessibilité onéreuse et la transmissibilité à cause de mort². A l'épreuve de ces critères, la patrimonialité de la propriété incorporelle

de l'auteur est relative (A), et ce, à plusieurs titres. Non seulement, d'une manière assez radicale, le législateur prend soin de distinguer les attributs patrimoniaux de ceux qui ne le sont pas, mais il relativise expressément la patrimonialité des premiers ; en outre, ce qui peut être analysé comme le comble de cette relativité, est qu'il est laissé toute latitude à l'auteur dans la patrimonialisation de ses droits. Il n'est donc pas faux de parler de patrimonialité potestative (B).

A. Une patrimonialité relative

Distinction légale des attributs patrimoniaux et extra-patrimoniaux –

Dans un premier temps, l'alinéa 2 de l'article L. 111-1 du CPI dispose que le droit de propriété incorporelle de l'auteur « *comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial* »³. Le législateur qualifiant

¹ P. CATALA, "La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne": RTD civ. 1966, p. 185, n° 26.

² *Ibid.*, n°25 ; V. aussi, P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens*, Defrénois, 2^{ème} éd., 2005, n° 20.

³ La consécration légale du « droit moral », par opposition aux « droits patrimoniaux » est issue de l'art. 1^{er} de la loi n° 57-298 du 11 mars 1957 (devenu art. L. 111-1 du CPI). Le droit moral n'était toutefois pas inconnu, loin de là. La loi du 11 mars 1957 s'est en effet contentée de codifier les

certain attributs de « patrimoniaux » pour les distinguer des autres, nous sommes alors fondés à considérer que les premiers – attributs d’ordre intellectuel et moral – sont extra-patrimoniaux. Cette *summa divisio* légale est venue mettre un terme à l’opposition de deux thèses doctrinales, l’une défendant une conception moniste du droit d’auteur, l’autre proposant une approche dualiste. Il ne nous appartient pas de les développer à nouveau, leur étude ayant déjà été brillamment exposée par une doctrine autorisée⁴. Nous nous attacherons cependant à en rapporter brièvement la substance, tant leur influence sur la patrimonialité de la « propriété incorporelle » de l’auteur s’avère considérable.

Conceptions moniste et dualiste du droit d’auteur – La thèse moniste, dans son acception traditionnelle, fait prévaloir incontestablement le droit moral sur le droit d’exploitation, au point de les confondre : on parle alors de monisme personnaliste⁵. Cette thèse, qui repose sur le postulat selon lequel les œuvres de l’esprit se confondent avec l’activité intellectuelle elle-même fut fortement critiquée par le professeur DESBOIS. Ce dernier observait que « *c’est là confondre l’activité créatrice avec la création qui en est le fruit, plus généralement le travail avec le produit du labeur, la cause*

solutions jusque là solidement établies par la jurisprudence. Voir, par ex., CA Paris, 11 janvier 1828 (*Vergne c/ créanciers Vergne*): S. 1828-1830, II, p. 5 (droit de divulgation) ; CA Lyon, 17 juillet 1845 (*Marle c/ Lacordaire*): DP 1845, II, p. 128 (droit de divulgation) ; CA Paris, 12 janvier 1848 (*Vergniaud c/ Roret*): S. 1848, II, p. 142 (droit au nom et droit au respect) ; T. civ. Seine, 26 novembre 1931 (*Rebour c/ Saurmann et Sté La Terpsichore*): Gaz. Pal. 1932, 1, p. 337 (droit au nom) ; CA Paris 28 juillet 1932 : préc. note **Erreur ! Signet non défini.** (droit au respect).

⁴ Voir, A. et H.-J. LUCAS, *op. cit.*, n° 29 ; DESBOIS, *op. cit.*, n° 206 et s.

⁵ Une doctrine récente, qualifiant le droit d’auteur de droit de propriété essentiellement réel, a proposé une analyse moniste réaliste de ce droit, où le « droit moral » serait accessoire au droit de propriété : J. RAYNARD, *Droit d’auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d’auteur*, Préf. de M. VIVANT, Litec, 1990, n° 335 et s., spéc. n° 357. Mais, comme nous l’avons démontré précédemment, le droit moral ne saurait être réduit au rang d’accessoire du droit de propriété, bien au contraire. Il serait même, au moins pour ce qui concerne les droits de divulgation et de retrait, l’élément caractéristique de la qualification de droit de propriété : l’abus intellectuel.

avec l’effet »⁶. Quelques décisions rendues par les juridictions du fond adhèrent à cette thèse, tel ce jugement rendu en 1936, à la suite d’un précédent jurisprudentiel, par le Tribunal civil de la Seine⁷ : « *Attendu que cette faculté pour l’auteur de tirer un profit matériel de son activité intellectuelle et de cette émanation de sa personnalité que constitue son œuvre apparaît comme inhérente à la personne au même titre que celle qui appartient à tout homme de tirer profit de son activité physique et de son travail manuel, par exemple en louant ses services; qu’elle peut assurément, comme cette dernière, être, lorsqu’elle est exercée, créatrice de biens, mais que, pas plus que celle-ci, elle ne constitue en elle-même un bien au sens de l’art. 516, c. civ.;* ».

Autrement dit, *exit* la patrimonialité du droit d’auteur, un artiste ne pouvant céder ses droits afférents à son œuvre, en l’absence de monopole donnant prise à aliénation. DESBOIS relevait alors que l’auteur « *pourra seulement consentir à une édition, à une série de représentations, par une convention qui ne sera pas une cession, mais une simple concession* »⁸. Malgré la résistance de certaines juridictions du fond, la thèse moniste personnaliste ne trouva pas grâce devant la Cour de cassation, ainsi qu’elle l’exprima, à plus de quarante années d’intervalle, par un attendu identique, dans les célèbres affaires *Lecocq* et *Canal*⁹: « *Attendu que le droit d’exploiter exclusivement les produits d’une œuvre littéraire ou artistique, réservé par la loi, pour un temps limité, à l’auteur de cette œuvre, constitue un bien entrant dans le*

⁶ DESBOIS, *op. cit.*, n° 208.

⁷ T. civ. Seine, 1^{er} avril 1936 (*Canal*): DP 1936, 2, p. 65, note NAST ; *adde*, CA Paris, 1^{er} février 1900 (*Lecocq*): S. 1900, II, p. 121, note SALEILLES.

⁸ DESBOIS, *op. cit.*, n° 207.

⁹ Cass. civ. 25 juin 1902 (*Lecocq*) : S. 1901, I, p. 305, note LYON-CAEN ; DP 1903, I, p. 5, note A. COLIN, cassant CA Paris, 1^{er} février 1900 : préc. note 7 ; Cass. civ. 14 mai 1945 (*Canal*) : D. 1945, jur., p. 285, note DESBOIS, cassant CA Paris, 23 février 1938 : S. 1938, II, p. 169, note ESMEIN ; DH 1938, p. 186, confirmant T. civ. Seine, 1^{er} avril 1936 : préc. note 7 ; M. LYON-CAEN, dans sa note ss. Cass. civ. 25 juin 1902 (*Lecocq*), relevait une inexactitude d’expression contenue dans les motifs de l’arrêt qu’il convient de rapporter : « *le droit exclusif d’exploitation porte sur l’œuvre elle-même, et pas seulement sur ses produits, qui sont les redevances diverses payées par les éditeurs, directeurs de théâtres et de concerts* ».

commerce [...]»; ». Et la Cour de poursuivre¹⁰ : « *Attendu, toutefois, que la mise en commun du monopole d'exploitation a lieu sans qu'elle puisse porter atteinte à la faculté de l'auteur, inhérente à sa personnalité même, de faire ultérieurement subir des modifications à sa création ou même de la supprimer [...]* ».

Le droit d'auteur était alors considéré comme un bien, mais les intérêts moraux du créateur n'étaient pas pour autant bafoués. DESBOIS expliquait parfaitement cette conception puisque selon lui, « *la protection des intérêts moraux et la satisfaction des intérêt d'ordre patrimonial* » représentant « *deux objectifs, que la raison et l'observation des faits permettent de dissocier* »¹¹. L'on a vu, en effet, que bien qu'elle puisse être qualifiée de droit réel, la propriété incorporelle de l'auteur n'en garde pas moins une certaine indivisibilité relativement à sa personne, ce qui a pu laisser certains auteurs emprunter le vocable de « droit de la personnalité »¹².

Toutefois, si le régime de protection du droit d'auteur emprunte beaucoup à celui des droits de la personnalité, la qualification du droit d'auteur en droit de la personnalité nous semble quelque peu hasardeuse. En effet, contrairement à la plupart des autres droits de la personnalité – droit à l'image, droit au nom, droit à l'honneur – le droit d'auteur est largement réglementé par les textes et porte sur une chose, l'œuvre de l'esprit, forcément détachée de la personne physique de son créateur. L'on retrouve d'ailleurs ce particularisme dans la perpétuité du droit moral, alors même que les droits de la personnalité s'éteignent avec la mort de leur titulaire¹³. Cependant, l'on ne

peut nier que dans la tradition française, le droit moral occupe une place prépondérante. Et cette prééminence n'est pas seulement symbolique, comme l'a rappelé la Cour de cassation dans l'affaire *Huston*, lorsqu'elle qualifia les règles concernant le droit moral de « *lois d'application impérative* », évinçant en l'espèce l'application de la loi américaine¹⁴.

Le droit d'auteur est en quelque sorte un droit mixte, à la fois extra-patrimonial et patrimonial, et c'est en cela que réside sa dualité. C'est ainsi que le conçoit le législateur depuis 1957 et, aux yeux de ce dernier, la patrimonialité du « droit de propriété incorporelle » est relative : à côté du droit moral, extra-patrimonial, coexistent des attributs patrimoniaux dont la patrimonialité est également relative.

Patrimonialité relative des « attributs d'ordre patrimonial »

– Les attributs d'ordre patrimonial n'ont pas tous le même degré dans la hiérarchie de la patrimonialité et aucun ne peut être réellement qualifié de pleinement patrimonial. Certes, si l'on s'attache à analyser le droit d'exploitation reconnu à l'auteur par l'article L. 122-1 du CPI, il est possible de se convaincre que les droits de représentation et de reproduction qui le constituent sont bien, selon la loi, cessibles à titre onéreux ou gratuit¹⁵, et transmissibles à cause de mort¹⁶; mais, cela est sans compter le caractère temporaire de ce droit. Aux termes de l'article L. 123-1 du CPI, l'auteur jouit de ce droit sa vie durant et ce dernier persiste au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les 70 années qui suivent¹⁷. Au terme de ces

¹⁰ Cass. civ. 14 mai 1945 (*Canal*) : *ibid*.

¹¹ DESBOIS, *op. cit.*, n° 209 ; Rapp. CA Paris, 7 novembre 1951 (*Montherlant*) : *Gaz. Pal.* 1952, 1, p. 80, où la cour prend soin de distinguer le « *patrimoine matériel* » du « *patrimoine intellectuel* ».

¹² B. EDELMAN, *La propriété littéraire et artistique*, Que sais-je ?, PUF, 3^{ème} éd., 1999, p. 39. Voir aussi le développement fort intéressant de l'auteur sur l'idée d'une « subjectivisation de la propriété » : B. EDELMAN, "De la propriété-personne à la valeur-désir" : *D.* 2004, chr., p. 155.

¹³ Voir, par ex., Cass. civ. 1^{ère}, 14 décembre 1999 (*Sté Les Editions Plon et Orban c/ Mitterrand*) : *Bull. civ. I*, n° 345 ; *D.* 2000, jur., p. 372, note BEIGNIER ; *D.* 2000, somm., p. 266, obs.

CARON ; *RTD civ.* 2000, p. 291, obs. HAUSER, à propos du droit au respect de la vie privée.

¹⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 1991 (*Huston*) : *Bull. civ. I*, n° 172 ; *JCP G* 1991, II, 21731, note FRANÇON ; *Rev. crit. DIP* 4/1991, p. 752, obs. GAUTIER ; *JCP E* 1991, 220, note J. GINSBURG et P. SIRINELLI.

¹⁵ Art. L. 122-7 al. 1^{er} et L. 122-7-1 du CPI.

¹⁶ Art. L. 123-1 al. 2 du CPI.

¹⁷ La loi n° 97-283 du 27 mars 1997 est venue transposer la Directive (CE) n° 93/98 du 29 octobre 1983, relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, JOCE, n. L. 290/9 du 24 novembre 1993. Voir, A. et H.-J. LUCAS, *op. cit.*, n° 431 et s. ; R. PLAISANT, "La durée du droit pécuniaire de l'auteur et son évolution", in *Mélanges A. FRANÇON*, Dalloz, 1995, p. 351 ; F. POLLAUD-

soixante-dix années, *exit* la patrimonialité du droit d'exploitation ; mieux encore, *exit* le droit d'exploitation qui tombe dans le domaine public. En outre, si ce droit d'exploitation est, au moins temporairement, pleinement patrimonial – évaluable, cessible et transmissible à cause de mort – il en va différemment du droit de suite prévu à l'article L. 122-8 du CPI qui, bien qu'évaluable¹⁸ et transmissible aux héritiers, n'en demeure pas moins inaliénable. Ajoutons enfin que le droit de suite s'éteint lui aussi, à l'instar du droit d'exploitation, soixante-dix années après la mort de l'auteur¹⁹.

Jusque-là, l'analyse textuelle relativise dans une large mesure la patrimonialité du droit d'auteur. Ainsi, ce qu'il faut entendre par « biens » en propriété littéraire et artistique, ce sont les « *attributs d'ordre patrimonial* » de l'auteur, droits subjectifs, évaluables en argent, cessibles – à l'exception du droit de suite – et transmissibles. Et finalement, seul le droit d'exploitation de l'auteur, qui regroupe le droit de représentation et le droit de reproduction, peut être qualifié, au moins temporairement, de bien pleinement patrimonial. Mais si nous poursuivons l'analyse, il semblerait que le législateur ait laissé à l'auteur seul, le soin de décider si son œuvre doit être patrimonialisée.

B. Une patrimonialité potestative

Nous avons mis en évidence que l'œuvre de l'esprit, « chose intellectuelle », est attachée à l'auteur et ne peut être aliénée ou usucapée. Reste le droit d'exploitation, seule prérogative pleinement patrimoniale qui constitue un élément du *fructus* de cette propriété. Toutefois, sa mise en œuvre étant intimement liée à l'*abusus*, non seulement la patrimonialité de la propriété incorporelle sera conditionnée par l'exercice du droit de divulgation (1), mais l'auteur pourra aussi la

révoquer en exerçant son droit de repentir ou de retrait (2).

1. Une patrimonialité conditionnée par la divulgation

L'extracommercialité relative du droit d'exploitation antérieurement à la divulgation – De manière liminaire, nous tenons à préciser qu'il nous traiterons ici que des seuls effets du droit de divulgation sur le statut patrimonial de la « chose intellectuelle ». En effet, cette chose intellectuelle qu'est l'œuvre de l'esprit existe et est appréhendée par le droit « *indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur* »²⁰. Comme nous l'avons exposé précédemment, les droits patrimoniaux de l'auteur s'analysent en un *fructus* exorbitant de droit commun, en une réserve des fruits que produirait l'exploitation de l'œuvre par reproduction ou représentation.

Or, cette exploitation procède de l'exercice de l'*abusus* intellectuel sous la forme d'une divulgation de l'œuvre. En exerçant son *abusus*, l'auteur confie l'usage intellectuel de son œuvre à un public, et se voit accorder par la loi le droit de percevoir une rémunération. Nous relèverons à ce sujet un ancien arrêt de la cour d'appel de Dijon dont la motivation est d'une clarté exemplaire²¹ : « *La pensée, alors même qu'elle est fixée par écrit, reste la propriété personnelle et exclusive de celui qui l'a produite et elle ne prend la nature des biens régis par l'art. 2093 du code Napoléon que dans le cas où son auteur par un acte de volonté l'a dépouillée de son caractère intime pour la livrer à la publicité et la faire entrer dans le circuit commercial ; ainsi, le manuscrit de l'auteur, resté en sa possession, demeure sa chose propre et nul autre que lui n'est juge de la question de savoir si le manuscrit représente sa pensée actuelle, s'il a*

DULIAN, "La durée du droit d'auteur": RIDA 1998, n°176, p. 83.

¹⁸ Art. L. 122-8 al. 2 du CPI, « Le tarif perçu est fixé uniformément à 3 p. 100 applicables seulement à partir d'un prix de vente fixé par voie réglementaire ».

¹⁹ Art. L. 123-7 du CPI.

²⁰ Art. L. 111-2 du CPI.

²¹ CA Dijon, 18 février 1870 (*De Chapuys-Montlaville c/ Guillabert*): S. 1870, II, p. 212.

reçu sa forme définitive et s'il doit devenir public à une époque quelconque ».

Cette décision portait en germe ce qui allait devenir à partir de la loi de 1957, le droit de divulgation. Mais, bien au-delà de cette simple constatation, elle reconnaissait clairement que tant que ce droit n'était pas exercé par l'auteur, et par lui uniquement, l'œuvre de l'esprit se voyait dénuée de toute patrimonialité, entendue ici comme la valeur marchande. C'est pourquoi, comme le relevait le professeur DESBOIS, « *l'exercice du droit moral de divulgation ouvre l'accès du patrimoine à l'œuvre* » et, en l'absence de divulgation, non seulement les reproductions et représentations se retrouvent sans objet, mais les droits patrimoniaux à l'état de simples virtualités²². Cette observation mérite néanmoins d'être relativisée. Certes, les rapports qu'entretiennent les droits de divulgation et d'exploitation sont extrêmement sensibles et restent discutés, mais la propriété incorporelle naissant du seul fait de la création, dès la réalisation de la conception de l'auteur, ce dernier dispose d'un droit patrimonial d'exploitation. En revanche, aucune exploitation n'étant possible antérieurement à la divulgation, l'extra-patrimonialité de l'œuvre et plus spécialement celle du droit d'exploitation ne vaut qu'à l'égard des tiers, et s'exprime par une insaisissabilité du droit de divulgation.

En somme, il faut analyser le droit d'exploitation portant sur une œuvre non divulguée comme hors du commerce. Tant que l'auteur n'a pas exercé son droit de divulgation, l'œuvre de l'esprit est affectée par la loi à l'usage exclusif de celui-ci. Or, il a été démontré, non seulement, que l'affectation d'un bien est un critère de l'extracommercialité, mais qu'elle en donne également la mesure²³. Ainsi, « *chaque fois qu'elle est possible, la désaffectation de la*

chose la rend à nouveau disponible »²⁴. Cette désaffectation de l'œuvre de l'esprit est parfaitement possible, mais demeure à la discrétion de l'auteur.

L'exercice discrétionnaire du droit de divulgation – L'exercice du droit de divulgation est une prérogative éminemment personnelle, qui relève du for intérieur, et il ne serait pas impropre de la qualifier de droit potestatif. L'article L. 121-2 al. 1^{er} du CPI dispose bien que « *l'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre* » ; en ce sens, bien que d'essence moniste personnaliste, la motivation du jugement du Tribunal civil de la Seine du 1^{er} avril 1936, n'en a pas pour autant perdu de son intérêt : « *Le droit de disposer ainsi de son [l'auteur] œuvre pour en tirer une valeur vénale et de passer dans ce but des contrats s'analyse en une simple faculté dont l'exercice est subordonné à un acte de volonté purement potestatif* »²⁵. Plus récemment, la Cour de cassation employait le qualificatif « discrétionnaire » : « *Attendu [...] que l'exercice de son droit moral par l'auteur de l'œuvre originale revêt un caractère discrétionnaire, de sorte que l'appréciation de la légitimité de cet exercice échappe au juge* »²⁶.

De cette potestativité ou de ce caractère discrétionnaire, il y a lieu de retirer deux conséquences majeures. La première consiste en une insaisissabilité du droit de divulgation et corrélativement du droit d'exploitation antérieurement à la divulgation²⁷. Cette solution est constante depuis qu'un arrêt de la cour d'appel de Paris rendu en 1828 posa le principe « *qu'une œuvre musicale n'a d'existence et ne devient saisissable qu'autant qu'elle a reçu une publication par son auteur* »²⁸. Sous la

²² DESBOIS, *op. cit.*, n° 387.

²³ G. LOISEAU, "Typologie des choses hors du commerce": RTD civ. 2000, p. 47, n° 22 et s.; voir aussi, S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, LGDJ, 1976, n° 246 et s.

²⁴ G. LOISEAU, *ibid.*, n° 24.

²⁵ Préc. note 7.

²⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 5 juin 1984 (*Maddalena c/ Raffin*): Bull. civ. I, n° 184. *Adde*, CA Paris, 19 décembre 1997 (*S. Malaussena c/ Editions Gallimard*): RIDA avril 1998, p. 433, note CARON; RTD civ. 1998, p. 149, obs. FRANÇON.

²⁷ En ce sens, DESBOIS, *op. cit.*, n° 391 ; A. et H.-J. LUCAS, n° 377 et n° 547.

²⁸ CA Paris, 11 janvier 1828 (*Vergne c/ créanciers Vergne*): S. 1828-1830, II, p. 5.

réserve que l'on ne peut raisonnablement affirmer que l'œuvre n'a d'existence qu'à compter de la divulgation, des créanciers d'un auteur de renommée ne pourront procéder à la saisie d'une de ses œuvres en vue de la faire exploiter par un tiers. Il convient toutefois de préciser que seule l'œuvre « chose intellectuelle » est insaisissable, une saisie portant sur l'œuvre prise en tant que bien matériel étant tout à fait concevable, selon nous, sauf à considérer que les conditions de la saisie opèrent divulgation.

Enfin, deuxième conséquence qui n'est qu'un corollaire de la première, les créanciers se verront exclu du bénéfice d'une action oblique sur le fondement de l'article 1166 du C. civ. ou d'une action paulienne sur le fondement de l'article 1167. Autoriser de telles prérogatives aux créanciers reviendrait à leur permettre d'exercer le droit de divulgation à la place de l'auteur. Toutefois, une incertitude demeure quant à la portée de la divulgation. Faut-il considérer qu'une fois le droit de divulgation exercé, le droit d'exploitation devient saisissable dans toutes ses composantes ? Au contraire, une exploitation de l'œuvre dans des conditions non autorisées par l'auteur porte-t-elle atteinte à ce droit ? Se pose alors le problème de l'épuisement du droit de divulgation.

L'assiette de la divulgation : le problème de l'épuisement du droit – Comme nous venons de le voir, le droit de divulgation est une prérogative discrétionnaire de l'auteur. La question suivante vient à se poser : l'œuvre ayant été divulguée, son auteur peut-il, en se fondant sur son droit de divulgation, s'opposer à une nouvelle exploitation de sa création ? En d'autres termes, le droit de divulgation s'épuise-t-il par le premier usage ? Ce sujet d'une sensibilité extrême est très controversé en doctrine et la jurisprudence ne semble pas encore fixée. Son intérêt n'est pourtant pas théorique. D'une part, la solution retenue mettra en lumière l'articulation entre les dispositions morales et patrimoniales du Code de la propriété intellectuelle qui ne

sauraient, selon nous, faire double emploi. D'autre part, elle permettra de déterminer le champ d'application exact du droit de retrait ainsi que l'étendue de la mise dans le commerce du droit d'exploitation. Alors qu'une partie des auteurs admet que le droit de divulgation s'épuise par le premier usage qui en est fait²⁹, un autre courant s'oppose à l'idée d'épuisement de cette prérogative, ou plus exactement, se prononce en faveur d'une divulgation progressive, le droit s'exerçant à chaque nouvelle diffusion autorisée par l'auteur³⁰.

En faveur de la thèse de l'épuisement, il serait dangereux, en effet, que l'auteur argue de cette prérogative en vue de faire sanctionner sur le terrain moral un procédé de divulgation auquel il aurait régulièrement consenti auparavant. Les remords d'ordre moral sont pris en compte par la loi *via* la reconnaissance d'un droit de repentir ou de retrait, mais la mise en œuvre de ce droit exige une indemnisation préalable de l'exploitant. Le droit moral de divulgation serait alors au service d'une insécurité juridique regrettable. En outre, si le droit de divulgation ne devait pas s'épuiser, l'utilité des règles qui gouvernent les contrats d'exploitation en droit d'auteur serait considérablement amoindrie. Plus généralement, les prérogatives extrapatrimoniales feraient double emploi avec les dispositions patrimoniales de l'article L. 131-3 du CPI lesquelles exigent que « *le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à*

²⁹ C. CARON, Abus de droit et droit d'auteur, Préf. de A. FRANÇON, publication de l'IRPI, Litec, 1998, n° 100, « le droit de divulgation s'exerce lorsque l'auteur décide de communiquer pour la première fois l'œuvre à un public, alors que les modes de diffusion, l'objet et l'étendue de la cession d'une œuvre déjà divulguée relèvent des droits d'exploitation ou du droit au respect si la diffusion de l'œuvre est susceptible de heurter la sensibilité artistique de l'auteur » ; S. CHOISY, Le domaine public en droit d'auteur, Préf. de P.-Y. GAUTIER, Publication de l'IRPI, Litec, 2002, n° 387 et s. ; A. FRANÇON, "L'auteur d'une œuvre de l'esprit épuise-t-il son droit de divulgation par le premier usage qu'il en fait ?" GRUR Int. 1973, vol. 6/7, p. 264 ; G. KOUMANTOS, "Faut-il avoir peur du droit moral ?" RIDA avril 1999, p. 87, spéc., p. 95 ; A. et H.-J. LUCAS, op. cit., n° 386.

³⁰ DESBOIS, op. cit., n° 389 ; O. LALIGANT, *La divulgation des œuvres artistiques, littéraires et musicales en droit positif français*, Préf. de G. LAMBERT, Biblio. Dr. Privé, t. CLXXVI, LGDJ, 1983, p. 417 ; F. POLLAUD-DULIAN, op. cit., n° 617.

sa destination, quant au lieu et quant à la durée ».

En vérité, les effets ainsi que la portée de la divulgation, sont définis par la loi, et force est de constater en la matière l'existence d'une dualité de régime. D'abord, l'article L. 122-5 du CPI aménage de nombreuses exceptions au monopole d'exploitation de l'auteur « lorsque l'œuvre a été divulguée ». Ces exceptions sont d'ordre général et concernent notamment « les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille » et « les copies strictement réservées à l'usage du copiste et non destinées à une utilisation collective »³¹. Il résulte de cette disposition qu'une fois l'œuvre divulguée, l'auteur perd l'usage exclusif de celle-ci et ne peut s'opposer aux exceptions³². Sur ce point, la divulgation qui s'entend du simple fait matériel d'une première communication au public opère pour le tout, et il y a lieu de parler d'épuisement du droit de divulgation³³.

Ensuite, sur le fondement de l'article L. 121-1 al. 1^{er} du CPI, sous réserve des dispositions de l'article L. 132-24, l'auteur seul « détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci ». Il relève de l'essence même du droit de propriété incorporelle que de laisser le soin à l'auteur de fixer une destination intellectuelle à son œuvre, environnement de consommation de cette dernière par les sens ; cette prérogative passe par l'exercice du droit de divulgation, corollaire du droit de propriété incorporelle. Sur ce point, le droit de divulgation s'épuise dans la limite de la destination intellectuelle fixée par

³¹ Sur les exceptions introduites par la loi du 1^{er} août 2006, voir M. VIVANT, "Les exceptions nouvelles au lendemain de la loi du 1^{er} août 2006": D. 2006, cah. dr. aff., p. 2159.

³² La preuve d'une divulgation préalable est essentielle : Cass. civ. 2^{ème}, 8 juillet 1981 (*Brel c/ Sté Cogedipresse*): Bull. civ. II, n°151; D. 1982, p. 65, note LINDON; JCP 1982, II, 19830, note LANGLADE.

³³ Voir, par ex., TGI Paris, 10 mai 1996 (*Jirinovski c/ Daeninckx*): RIDA oct. 1996, p. 315, note KÉRÉVER; JCP E 1996, 683, note BOUGEROL (jugé, pour la mise en œuvre des exceptions de l'article L. 122-5 du CPI, que l'œuvre citée publiée en Russie et en langue russe et d'où sont extraites les citations alors même que son auteur n'avait pas autorisé sa traduction en langue française, doit être considérée comme divulguée).

l'auteur³⁴. L'auteur conserve la faculté d'autoriser ou de refuser une ou plusieurs autres destinations intellectuelles de son œuvre. On en déduira alors que le droit d'exploitation en relation avec la destination intellectuelle autorisée est parfaitement saisissable. De même, l'auteur ne saurait opposer son droit de divulgation à un exploitant qui ne respecterait pas le terme d'une convention d'exploitation de l'œuvre, mais respecterait la destination de l'exploitation. En cette hypothèse, la destination intellectuelle est maintenue, et se pose simplement un problème d'ordre patrimonial.

L'examen de la jurisprudence nous semble particulièrement révélateur de cette dualité de régime, bien que la solution ne soit qu'implicite au gré des espèces. Ainsi a-t-il été jugé par exemple que des photos publiées dans un journal ne peuvent être utilisées à la télévision, sauf à méconnaître le droit de divulgation de l'auteur³⁵. Réciproquement, une œuvre cédée uniquement pour diffusion à la télévision ne peut être publiée sous forme de livre³⁶. La divulgation orale du cours d'un professeur épuise cette destination intellectuelle, mais le droit de divulgation pourra sanctionner une diffusion imprimée non autorisée³⁷. Le tribunal de commerce de Lyon, en revanche, n'a pas hésité à débouter un sculpteur de ses prétentions, en retenant que le fait d'avoir cédé son œuvre depuis plusieurs années afin d'exposition sur une place publique, ne peut invoquer son droit de divulgation pour s'opposer au déplacement de la statue³⁸. Force est de constater que pour les juges du fond, le droit de divulgation relatif à la destination intellectuelle d'exposition publique était

³⁴ A l'exception de la destination théâtrale, le coauteur d'une œuvre audiovisuelle réalisée dans le cadre d'un contrat de production ne peut déterminer seul les procédés et conditions de divulgation (art. L. 132-24 du CPI).

³⁵ CA Paris, 13 février 1981 (*Pages c/ Sté Nationale de Télévision Française TFI*): RIDA avr. 1982, p. 126.

³⁶ TGI Paris, 22 janvier 1971 (*Lacaille c/ Les Presses de la Cité et a.*): RIDA juil. 1972, p. 223.

³⁷ TGI Paris, 11 décembre 1985 (*Lacan*): D. 1987, somm., p. 155, obs. COLOMBET.

³⁸ T. com. Lyon, 28 avril 1997 (*Baldaccini c/ Sté Slyci, Ville de Lyon et a.*): RIDA juil. 1997, p. 373.

épuisé. Quant à la cour d'appel de Paris, à moins d'une année d'intervalle, celle-ci se prononçait de manière apparemment contradictoire.

Dans une première espèce, les juges du second degré estimaient que le droit de divulgation de l'auteur d'une préface déjà licitement communiquée au public renaît lorsque l'œuvre est réexploitée sous une nouvelle forme³⁹. Dans une autre espèce mettant en scène *Casimir*, le gentil dinosaure du dessin animé « l'île aux enfants », il fut jugé que l'auteur des sketches n'a pas la possibilité de mettre en avant son droit de divulgation, lequel « s'épuise par la première communication au public »⁴⁰, pour faire obstacle à l'exploitation des émissions au-delà de la durée de 10 ans assignée à la cession des droits patrimoniaux consentie à la société de télévision. Le principe posé par la voie de l'*obiter dictum*, nous semble beaucoup trop général, comme en témoigne un examen attentif des faits de l'espèce.

Un des co-auteurs se plaignait que de nombreux épisodes de la série aient été diffusés sur une chaîne de télévision sans son autorisation. Malheureusement, il ne lui était pas possible d'agir sur le fondement de ses droits patrimoniaux, faute d'avoir attiré en la cause son co-auteur⁴¹. Seul le droit moral restait à sa disposition. Or, les juges du second degré, après avoir souverainement relevé que l'auteur était mal fondé à se prévaloir d'une atteinte à cette prérogative, ajoutaient « *que les restrictions apportées à la divulgation initiale de l'œuvre – en l'occurrence la limitation à 10 ans de sa durée d'exploitation – relèvent des prérogatives liées au droit d'exploitation qui figure à l'article L. 122-1*

³⁹ CA Paris, 23 juin 2000 (*SNC Edition n°1 c/ SA Editions Plon*): Juris-Data n° 122915; Propr. Intell. 2001, p. 60, obs. Lucas.

⁴⁰ CA Paris, 14 février 2001 (*Gauthier c/ Sté France Animation*): CCE 2001, comm., n° 25, note CARON; D. 2001, somm., p. 2637, obs. SIRINELLI.

⁴¹ Cette solution n'est que l'application d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation qui exige, en vertu de la règle de l'unanimité dans l'exercice des droits sur une œuvre de collaboration, la « mise en cause » des co-auteurs de l'œuvre pour la défense des droits patrimoniaux.

du code de la propriété intellectuelle [...], intitulé « droits patrimoniaux » [...] ». On doit donc formuler de sérieuses réserves quant à la portée de cet arrêt en matière d'épuisement du droit de divulgation. Dans l'espèce soumise aux magistrats, il était question d'une destination télévisuelle. Or, la société de télévision ne violait pas cette destination, mais simplement la durée d'exploitation. La cour admettait donc bien, selon nous, l'idée d'un épuisement du droit de divulgation, mais limité à la destination intellectuelle voulue par l'auteur; c'est pourquoi, elle constatait également que le droit de divulgation « *n'est pas davantage concerné* » par l'atteinte.

En somme, en l'absence d'exploitation, la divulgation n'a d'effets qu'à l'égard de l'usage de l'œuvre qui perd son exclusivité. L'épuisement du droit de divulgation, dont l'exercice s'entend comme « la première communication de l'œuvre au public », se concrétise juridiquement par la mise en œuvre de l'article L. 122-5 du CPI et ses nombreuses exceptions à la jouissance exclusive. Si, au contraire, l'œuvre fait l'objet d'une exploitation, l'épuisement opérera non seulement pour les exceptions de l'article L. 122-5, mais aussi pour les procédés et conditions d'exploitation définis par l'auteur, autrement dit pour la destination intellectuelle de l'œuvre⁴². S'il s'agit de trancher un conflit relativement à des droits patrimoniaux afférents à une destination voulue par l'auteur, l'article L. 121-2 al. 1^{er} du CPI est inopérant⁴³. Dans le cas contraire, les dispositions morales et patrimoniales feraient double emploi. De même, l'auteur ne pourra arguer de son droit de divulgation pour revenir sur une destination à laquelle il a régulièrement

⁴² En ce sens, F. POLLAUD-DULIAN, op. cit., n° 617, « si les diffusions de l'œuvre se situent dans le prolongement et l'esprit de la divulgation initiale, le droit ne trouve plus à s'appliquer »; P. SIRINELLI, obs. ss. CA Paris, 14 février 2001: préc. note 40.

⁴³ En ce sens, Cass. civ. 1^{ère}, 13 décembre 1989 (*Leprêtre et de Nève c/ Sté Bovida*): Bull. civ. I, n° 391; D. 1991, somm., p. 198, obs. COLOMBET; RIDA avr. 1990, p. 137, obs. KÉREVER (sol. implicite); CA Paris, 18 décembre 2002 (*De Laroussilhe et Zimmer c/ Sté nationale de télévision France 3*): JCP E 2004, 1898, n° 2, obs. HADDADIN; Gaz. Pal. 2004, somm., p. 674.

consenti⁴⁴. Aussi, en cette hypothèse, une saisie ne sera praticable qu'à l'égard du droit d'exploitation qui correspond à la destination voulue par l'auteur⁴⁵ ; dans ses autres dimensions, il demeurera hors du commerce.

Le droit de divulgation, en définitive, viendra sanctionner une exploitation dépassant la destination intellectuelle envisagée, destination qui ne peut être que le contexte d'utilisation de l'œuvre, défini précisément dans la convention conformément à l'article L. 131-3 du CPI. Cette solution s'impose si l'on ne veut pas vider de sa substance le droit de retrait.

2. Une patrimonialité révocable par l'exercice du droit de retrait

La prise en compte des remords de l'auteur – Cette prérogative du droit moral est la seule qui soit minutieusement réglementée par la loi. Par cette disposition, le législateur a voulu tenir compte des regrets et remords de l'auteur et lui offrir la possibilité de mettre en échec ses engagements contractuels⁴⁶. L'article L. 121-4 du CPI dispose en effet que : « *Nonobstant la cession de son droit d'exploitation, l'auteur, même postérieurement à la publication de son œuvre, jouit d'un droit de repentir ou de retrait vis-à-vis du cessionnaire. Il ne peut toutefois exercer ce droit qu'à charge d'indemniser préalablement le cessionnaire du préjudice que ce repentir ou ce retrait peut lui causer. Lorsque, postérieurement à l'exercice de son droit de repentir ou de retrait, l'auteur décide de faire publier son œuvre, il est tenu d'offrir par priorité ses droits d'exploitation au cessionnaire qu'il avait originellement choisi et aux conditions originellement déterminées* ».

⁴⁴ En ce sens, T. com. Lyon, 28 avril 1997 : préc. note 38.

⁴⁵ En ce sens, DESBOIS, *op. cit.*, n° 391, « l'œuvre, en effet, ne devient un objet d'exploitation que dans la mesure et sous la forme, auxquelles l'auteur s'est prêté en exerçant le droit de divulgation : tout autre mode, aussi lucratif qu'il puisse être, demeure hors du commerce ».

⁴⁶ Toutefois, l'article L. 121-7 du CPI prive l'auteur d'un logiciel du bénéfice de ce droit, sauf stipulation contraire.

L'utilisation de cette prérogative s'avère extrêmement dangereuse pour la sécurité juridique ; c'est pourquoi, dans le silence du texte, elle ne saurait être transmissible à cause de mort. De toute évidence, l'œuvre devra avoir été divulguée. Cette précision du législateur est d'une importance capitale et permet de bien délimiter la frontière entre le droit de divulgation et le droit de retrait qui ne font pas double emploi. Il faut alors considérer que c'est la cession du droit d'exploitation qui vaut divulgation et, l'œuvre étant divulguée, le droit de repentir ou de retrait prend le relais du droit de divulgation. Toutefois, qu'il s'agisse d'un repentir ou d'un retrait, l'auteur devra préalablement indemniser le cessionnaire, ce qui en pratique limitera considérablement l'intérêt de cette prérogative. Une seconde obligation légale, prévue par l'article L. 121-4 du CPI, consiste en un droit de préemption institué en faveur de l'ancien cessionnaire, au cas où l'auteur reviendrait sur sa décision. Cette disposition semble fondée sur l'équité, l'exploitation première ayant certainement nécessité un investissement financier important ; partant, il n'est pas illogique d'offrir en priorité au cessionnaire original la possibilité d'amortir les frais engagés initialement.

Il convient enfin de s'accorder sur la terminologie. L'auteur se voit en effet attribuer un droit de « repentir » ou de « retrait », et les travaux préparatoires de la loi ne permettent pas d'élucider le sens exact des deux termes. Une doctrine majoritaire se prononce en faveur d'une double prérogative, où le retrait consisterait à mettre fin à l'exploitation tandis que le repentir traduirait une volonté de modifier l'œuvre⁴⁷. La précision apportée par le législateur « *même postérieurement à la publication de son œuvre* », et le terme publication étant synonyme selon nous de « diffusion auprès d'un public », conduisent à rejeter l'interprétation chronologique qui

⁴⁷ Voir, A. et H.-J. LUCAS, *op. cit.*, n° 390.

a pu être proposée⁴⁸. Reste alors la possibilité de distinguer entre le retrait consistant à mettre fin à l'exploitation de l'œuvre et le repentir exprimant le souhait de la modifier. Mais au fond, la terminologie employée importe peu puisque celle-ci a trait aux motifs du désistement de l'auteur qui ne peuvent constituer de la part de ce dernier, en tout état de cause, qu'une « *manifestation saine de son esprit d'autocritique* »⁴⁹ ; des motifs détournés de la finalité de ce droit seront en effet sanctionnés sur le terrain de l'abus de droit.

L'existence d'un contrôle judiciaire – Rien, dans la lettre de l'article L. 121-4 du CPI n'accrédite l'idée qu'un contrôle du juge puisse avoir lieu. Néanmoins, il n'y a pas de raison de soustraire le droit de repentir de la théorie de l'abus de droit, et cette prérogative ne peut être invoquée que pour arbitrer un « *débat intérieur* » sur l'opportunité de diffuser l'œuvre⁵⁰. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation⁵¹ : « *Qu'ayant constaté que M. Chiavarino se bornait à alléguer, pour justifier sa demande, l'insuffisance du taux de 1% 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 [art. L. 121-4 du CPI] 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* ».

Si les juges ne peuvent apprécier leur valeur, la jurisprudence a cependant retenu que l'auteur doit indiquer les motifs d'ordre intellectuel ou moral qui l'amènent à exercer son droit de retrait⁵². Cette décision, isolée, nous paraît contestable. Les juges du

second degré ont en effet procédé à une interprétation *contra legem* du texte qui, à aucun moment, n'impose à l'auteur de motiver son choix. Ainsi, pour faire échec au droit de retrait ou de repentir de l'auteur, il appartiendra à son cessionnaire de démontrer que celui-ci est animé d'un mobile étranger à la défense de son droit moral, autrement dit de démontrer un abus. Cette solution nous semble beaucoup plus orthodoxe au regard du droit de la preuve.

Conclusion

En guise de conclusion de cette étude, nous retiendrons que la qualification de « droit de propriété incorporelle », propriété privée⁵³, doit être admise ; telle est, de surcroît, la solution retenue en droit communautaire⁵⁴. Sur de nombreux points, elle rejoint la propriété corporelle du Code civil en lui empruntant notamment son caractère essentiel : l'opposabilité *erga omnes*⁵⁵. Mais elle s'en éloigne aussitôt en ce qu'elle défend la personnalité de l'auteur telle qu'exprimée à travers son œuvre. Ainsi, en ce qu'elle procède à un rapprochement sans commune mesure de son objet avec la personne, la propriété incorporelle est une propriété spéciale qui postule l'inaliénabilité de la « chose intellectuelle »

⁴⁸ DESBOIS, *op. cit.*, n° 393, proposait une interprétation chronologique : « droit de retrait » si l'œuvre est exploitée ou « droit de repentir » avant que l'exploitation ait lieu.

⁴⁹ A. IONASCO, "Le droit de repentir de l'auteur": RIDA 1/1975, p. 21, spéc. p. 43.

⁵⁰ DESBOIS, *op. cit.*, n° 396.

⁵¹ Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1991 (*Chiavarino c/ Sté parisienne d'éditions*): Bull. civ. I, n° 157; JCP G 1991, II, 21760, note POLLAUD-DULIAN; D. 1992, somm., p. 15, obs. COLOMBET; RIDA janv. 1992, p. 272, note SIRINELLI.

⁵² Voir, par ex., CA Paris, 13 janvier 1993 (*Epx. Riou c/ Epx. Delthil*): Juris-Data n° 020603; D. 1993, IR, p. 90.

⁵³ Voir, la Loi n° 2003-517 du 18 juin 2003 relative à la rémunération au titre du prêt en bibliothèque et renforçant la protection sociale des auteurs, dont les dispositions laissent entrevoir un glissement vers une certaine publicisation, et sur ce texte, C. CARON, "Le nouveau prêt public des œuvres en droit d'auteur": JCP E 2003, n° 1708. Comp. Avis du Conseil économique et social du 15 juillet 2004, "Les droits d'auteur", (avis disponible sur le site <http://www.ces.fr>), I. 11, « *la propriété littéraire et artistique n'est pas une propriété ordinaire, les biens concernés étant par nature publics* ». Si le droit du public à la culture est pris en compte en la matière, cela n'a d'influence que sur le régime du droit d'auteur et, notamment, sur la durée limitée des droits patrimoniaux. V. aussi la critique de C. CARON, "Le droit d'auteur selon le Conseil économique et social": CCE 2004, comm., n°135, « *Loin d'être une propriété de l'Etat, qui ravalerait l'auteur au rang de fonctionnaire et métamorphoserait le public en usagers d'un service public de la culture, il faut rappeler et marteler que le droit d'auteur relève du droit privé* ».

⁵⁴ Voir, Dir. (CE) n° 2001/29 du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, JOCE n° L. 167, 22 juin 2001, p. 10, considérant n° 9, *in fine*.

⁵⁵ P. CATALA, Le droit à l'épreuve du numérique, Jus ex Machina, PUF, 1998, p. 326.

et l'insaisissabilité du droit de divulgation. Cette spécificité se mesure également à l'aune du droit d'exploitation qui n'est revêtu de la pleine patrimonialité qu'une fois le droit de divulgation exercé de manière discrétionnaire par l'auteur. Cependant, le créateur peut ôter à ce droit sa patrimonialité en usant de son droit moral de retrait après avoir indemnisé l'exploitant. Bien entendu, cette prérogative exorbitante de droit commun ne saurait recevoir application lorsque l'auteur a

seulement aliéné le support corporel de son œuvre. Une solution inverse dérogerait non seulement au principe de la force obligatoire des contrats, mais reviendrait tout bonnement à autoriser une véritable expropriation, ce qui ne peut être admis en dehors d'une disposition expresse de la loi, d'autant plus que le législateur a institué un principe d'indépendance entre les propriétés corporelle et incorporelle.