UNIVERSITÉ DE LORRAINE | BIBLIOTHÈQUES UNIVERSITAIRES

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact bibliothèque : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr
(Cette adresse ne permet pas de contacter les auteurs)

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4
Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10
http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php
http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm

École Doctorale Sciences Juridiques, Politiques Économiques et Gestion
Laboratoire Institut François Gény

Thèse

Présentée et soutenue publiquement pour l'obtention du titre de

DOCTEUR DE l'UNIVERSITÉ DE LORRAINE

Mention : DROIT PRIVÉ ET SCIENCES CRIMINELLES

par **Mamadouba DRAMÉ**

Sous la direction du Professeur Xavier HENRY

Professeur de droit privé à l'Université de Lorraine, Nancy

et

Madame Delphine MARTIN

Maître de conférences à l'Université Marie et Louis Pasteur, Besançon

LE CONSENTEMENT EN DROIT DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE

Présentée et soutenue publiquement le 25 juin 2025

Membres du jury :

Monsieur Christophe ALLEAUME
Professeur de droit privé à l'Université de Caen, Rapporteur, Président du jury et rapporteur

Madame Isabelle RIASSETTO
Professeur de droit privé à l'Université du Luxembourg, Rapporteur

Madame Stéphanie LE CAM
Maître de conférences à l'Université de Rennes, Examinateur

Jean-Luc PIOTRAUT
Maître de conférences à l'Université de Lorraine, Examinateur

L'Université de Lorraine n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans cette thèse, celles-ci étant considérées comme propres à l'auteur.

À Kadiatou, Ibrahima & Aminata,
À mes parents,
À ma direction de thèse.

REMERCIEMENTS

À Monsieur le Professeur Xavier Henry, je tiens à exprimer ma reconnaissance pour avoir accepté d'encadrer cette thèse, pour son aide qui fut précieuse et sans laquelle ce travail n'aurait jamais pu aboutir. À son endroit, j'exprime ma profonde gratitude pour sa confiance, ses conseils avisés, sa rigueur scientifique, son exigence et son implication constante qui ont été déterminantes tout au long de ces travaux. Je lui dis merci pour m'avoir accordé la chance de réaliser ce rêve.

À Madame Delphine Martin, je tiens à adresser mes chaleureux remerciements pour avoir accepté de codiriger ces travaux. À son endroit, j'exprime ma profonde gratitude pour son expertise, ses conseils précis, sa disponibilité et sa confiance.

J'adresse également mes remerciements au Professeur Patrick Tafforeau pour son soutien en début de ce projet.

Je remercie également le Professeur Christophe Alleaume, le Professeur Isabelle Riassetto, Madame Stéphanie Le Cam, Monsieur Jean-Luc Piotraut qui me font l'honneur d'accepter d'être membres de mon jury et d'évaluer mes travaux de thèse.

À mon épouse, Kadiatou et mes enfants Ibrahima et Aminata, ma famille, ma belle-famille pour leur bienveillante patience. À eux, j'adresse mes infinis remerciements et reconnaissance pour toutes les épreuves qu'ils ont traversées avec moi. Merci pour leur soutien, sans lequel ces travaux n'araient sans doute jamais abouti.

Je tiens à remercier mes frères d'ici et d'Afrique qui ont pris leur responsabilité en s'occupant de moi alors que j'étais jeune orphelin. Je remercie mon frère le Docteur Aly Dramé pour son soutien matériel, psychologique et ses conseils. J'adresse également mes remerciements à mon frère Ibrahima Banko Dramé pour tout le soutien qu'il m'a apporté de l'Afrique à Nancy. Je remercie mon frère Lansana Dramé, mon oncle Noumouké Traoré, ma sœur M'Mah Dramé qui n'ont ménagé aucun effort pour me voir réussir.

J'adresse ma reconnaissance à tous mes amis, Mamadou Bhoye Sackho, Héritage Heyeghe Bita, Léa Blot, David Olry, Julien Risser, Andrée Glancia Madinda Migueli Mbougou, Ousmane Maïga, Martine Thibault, Aboubarcar Diallo et son épouse Kaoutar, à la famille Houplon (Sarah, Martin, Martine, Fatia, Sylvain) dont le soutien a été déterminant pour la poursuite de cette thèse.

Je remercie également tout le personnel enseignant de l'Université de Lorraine pour la qualité de l'enseignement reçu. Je remercie Madame Emilie Gicquiaud et Monsieur Nicolas Damas pour leur disponibilité lors des CSI. Mes reconnaissances à l'endroit du personnel de l'IFG pour leur dévouement et attention. Merci au Professeur Julien Lapointe, à Madame Anne Regnard, à Madame Marie-Claude Boulet, à Pierre Peraldi-Mittelette, à Madame Anaëlle Hueber, à Maëlle Meziani.

Mes pensées à l'endroit de chacun et chacune de mes étudiants.

Résumé

Le processus d'autonomisation du droit de la propriété intellectuelle par rapport au droit commun en France a atteint son apogée à travers la loi n° 92-597 du 1re juillet 1992 qui créa un code en la matière. Depuis cette date, la matière n'a cessé de se développer. Et cette évolution n'est pas sans conséquence sur le consentement des différents acteurs du secteur. Il est question du consentement à tous les niveaux : que ce soit sur les opérations juridiques (cession, licence, contrat d'édition *etc.*) dont les oeuvres font objet ou encore sur la volonté affichée par le législateur de protéger l'auteur ou le créateur de toute œuvre de l'esprit. L'objectif de cette thèse est donc de démontrer les manifestations du consentement de l'auteur ainsi sa particularité par rapport au droit commun.

Mots-clés :

Abus de droit ; Auteur ; Bonne foi ; Cession ; Consentement de l'auteur ; Contrefaçon ; Création artistique ; Domaine public ; Enrichissement injustifié ; Exceptions au droit d'auteur ; Formalisme ; Gestion collective ; Incapacités ; Intégrité du consentement ; Intelligence artificielle générative ; Licence ; Gestion d'affaire ; Œuvre collective ; Œuvre collective ; Œuvre composite ; Œuvre de collaboration ; Œuvre de l'esprit ; Originalité ; Originalité ; Plagiat ; Titularité.

Abstract

The process of making intellectual property law autonomous from common law in France reached its apogee with Law no. 92-597 of July 1, 1992, which created a code on the subject. Since then, the field has gone from strength to strength. And this evolution is not without consequences for the consent of the various players in the sector. Consent is an issue at every level, from the legal transactions (assignment, licensing, publishing contracts, etc.) to which works are subject, to the legislator's desire to protect the author or creator of any work of the mind. The aim of this thesis is therefore to demonstrate the manifestations of the author's consent, and how it differs from common law.

Keywords:

Abuse of rights; Author; Good faith; Assignment; Author's consent; Counterfeit; Artistic creation; Public domain; Unjustified enrichment; Exceptions to copyright; Formalism; Collective management; Incapacity; Integrity of consent; Generative artificial intelligence; License; Business management; Collective work; Composite work; Collaborative work; Work of the mind; Originality; Plagiarism; Ownership.

TABLE DES ABRÉVIATIONS

Aff. : Affaire
Al. : Alinéa
Anc. : Ancien
Art. : Article
Ass. : Assemblée

Bull. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
Bull. crim. : Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation

C. : Code
c. : Contre
C. app. : Cour d'appel
Cass. : Cour de cassation
C. civ. : Code civil
CE : Conseil d'État
Cf. : *confer* (se reporter à)
ch. : Chambre
Chron. : Chronique
Civ. : Chambre civile de la Cour de cassation
CJCE : Cour de justice des Communautés européennes
CJUE : Cour de justice de l'Union européenne
concl. : Conclusions
Cons. const. : Conseil constitutionnel
C. pén. : Code pénal
CPC : Code de procédure civile

Crim. : Chambre criminelle de la Cour de cassation

D. : Recueil Dalloz
Décis. : Décision
Dir. : sous la direction de

éd. : édition
et al. : et autres

Fasc. : Fascicule

GAJC : Grands arrêts de la jurisprudence civile
Gaz. Pal. : Gazette du Palais

ibid. : *ibidem*, au même endroit
in : dans
infra : Ci- dessous

JCP : Juris-Classeur périodique (Semaine juridique)
JO : Journal officiel
JOUE : Journal officiel de l'Union européenne

L. : Loi
LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence

n° : Numéro(s)
obs. : Observations

op. cit. : *opere citato*, dans l'ouvrage précité

p. : page(s)
préc. : précité
PUF : Presses universitaires de France

Rec. : Recueil
req. : Requête
RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil

s. : suivant
supra :

T. civ. : Tribunal, chambre civile
T. corr. : Tribunal, chambre correctionnelle
TGI : Tribunal de grande instance
TI : Tribunal d'instance

V. : Voir

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

PARTIE I : L'APTITUDE AU CONSENTEMENT DE L'AUTEUR ET L'INTEGRITE DU CONSENTEMENT

TITRE 1 : LA PROTECTION DU CONSENTEMENT PAR LE DROIT DE LA PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE

Chapitre 1 : L'incidence de la qualité d'auteur sur la protection du consentement

Chapitre 2 : Le consentement de l'auteur comme condition de validité des contrats d'exploitation

TITRE 2 : LA PROTECTION DU CONSENTEMENT AU SEIN DES CONTRATS EN DROIT D'AUTEUR ET DANS L'ENVIRONNEMENT NUMERIQUE

Chapitre 1 : Le consentement au sein des contrats en droit d'auteur

Chapitre 2 : Le consentement de l'auteur au sein de l'environnement numérique

PARTIE II : LES ATTEINTES AU PRINCIPE DU CONSENTEMENT DE L'AUTEUR

TITRE 1 : LES ATTEINTES ENDOGENES AU CONSENTEMENT DE L'AUTEUR

Chapitre 1 : Les atteintes au consentement de l'auteur et la gestion collective des œuvres de l'esprit

Chapitre 2 : Les atteintes au consentement de l'auteur du fait du statut juridique de certaines œuvres

TITRE 2 : LES ATTEINTES EXOGENES AU CONSENTEMENT DE L'AUTEUR

Chapitre 1 : Les atteintes admises aux droits de l'auteur

Chapitre 2 : Les atteintes non admises au consentement de l'auteur

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« *A tout prendre, la création artistique allie des contraires : le dedans et le dehors ; l'appel intime et la réponse ouvrière ; la docilité aux impulsions de la vie secrète, la maîtrise des puissances imaginatives et des sentiments, la domination des matériaux rebelles ; l'élan et l'ordre ; la venue et la tenue ; l'abandon et la vigilance ; le créé et le construit* ».

René UNTEREINER[1]

1. Consentement. Le terme consentement est un dérivé du verbe consentir. Du latin *consentire*, qui veut dire accepter que quelque chose se fasse, la notion est synonyme d'autorisation, d'accord, d'acquiescement, d'adhésion *etc.* Cette façon de l'aborder n'est pas fondamentalement différente de la conception juridique. En la matière, la majorité de la doctrine la définit comme « l'accord de deux ou plusieurs volontés en vue de créer des effets de droit[2] ». Pris sous cet angle, le consentement se trouve directement lié à la notion de contrat au sens économique du terme. Car, c'est au moins deux personnes qui, réciproquement, s'obligent sur un bien ou encore sur l'exécution d'une prestation spécifique. La notion occupe ainsi une bonne partie du Code civil. D'ailleurs, celui-ci y fait référence à cent-soixante-quatre reprises. Des règles relatives à la protection de l'intégrité physique et à la vie privée, en passant par les conditions de validité du mariage jusqu'au régime général des obligations, le consentement est au centre de tout. Aussi, le contrat, et dans une certaine mesure le consentement, est lié à la notion de propriété. C'est pourquoi, ce n'est nullement par pure coïncidence si, dans le Code Napoléon, les différentes dispositions relatives aux contrats se trouvent dans le sous-titre 1er du Livre III qui s'intitule « *Des différentes manières dont on acquiert la propriété* ».

2. En droit de la propriété littéraire et artistique, la notion de consentement n'est pas éloignée de cette approche. Même si elle peut s'en distinguer à plusieurs égards,

[1] René UNTEREINER, « Réflexions sur la création artistique », *Bulletin de l'Association Guillaume Budé*, n°2, juin 1960.
[2] Gerard CORNU, *Vocabulaire Juridique*, 15e éd., PUF, 2024, 1112 p.

elle puise sa source dans le droit de la propriété, qui émane du fait de la création[3]. De ce point de vue, la création est l'antre du consentement de l'auteur. Dès lors, il est intéressant de s'interroger sur les raisons qui poussent à la création. Il s'agit ici de se questionner sur ce qui motive l'auteur à se détourner des modes traditionnels d'appropriations – acquisition, fabrication, construction – pour se lancer dans la création artistique. La question est certes d'ordre philosophique, mais elle est utile dans la définition de l'approche juridique du consentement de l'auteur.

3. Une création immatérielle. La création artistique est une création intellectuelle, c'est-à-dire immatérielle, à travers laquelle l'auteur va puiser au fond de lui ce qu'il y a de plus intime, de plus personnel pour le matérialiser. Tout part de l'idée, en passant par la réflexion ou la maturation, avant d'aboutir à la création. Créer une œuvre, c'est se décider de placarder sa pensée, son imagination, ses émotions par des moyens qui permettent de les mettre plus aisément à la portée de tous. Sur ce point, chacun est créateur. Par exemple, le maçon et l'ébéniste, les artisans en général, sont des « producteurs de mouvements et de formes[4] ». Mais, « comment cela se fait-il qu'il y ait, (…) ceux qui créent et ceux qui ne créent pas[5] » d'œuvre de l'esprit ? Tout est une question de décision, ou plus précisément de passage à l'action. Si la décision de créer peut paraître facile à prendre, elle peut se révéler difficile à mettre en pratique. C'est pourquoi, la création « est un appel vibrant, une exigence venue du dedans, un surcroît d'être. Au sens fort, créer c'est faire être. A l'échelle humaine, la création n'est qu'un diminutif. La création, (…) c'est seulement l'effort pour représenter l'être, pour le rendre présent et l'empêcher de passer, le faire naître[6] » ! La création est une exigence que l'on exerce sur soi, une pression ou tout simplement une forme de contrainte irrésistible que l'on ne peut assouvir que par la matérialisation des idées. Rainer Maria Rilke, écrivain autrichien, posait le problème de la manière suivante : « Entrez en vous-même, cherchez le besoin qui vous fait écrire : examiner s'il pousse ses racines au plus profond de votre cœur. Confessez-vous à vous-même : mourriez-vous s'il vous était défendu d'écrire ? Ceci surtout : demandez-vous à l'heure la plus silencieuse de votre nuit : Suis-je contraint d'écrire ?[7] ». On voit que la création rime parfois avec la

[3] Alexandre PORTRON, *Le fait de la création en droit d'auteur français, étude de l'article L. 111-2 du Code de la propriété intellectuelle*, Th., LGDJ, 2021, 384 p.
[4] Pierre-Joseph PROUDHON, *Les majorats littéraires*, E. Dentu, 1863, p.22.
[5] René UNTEREINER, « Réflexions sur la création artistique », *Bulletin de l'Association Guillaume Budé*, n°2, juin 1960, p. 285.
[6] *Ibid.*
[7] Paul DESALAMND, Philippe FOREST, *Grand livre des citations expliquées*, Marabout, 1997, p. 714.

solitude, c'est-à-dire la souffrance intime et personnelle qui précède l'accouchement d'une œuvre. La solitude permet à l'artiste d'être à « l'écoute d'une force "interminable" souvent étouffée par les exigences de la vie pratique[8] ». L'auteur s'isole parfois du monde extérieur pour pouvoir isoler en lui ce qu'il considère de plus précieux, de plus présentable au public. Parfois avec difficultés, car l'œuvre n'est pas l'idée. L'idée d'une œuvre ou une inspiration débordante est certes utile dans le processus de création, mais elle ne suffit pas. Comme le montre ce dialogue entre Mallarmé et le peintre Degas :

> Degas : « Je ne m'explique pas pourquoi je ne parviens pas à finir mon petit poème, car enfin je suis plein d'idées ».
>
> Réponse de Mallarmé : « Mais Degas, ce n'est pas avec des idées qu'on fait des vers, c'est avec des mots[9] ».

4. Ce dialogue illustre le fait que la simple traduction concrète des idées ne suffit pas non plus, encore faut-il pouvoir aller au-delà de ce qui sort de l'ordinaire ou de ce qui relève de l'évidence. En ce sens, le Professeur Henri Desbois souligne que les idées sont « par essence et par destination de libre parcours[10] ». Donc, que « personne ne s'y trompe : la création n'est point la fabrication[11] ». Dès lors, si la simple schématisation des idées ne permet pas de créer une œuvre de l'esprit, pourquoi l'auteur se donne-t-il toute la peine du monde pour créer ?

5. Les raisons de la création artistique. On sait ce à quoi la création de l'œuvre ne mène pas. L'auteur ne crée pas pour devenir riche ou pour avoir de la notoriété, car, excepté certains auteurs qui gagnent bien leur vie, faire le choix de créer une œuvre, « si tant est qu'on choisisse, est le plus sûr moyen de vivre impécunieux et un peu méprisé de son concierge[12] ». A ce propos, l'auteur est souvent mal compris, parfois mal aimé de son temps. Parfois, ses créations ne rencontrent le succès que plusieurs années après son décès. Par exemple, c'est plus tard que *Madame Bovary* de Flaubert a intégré le rang des classiques de la littérature française. Aussi, la valeur de *La*

---

[8] *Ibid*., p. 718.
[9] Dialogue rapporté par Paul VALERY. V. Paul DESALAMND, Philippe FOREST, *Grand livre des citations expliquées, op. cit*. p. 226.
[10] Henri DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 1978, 3e éd., p. 22.
[11] René UNTEREINER, « Réflexions sur la création artistique »*, op. cit*.
[12] Paul DESALAMND, Philippe FOREST, *Grand livre des citations expliquées, op.cit*. p. 716.

Joconde aujourd'hui n'est pas la même que du temps de Léonard de Vinci. C'est d'ailleurs la distorsion entre la valeur d'une œuvre au moment de sa création et la valeur qu'elle peut avoir plus tard qui a inspiré la mise en place du droit de suite en matière d'œuvre graphique, afin d'assurer une rémunération plus équitable à l'auteur et ses ayants droit[13].

6. L'auteur crée parce qu'il a envie, il crée parce qu'il veut atteindre un idéal, il crée pour réaliser un objectif. La création artistique, « comme chose, elle ne se justifie pas, elle est un défi[14] » ! Dans son ouvrage *Espace Littéraire*, Monsieur Maurice Blanchot expliquait ce défi de la manière suivante : « Ecrire, c'est se faire l'écho de ce qui ne peut cesser de parler, - et, à cause de cela, pour en devenir l'écho, je dois d'une certaine manière lui imposer silence. J'apporte à cette parole incessante la décision, l'autorité de mon silence propre. Je rends sensible, par ma médiation silencieuse, l'affirmation ininterrompue, le murmure géant sur lequel le langage en s'ouvrant devient image, devient imaginaire, profondeur parlante, indistincte plénitude qui est vide[15] ».

7. Les effets de la création artistique. Au-delà de la satisfaction qu'il peut tirer du défi qu'il relève, l'auteur acquiert une forme de prestige, de pouvoir. C'est-à-dire, le droit d'exprimer son consentement dans le cadre des règles de la propriété littéraire et artistique. Ce faisant, sa décision initiale, ou plus exactement sa volonté de départ, celle qui l'a poussé, non pas à fabriquer une chose, mais à créer une œuvre de l'esprit, devient comme une composante de la norme. En effet, la volonté dans ce contexte devient créatrice de la norme. Sur ce point, on retrouve la pensé de Hans Kelsen pour qui la norme est un acte de volonté. C'est la volonté qui provoque la norme lorsque

---

[13] Loi du 20 mai 1920 frappant d'un droit au profit des artistes les ventes publiques d'objet d'art. Article 1er : « *Les artistes auront un droit de suite inaliénable sur celles de leurs œuvres qui passeront en vente publique, à la condition que lesdites œuvres, telles que peintures, sculptures, dessins, soient originales et rCeprésentent une création personnelle de l'auteur. Le même droit appartiendra aux héritiers et ayants cause des artistes, tels qu'ils sont désignés par la loi du 14 juillet 1806, et ce pour une période de temps égale à la durée de la propriété artistique d'après les lois en vigueur* ». Aujourd'hui ce droit est codifié à l'article L. 122-8 du Code de la propriété intellectuelle selon lequel *« Les auteurs d'oeuvres originales graphiques et plastiques ressortissants d'un Etat membre de la Communauté européenne ou d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen bénéficient d'un droit de suite, qui est un droit inaliénable de participation au produit de toute vente d'une oeuvre après la première cession opérée par l'auteur ou par ses ayants droit, lorsque intervient en tant que vendeur, acheteur ou intermédiaire un professionnel du marché de l'art. Par dérogation, ce droit ne s'applique pas lorsque le vendeur a acquis l'oeuvre directement de l'auteur moins de trois ans avant cette vente et que le prix de vente ne dépasse pas 10 000 euros* ». Le principe a été généralisé pour l'Union européenne par la Directive 2001/84/CE du parlement européen et du conseil du 27 septembre 2001 relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale.

[14] René UNTEREINER, « Réflexions sur la création artistique »*, op. cit*

[15] Maurice BLACHOT, *L'espace littéraire*, Gallimard, 1955, p. 21.

« des actes portent en intention sur la conduite d'autrui, quand ils ont pour signification, soit d'ordonner (ou commander) cette conduite, soit également de la permettre, et en particulier de l'habilité, c'est-à-dire de conférer à l'autre un certain pouvoir, en particulier le pouvoir de poser lui-même des normes[16] ». La même analyse est transposable en droit d'auteur, étant donné que, lorsque l'œuvre est créée, l'auteur dispose du droit d'exiger aux autres le respect des autorisations et des interdictions qu'il prescrit. Aussi, lorsqu'il cède son œuvre, il peut habiliter ou non le cessionnaire à passer des contrats de sous-cession. Ce pouvoir, ou ce droit, se matérialise par l'acte de divulgation qu'il exerce. En ce sens, l'article L. 121-2 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « *l'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre* ». Cette disposition montre à elle seule la toute-puissance de la volonté de l'auteur. Une volonté qui semble, à ce stade, sans limite en ce sens qu'il lui est loisible de prendre la décision inverse : celle de ne pas divulguer son œuvre. De ce point de vue, l'acte de divulgation est un droit unique qu'on ne peut retrouver qu'en droit d'auteur. L'œuvre, en tant que prolongation de la personne de son auteur, peut ne jamais être divulguée, et donc exploitée. Il s'agit là d'une différence fondamentale avec le droit commun, notamment le droit des personnes où la loi fait par exemple obligation aux parents de déclarer toute naissance « les cinq jours de l'accouchement, à l'officier de l'état civil du lieu » de naissance (article 55 du Code civil). La réalité de la volonté de l'auteur est renforcée par la présomption de titularité de l'article L. 113-1 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que « *la qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'oeuvre est divulguée* ».

8. A l'inverse, la volonté de l'auteur est prise aussi comme objet de la norme. En droit civil par exemple, si « les personnes sont habilitées à disposer de leur bien pour le cas de leur décès, (…) dans chaque cas, elles ne peuvent pas faire n'importe quoi, certains contrats comporteront certaines clauses obligatoires ou bien un choix limité entre plusieurs options, certains actes juridiques ne seront valides qu'à condition de respecter certaines formes[17] ». En droit d'auteur, les exemples ne manquent pas : si l'auteur a le droit de céder son œuvre, il lui est par exemple interdit d'aliéner les droits moraux sur son œuvre. L'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle indique clairement que les droits liés au respect du nom, de la qualité d'auteur et de l'œuvre

[16] Hans KELSEN, *Théorie pure du droit,* Dalloz, 1962, p. 6.
[17] Denis ALLAND, Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1529.

sont perpétuels, inaliénables et imprescriptibles. Aussi, il lui est, en principe, interdit de céder ses œuvres futures[18]. Quand, exceptionnellement, on lui permet de le faire (article L. 132-4 du Code de la propriété intellectuelle), la cession ne peut porter sur plus de cinq œuvres dans des genres différents pour une durée de cinq ans à partir de la date de signature du contrat conclu pour la première œuvre.

9. Lorsque l'œuvre est créée et divulguée, la norme rattrape donc l'auteur et soumet sa volonté à l'épreuve de la preuve de l'originalité de son œuvre, étant donné que, comme il vient d'être souligné, si l'auteur bénéficie d'une présomption de titularité, celle-ci ne signifie pour autant que son œuvre est originale. En effet, si en droit commun, l'aptitude au consentement n'est, en principe, reconnue qu'aux personnes saines d'esprit ou qui peuvent justifier d'une capacité juridique[19], en droit d'auteur, la notion dépend tout d'abord de l'aptitude de la personne à revendiquer la qualité d'auteur d'une œuvre de l'esprit. C'est la qualification d'œuvre de l'esprit originale qui donne à l'auteur le droit d'exprimer ou de revendiquer son consentement dans le cadre des règles de la propriété littéraire et artistique. La qualité d'auteur, c'est encore l'une des particularités de la discipline, peut être reconnue même si l'œuvre n'est pas achevée. Selon l'article L. 111-2 du Code de la propriété intellectuelle, « *l'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur* ». Sur ce point, l'auteur se distingue de l'artisan ou de l'inventeur dont l'œuvre doit être, au minimum, fonctionnelle voire nouvelle. Dans le même ordre d'idées, la qualité d'auteur peut être reconnue à celui qui achève ou qui continue la création de l'œuvre. Par exemple, à l'occasion de l'affaire sur la suite des *Misérables* de Victor Hugo, la Cour de cassation a estimé que « la suite d'une oeuvre littéraire se rattache au droit d'adaptation. Dès lors, sous réserve du respect du droit au nom et à l'intégrité de l'oeuvre adaptée, la liberté de création s'oppose à ce que l'auteur d'une telle oeuvre ou ses héritiers interdisent qu'une suite lui soit donnée à l'expiration du monopole d'exploitation dont ils ont bénéficié[20] ». Tirant les conséquences de cette décision, la Cour d'appel de Paris

[18] Article L. 113-1 Code de la propriété intellectuelle : « *La cession globale des oeuvres futures est nulle* ».
[19] Article 1145 Code civil : « *Toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi.*
La capacité des personnes morales est limitée par les règles applicables à chacune d'entre elles » ; Article 1147 Code civil : « *L'incapacité de contracter est une cause de nullité relative* ».
[20] Civ. 1re, 30 janv. 2007, n° 04-15.543, *Les Misérables*.

a fini par jugé que « c'est dans l'exercice de cette liberté que l'auteur de la suite fera œuvre originale, en se gardant toutefois de dénaturer l'oeuvre première[21] ».

10. Une œuvre originale. Aussi, à l'image du droit consumériste, le droit d'auteur offre une protection particulière au consentement de l'auteur. Cette protection dépend de la réalisation par l'auteur d'une œuvre originale. L'originalité est une notion complexe à saisir, non définie légalement et en prise directe avec l'évolution de l'art classique ou appliqué. Dans le Code de la propriété intellectuelle, le principe de protection des œuvres de l'esprit est associé à une liste non exhaustive d'œuvres considérées comme originales sans autre précision. Ainsi, selon l'article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle, sont protégés par les règles du droit d'auteur, « *les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination* ». L'article L. 112-2 du même code continue en précisant que « *sont considérés notamment comme œuvres de l'esprit* », entre autres « *les livres, brochures et autres écrits littéraires, artistiques et scientifiques*[22] ». L'absence de prise de position du législateur sur la notion d'originalité a fait que la doctrine et la jurisprudence s'en sont saisies en tentant d'apporter des éléments de réponse. Ainsi, l'originalité est définie comme le résultat de

[21] Paris, 19 déc. 2008, n° 07/05821, *JurisData* n° 2008-006046.
[22] Article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle : « *Sont considérés notamment comme œuvres de l'esprit au sens du présent code :*
1° Les livres, brochures et autres écrits littéraires, artistiques et scientifiques ;
2° Les conférences, allocutions, sermons, plaidoiries et autres œuvres de même nature ;
3° Les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales ;
4° Les œuvres chorégraphiques, les numéros et tours de cirque, les pantomimes, dont la mise en œuvre est fixée par écrit ou autrement ;
5° Les compositions musicales avec ou sans paroles ;
6° Les œuvres cinématographiques et autres œuvres consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non, dénommées ensemble œuvres audiovisuelles ;
7° Les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie ;
8° Les œuvres graphiques et typographiques ;
9° Les œuvres photographiques et celles réalisées à l'aide de techniques analogues à la photographie ;
10° Les œuvres des arts appliqués ;
11° Les illustrations, les cartes géographiques ;
12° Les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture et aux sciences ;
13° Les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire ;
14° Les créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure. Sont réputées industries saisonnières de l'habillement et de la parure les industries qui, en raison des exigences de la mode, renouvellent fréquemment la forme de leurs produits, et notamment la couture, la fourrure, la lingerie, la broderie, la mode, la chaussure, la ganterie, la maroquinerie, la fabrique de tissus de haute nouveauté ou spéciaux à la haute couture, les productions des paruriers et des bottiers et les fabriques de tissus d'ameublement.

la conception de la personnalité de son auteur[23]. Si cette définition est empreinte d'une haute dose de subjectivité, elle met tout de même l'accent sur le résultat, c'est-à-dire le passage de l'idée vers la matérialisation, non pas d'un savoir-faire, mais d'un choix arbitraire et personnel de l'auteur. De ce point de vue, Pouillet fait observer que, « ce que la loi protège c'est l'écrit, c'est-à-dire la forme dont l'auteur revêt sa pensée. La pensée elle-même échappe à toute appropriation. Elle reste dans le domaine inviolable des idées, dont le privilège est d'être éternellement libre (…). Le droit de l'auteur, quel qu'il soit, est nécessairement borné à l'expression particulière, à la forme, aux développements qu'il a donnés à la pensée[24] ».

11. Un droit spécial. Le consentement de l'auteur se construit à partir d'une volonté créatrice de l'œuvre de l'esprit qui doit être originale pour être protégée par les règles de la propriété littéraire et artistique. La discipline du droit d'auteur est un régime spécial, dérogatoire au droit commun[25]. Ce qui permet la possibilité de restituer au consentement de l'auteur toute sa singularité. En effet, la coexistence entre droit commun et droit spécial, conduit inéluctablement à la reconnaissance de certaines particularités, qui tiennent compte de la spécificité de la branche du droit en cause. À propos du droit de la propriété littéraire et artistique, dont l'indépendance ne fait que s'affirmer au fur et à mesure qu'il se développe, le consentement est au centre de tout. Si la perception de la notion à première vue ne laisse apparaître aucune différence avec le droit commun, une lecture attentive des sources textuelles, jurisprudentielles et doctrinales montre des divergences qui ont été analysées dans le cadre de cette recherche. Pour y parvenir, il a été nécessaire d'avoir à l'esprit que, contrairement au droit commun où le consentement a été conçu par rapport aux biens tels qu'ils sont définis aux articles 516 et suivants du Code civil, la propriété littéraire et artistique régit des biens d'une toute autre nature que certains auteurs qualifient de « *biens*

[23] Il a par exemple été jugé qu'« ayant constaté que les oeuvres d'un photographe présentaient certains traits caractéristiques, une cour d'appel en a souverainement déduit que ces choix, librement opérés, traduisaient, au-delà du savoir-faire d'un professionnel de la photographie, une démarche propre à son auteur qui portait l'empreinte de la personnalité de celui-ci, conférant à ces oeuvres un caractère original ». V. Civ. 1re, 15 mai 2015, n° 13-27.391.

[24] Eugène POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de Représentation*, 3e éd., Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence,1908, p.45.

[25] Suivant le principe *specialia generalibus derogant* (les règles spéciales dérogent aux règles générales). Prenant la suite de l'ancien article 1107 C. civ., le nouvel article 1105, alinéa 3 traduit parfaitement ce schéma en précisant que « *les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières* ». En principe, cela signifie qu'à chaque fois qu'il y a concurrence entre règles spéciales et règles générales, les premières ont vocation à s'appliquer prioritairement.

intellectuels »[26]. Cela a conduit à l'adoption d'une nouvelle approche de la définition de la notion de bien. Dans ce sens, le bien est perçu par la plupart des auteurs comme un « assemblage d'une chose – un terrain, de l'argent, un meuble, une maison, une œuvre littéraire… – et d'un droit – propriété, usufruit *etc*[27]. ». Cette définition vient donc confirmer une fois pour toute que le bien ne se résume pas seulement à son aspect corporel. L'aspect intellectuel, comme démontré précédemment, compte désormais et ne doit donc plus être négligé dans l'appréciation globale de la notion. De la sorte, les « biens intellectuels », doivent être considérés comme « soumis à la maitrise des personnes titulaires des droits considérés[28] », même si cette maîtrise n'est pas de la même nature que celle qui a cours lorsqu'il s'agit des biens corporels.

12. Méthodologie. La méthode de travail choisie pour réussir cette recherche a tenu compte de la spécificité de la discipline du droit d'auteur. Au tout début de cette réflexion, s'est posée la question d'analyser ce sujet sous un angle de droit comparé. Ce qui arait permis de comparer et d'analyser les législations de différents États sur la notion de consentement de l'auteur. Mais, le choix d'une étude des règles nationales sur la question a été préféré au regard de la richesse et de la diversité des thèmes existants et non encore explicités.

13. En effet, depuis sa consécration en tant qu'entité spéciale, le droit de la propriété littéraire et artistique est une discipline qui ne se détache pas totalement du droit commun. Son objectif est avant tout de protéger l'auteur qui « recherche la sécurité dans une certaine « solidarité », car on a droit à la protection quand on fait partie d'un groupe[29] ». Cette idée de protection apparaît dans le discours de Le Chapelier sur la loi relative aux spectacles de 1791 lorsqu'il commence par affirmer que « la plus sacrée, la plus inattaquable et la plus personnelle de toutes les propriétés, est l'ouvrage, fruit de la pensée » avant d'ajouter que, « (…) cependant, c'est une propriété d'un genre tout différent des autres propriétés[30] ». Le thème de recherche ayant pour objectif de mettre en lumière la place qu'occupe le consentement dans la création, la gestion et l'exploitation des œuvres de l'esprit, il était logique de prendre en considération toutes les sources du droit : doctrine, jurisprudence, législation interne, droit de l'Union

[26] Nicolas BINCTIN, « Les biens intellectuels : contribution à l'étude des choses », *Com. com. Electr.* n° 6, juin 2006. V. aussi Nicolas BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 8e éd., LGDJ, 2024, 1288 p.
[27] Jean-Luc AUBERT, Francois COLLART DUTILLEUL, *Le contrat. Droit des obligations*, 5e éd. Dalloz, 2017.
[28] *ibid.*
[29] Pierre RECHT, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, LGDJ, 1969, p. 170.
[30] Cité par François HEPP, V. *RIDA*, numéro spécial XIX, avril 1958, p. 169.

européenne et droit international. La réflexion proposée s'est fondée sur une référence, c'est-à-dire le droit commun, afin de dégager une définition du consentement de l'auteur qui restituera au mieux ses particularités. Au-delà donc de l'intégrité du consentement, notion de base et chère par exemple au droit des contrats, qui a été abordée sous l'angle de la propriété littéraire et artistique, cette thèse tente de mettre en lumière diverses notions qui peuvent prêter à confusion du fait de leur connexité. Ainsi, la notion de consentement est le plus souvent assimilée à la volonté. Or, la volonté, c'est le « fait de vouloir[31] », c'est-à-dire, la « faculté de se proposer un but pour agir[32] ». Tandis que le consentement, c'est la volonté cristallisée. C'est donc au sein de la volonté que certaines notions en droit de la propriété littéraire et artistique prennent racine. Il s'agit par exemple du droit de retrait, du droit de repentir, du droit d'autoriser ou d'interdire, *etc.* Au sein de toutes ces notions, on retrouve la notion de volonté dont la frontière avec le consentement demeure plus que jamais poreuse.

14. Autre notion extrêmement proche : l'autorisation. Afin que l'utilisation d'une œuvre ou d'un objet de droit voisin ne constitue une contrefaçon, le titulaire du droit doit avoir donné son autorisation à l'utilisateur – éditeur, producteur, plate-forme numérique. L'une des problématiques de la thèse consiste précisément à déterminer si la notion de consentement et celle d'autorisation sont identiques, semblables ou seulement similaires. En effet, il apparaît que, pour en rester à l'exemple de l'auteur, celui-ci donne son consentement aussi bien à un contrat de cession de droits qu'à un contrat de licence de droits. Or, la licence n'est-elle pas proprement une autorisation ? Et le contrat d'auteur ne constitue-t-il pas la manifestation de la volonté d'autoriser telles utilisations de l'œuvre ? Aussi, le droit moral est-il attaché à la personne de l'auteur et inaliénable. Une cession absolue et définitive de l'œuvre n'est donc guère envisageable. C'est pourquoi, comme il a été précisé précédemment, il n'est pas inopportun de parler de licence en droit de la propriété littéraire et artistique. Autrement dit, on en vient à dire que par le contrat d'auteur (cession ou licence), l'auteur donne son consentement à une autorisation.

15. Objets de l'étude. Le premier objet de cette étude a porté sur l'identification de l'auteur (I). En effet, l'auteur, comme il a été souligné précédemment, c'est celui qui a créé l'œuvre. L'œuvre, comme l'a affirmé Diderot, est « la portion de lui-même la plus

[31] Gerard CORNU, *Vocabulaire Juridique, opt. Cit.*
[32] Denis ALLAND, Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit,* p. 1527.

précieuse, celle qui ne périt point[33] ». Parfois donc, la notion d'auteur est confondue à la notion de titularité en droit d'auteur. Le présent travail a cherché à démontrer que, si la personne qui a créé l'œuvre peut être à la fois auteur et titulaire, le simple titulaire, l'ayant droit par exemple (héritiers[34], éditeur *etc.*), ne peut revendiquer la qualité d'auteur. Autrement dit, la qualité d'auteur ne s'hérite pas, ne s'achète pas contrairement à la qualité d'ayant droit de l'auteur. Dans un deuxième temps, l'objet de la recherche a consisté à analyser l'incidence du numérique sur le consentement de l'auteur (II). Le numérique a bouleversé les modes traditionnels d'exploitation et de création de l'œuvre. Il était donc nécessaire d'étudier les réponses qu'apporte le droit positif sur la question notamment dans un contexte de développement de l'intelligence artificielle. Le troisième objet de la recherche a porté sur la place et le rôle du consentement de l'auteur dans les contrats d'exploitation de l'œuvre, en particulier le contrat de cession (III). En effet, le droit d'auteur est le seul droit dualiste constitué de deux caractéristiques d'inégales valeurs : les droits patrimoniaux et les droits moraux, perpétuels et inaliénables par nature. Dès lors, il a été question de chercher à savoir pourquoi le législateur a préféré le terme « cession » plutôt que celui de « licence » ou tout simplement de « concession », étant donné que l'auteur conserve toujours une partie de ses prérogatives sur l'œuvre même après la cession. Enfin, le quatrième objet de cette étude a été d'aborder les limitations ou atteintes portées au consentement de l'auteur (IV). Le droit d'auteur, en tant que droit de propriété, est sujet à des limitations qui peuvent être admises telles les exceptions aux droits de l'auteur. Parfois, ces limitations ne sont pas admises, comme la contrefaçon de droit d'auteur qui porte non seulement atteinte à l'œuvre, mais qui peut aboutir également à la remise en cause des droits dont dispose l'auteur sur son œuvre.

1) L'IDENTIFICATION DE L'AUTEUR

16. La question de l'identification de l'auteur est intéressante en ce sens que la conception française du droit d'auteur est personnaliste. Elle accorde une grande place à l'inaliénabilité des droits moraux attribués à l'auteur[35] (droit au respect de l'œuvre,

---

[33] Denis DIDEROT, « Lettre sur le commerce de la librairie », in *Œuvres complètes*, t. VIII, John Lough et Jacques Proust (éds.), Paris, Hermann, p. 509.
[34] Delphine MARTIN, *La dévolution successorale des droits d'auteur, Propriété intellectuelle et droit des successions*, th. Paf, 2013, 472 p.
[35] Article L121-1 du Code de la propriété intellectuelle : « *L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre.*

droit à la paternité, droit de retrait et de repentir *etc.*). Identifier l'auteur permet d'asseoir le principe de son consentement. Pour ce faire, il a été nécessaire d'analyser la place de son consentement dans la création des œuvres à caractère plural que sont l'œuvre dérivée, l'œuvre de collaboration et l'œuvre collective. Au sein de chacune de ces œuvres, la problématique du consentement apparaît du stade de la création jusqu'à la phase d'exploitation.

17. L'œuvre composite et le consentement de l'auteur. Selon le deuxième alinéa de l'article L. 113-2 du Code de la propriété intellectuelle, « *est dite composite l'œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière* ». Elle est aussi appelée œuvre dérivée, notamment lorsqu'elle reprend « tout ou partie d'une œuvre première pour en créer une nouvelle en transposant dans un autre genre[36] » comme un film adaptant un roman. Cela dit, la dénomination est sans incidence sur l'interaction avec l'auteur de l'œuvre première. L'article L. 113-4 du Code de la propriété intellectuelle indique que « *l'œuvre composite est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante* ». Cette disposition, qui ne remet pas en cause le principe du consentement de l'auteur de l'œuvre première, n'indique rien quant au moment où le consentement de ce dernier doit être recueilli. Il a donc été intéressant de chercher de déterminer si l'auteur de l'œuvre dérivée doit d'abord obtenir l'autorisation de l'auteur initial avant de commencer tout processus de création. La réponse à cette interrogation permet de déterminer le degré de liberté dont il dispose pour la création de l'œuvre composite ou dérivée.

18. À l'inverse, a été aussi analysée, l'hypothèse de l'incidence du refus de l'auteur de l'œuvre première lorsque l'œuvre dérivée a été entièrement réalisée sans son consentement. L'interrogation est d'autant plus légitime que cela peut entraîner des conséquences matérielles ou économiques, l'auteur de l'œuvre seconde ayant effectué des investissements pour, finalement, se voir empêcher de la divulguer et de l'exploiter.

Ce droit est attaché à sa personne.
Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible.
Il est transmissible à cause de mort aux héritiers de l'auteur.
L'exercice peut être conféré à un tiers en vertu de dispositions testamentaires ».

[36] Patrick TAFFOREAU, *Droit de la propriété intellectuelle, 325 mots définis et expliqués*, Gualino, coll. Petit Lexique, 2017. p.69.

19. L'œuvre de collaboration et le consentement des auteurs. L'œuvre de collaboration suppose au moins la participation de deux auteurs, personnes physiques[37]. Selon le premier alinéa de l'article L. 113-2 du Code de la propriété intellectuelle, « *est dite de collaboration l'œuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques* ». L'œuvre de collaboration exige la participation concertée de tous les coauteurs dans la création de l'œuvre dans le cadre, par exemple, d'une « communauté d'inspiration[38] » ou d'une « intimité spirituelle[39] ». Le sujet est intéressant en ce qu'il pose la question de l'exercice des droits d'auteur sur cette œuvre commune. Selon l'article L. 113-3 du Code de la propriété intellectuelle, « *l'œuvre de collaboration est la propriété commune des coauteurs* ». Dans le même ordre d'idées, la question de la preuve de la qualité de coauteurs, lorsqu'elle est revendiquée ou contestée, peut se poser.

20. Par ailleurs, en suivant la démarche méthodologique de cette thèse, la logique a voulu que l'on compare le regime juridique de l'œuvre de collaboration à certains aspects du droit civil des biens, en l'occurrence la copropriété ou l'indivision. Par exemple, il était intéressant de comparer la copropriété, où chaque copropriétaire dispose « d'une quote-part dont il peut disposer librement », au régime de l'œuvre de collaboration à propos duquel l'article L. 113-3 du Code de la propriété intellectuelle indique que « *les coauteurs doivent exercer leurs droits d'un commun accord* ». L'analyse de la place du consentement de chacun des auteurs dans la prise de décision, voire dans la remise en question des décisions dans l'exploitation et la gestion de l'œuvre présentait un intérêt indéniable, étant donné que si au départ de l'œuvre collaborative, il y a entente, tout au long de la vie de l'œuvre, il n'est pas certain que cette entente perdure. Dès lors, en cas de désaccord, sont en jeu : le sort de l'œuvre, des droits patrimoniaux et surtout les droits extrapatrimoniaux qui, par nature, sont personnalistes. La même approche a été adoptée propos de l'œuvre collective avec la question de la place du consentement de chacun des contributeurs, notamment en cas

[37] Une personne morale ne peut revendiquer la qualité de coauteur d'une œuvre de collaboration. En ce sens, il a par exemple été jugé que « qu'une société qui se prétend victime d'une contrefaçon de modèle de sacs de sport, qu'elle qualifie d'œuvre de collaboration, est irrecevable à agir en contrefaçon pour le seul motif qu'une personne morale ne peut pas être considérée comme coauteur d'une œuvre de collaboration et donc se voir reconnaître des droits sur cette création, sauf pour elle à prouver une cession de droits à son profit ». V. Paris, 10 mars 1988 ; *D.* 1990. p. 187, Jean-Jacques BURST.
[38] Civ., 1re, 21 mars 2018, n°17-14.728 ; *D.* 2018, p.670.
[39] Paris, 8 juin 1971 ; *D.* 1972. 383, note EDELMAN ; *RTD com.* 1973. 268, obs. Henri DESBOIS.

de disparition de la personne morale et surtout de la reconnaissance de la qualité d'auteur à la personne morale[40].

2) L'INCIDENCE DU NUMÉRIQUE SUR LE CONSENTEMENT DE L'AUTEUR

21. Le droit d'auteur est un droit qui a su évoluer avec les réalités de son temps, comme en témoigne sa résilience face au développement de la technique, de la technologie et maintenant le numérique avec les bouleversements induits par l'utilisation croissante de l'intelligence artificielle générative (IAG). Outre le fait que le numérique ait apporté une autre façon d'utiliser ou d'exploiter l'œuvre, il n'est pas sans incidence sur le processus de création artistique et littéraire. D'une manière générale, comme le souligne Madame Stéphanie Le Cam, « l'appréhension des créations numériques donne du fil à retordre aux législateurs, aux offices de propriété intellectuelle et aux magistrats. La dématérialisation des créations traditionnelles bouleverse les équilibres que le législateur peine à rétablir[41] ».

22. Les droits en cause. S'agissant de la révolution sur l'utilisation de l'œuvre, le numérique a permis de questionner l'effectivité des règles classiques de protection du consentement de l'auteur. En effet, si l'exploitation physique de l'œuvre permet une meilleure traçabilité, donc un contrôle plus facile des autorisations consenties par l'auteur, le numérique a cette particularité de faire circuler l'œuvre plus facilement et de plus en plus rapidement. Cette réalité est de nature à favoriser le risque de contrefaçon. L'œuvre de l'esprit, par exemple une musique, peut être mise en ligne, être partagée, être téléchargée voire être modifiée[42] sans le consentement de l'auteur. Peuvent donc être en cause, les droits d'autorisation, d'interdiction et les droits moraux de l'auteur que sont le droit de paternité, de l'intégrité de l'œuvre par exemple. Comment situer les responsabilités dans cette hypothèse ? Qui, de celui qui l'a partagée

---

[40] En ce sens, devant la Commission Escarra, le Professeur Paul LEREBOURS-PIGEONNIERE avait affirmé qu'il « était inélégant de dire qu'une personne morale soit l'auteur d'une œuvre collective, si elle touche des droits à l'occasion de l'exploitation de cette œuvre. Elle n'a, en effet, qu'une « propriété dérivée » des droits en question ». V. Travaux de la Commission de la propriété intellectuelle, publiés par l'Office professionnel des industries et métiers d'art et de création et par l'Office professionnel des industries, art et commerce du livre, 1944-1945. p. 64. La Commission Escarra tire son nom du Professeur Jean ESCARRA qui dirigé les Travaux de la Commission de la propriété intellectuelle entre 1944-1945 qui sera à l'origine de la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique.

[41] Stéphanie Le CAM, Sylvain CHATRY, « La légitimité de la propriété intellectuelle », *Légipresse,* 2019, p.9.

[42] Par exemple, un livre classique peut être « retravaillé et enrichi (…) devenant ainsi un « hyperlivre » ». V. Boris BARRAUD, « De l'imprimé au numérique - Le régime juridique des médias écrits à l'épreuve de leur dématérialisation », *RLDI*, n°85, 1er août 2012. V. aussi Mickaël Le BORLOCH, *L'application du droit d'auteur aux hyperliens : analyse de droit français et de droit américain* », th., 2016, p. 1.

ou l'a téléchargée, est responsable ? L'interrogation touche la responsabilité des plateformes de partage de contenus ou d'informations ainsi que celle du respect du consentement de l'auteur et de son droit à une rémunération juste et appropriée.

23. L'intelligence artificielle générative. Avec l'essor de l'intelligence artificielle générative, les interrogations liées à la qualité d'auteur et à la qualification d'œuvre de l'esprit sont redevenues centrales comme elles l'ont été pour les créations robotiques à une autre époque. L'intelligence artificielle peut-elle prétendre à la qualification d'auteur, et donc à la personnalité juridique ? Les œuvres qu'elle génère sont-elles des œuvres de l'esprit ? Si œuvre originale il y a, à qui attribue-t-on les droits d'auteur ? L'auteur dont l'œuvre est utilisée pour entraîner une IAG doit-il y consentir ? Comment respecter le principe d'une rémunération juste et appropriée si son œuvre est utilisée mais non identifiable dans le produit généré par l'IA ? Telles sont les interrogations que cette recherche a tenté de répondre.

24. Selon la définition retenue par *l'AI Act,* Règlement européen sur l'intelligence artificielle[43], le « système d'IA » est « un système automatisé qui est conçu pour fonctionner à différents niveaux d'autonomie et peut faire preuve d'une capacité d'adaptation après son déploiement, et qui, pour des objectifs explicites ou implicites, déduit, à partir des entrées qu'il reçoit, la manière de générer des sorties telles que des prédictions, du contenu, des recommandations ou des décisions qui peuvent influencer les environnements physiques ou virtuels ». Si cette définition souligne le caractère extrêmement poussé de l'autonomie des IA, elle n'évoque cependant pas la possibilité de lui reconnaître la personnalité juridique. L'absence d'une telle indication ne doit pas faire oublier le Projet de rapport contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique[44]. Ce projet préconise au point 31, *litera* f, « la création d'une personnalité juridique spécifique aux robots, pour qu'au moins les robots autonomes les plus sophistiqués puissent être considérés comme des personnes électroniques dotées de droits et de devoirs bien précis, y compris celui de réparer tout dommage causé à un tiers ; serait considéré comme une personne électronique tout robot qui prend des décisions autonomes de manière intelligente ou qui interagit de manière indépendante avec des tiers ». Cette préconisation est en

[43] Règlement (UE) 2024/1689 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (…).
[44] Projet de rapport contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique (2015/2103(INL)).

contradiction avec l'idée de la nécessité de maitriser l'IA évoquée par les auteurs de ce rapport dans leur introduction. En effet, il y est précisé qu'il « est possible, en fin de compte, qu'en l'espace de quelques décennies, l'intelligence artificielle surpasse les capacités intellectuelles humaines, ce qui pourrait, si l'on ne s'y prépare pas, mettre en péril la capacité de l'humanité à contrôler sa propre création et, dès lors, à être maîtresse de son propre destin et à assurer la survie de l'espèce ».

25. Du point de vue du droit d'auteur, ce n'est pas en reconnaissant la qualité d'auteur à l'intelligence artificielle que l'on peut assurer la survie de la discipline. Cette opinion est conforme à la position de la jurisprudence[45] et de la doctrine majoritaire sur le fait que la qualité d'auteur doit être attribuée exclusivement à la personne humaine. En effet, l'œuvre de l'esprit est définie comme une création reflétant l'empreinte de la personnalité de son auteur. Elle procède des choix arbitraires de l'auteur. Or l'IA reçoit des *prompts* qu'elle exécute automatiquement. La création de « l'œuvre » par ce processus procède du traitement automatisé d'informations qu'elle a été entrainée à utiliser. En cela, l'auteur des *prompts*, ou le fournisseur de l'IA ne peut revendiquer la qualité d'auteur au sens du droit d'auteur. Aussi, le procédé est différent de la création d'œuvre par ordinateur ou par logiciel, qui sont des outils dont l'auteur se sert pour donner corps à son imagination. En ce sens, la protection des œuvres créées par les outils robotiques dépend du degré de leur autonomie ; plus celle-ci est grande, plus les perspectives de protection par le droit d'auteur s'éloignent[46].

26. Pour le Professeur Christophe Alleaume et Madame Anne Pigeon-Bormans, doivent « être combattues », parce que relevant de « la folie », les idées qui soutiennent que « le robot ne serait pas seulement une création humaine, il pourrait lui-même être un créateur, ses réalisations étant susceptibles d'être qualifiées d'œuvres de l'esprit[47]». Cette opinion s'appuie sur des considérations juridiques et factuelles qui font que l'IA est un bien comme un autre qui n'est pas doué de sensibilité contrairement par exemple aux animaux[48]. Aussi, un bien, par nature est appropriable. Dès lors, l'idée

---

[45] « Une personne morale ne peut avoir la qualité d'auteur ». V. Civ. 1re, 15 janv. 2015, n°13-23.566 ; *JAC* 2015, n°22, p.13, note Rudi FIEVET.

[46] Denis N. MAGNUSSON, La protection du droit d'auteur pour les œuvres produites par ordinateur : y a-t-il du neuf depuis qu'Arthur Miller nous a dit qu'il n'y avait rien de nouveau depuis le rapport final de la CONTU ?, Les Cahiers de propriété intellectuelle, Vol. 13, n°3, 2001 p.703 ;

[47] Christophe ALLEAUME, Anne PIGEON-BORMANS, « Droit(s) d'auteur des robots : « Nous cherchons à comprendre », *Légipresse*, 2017 p.523.

[48] Article 515-14 Code civil : « *Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens* ».

que quelque chose d'appropriable puisse être reconnu comme titulaire de biens et de droits paraît incongrue. Donc, il est possible d'être d'avis que « l'apport d'une "intelligence artificielle" aux robots ne change absolument pas l'inaptitude congénitale d'une machine à "créer" des œuvres "de l'esprit". Une machine, qu'on la nomme robot ou autrement, ne pense pas, ne conçoit pas, n'a pas de conscience et ne crée rien[49] ».

27. Cela étant, outre les questions relatives au consentement des auteurs dont les œuvres ont servi de bases d'entrainement à une IAG, la question de l'utilisation des créations générées par l'IA est intéressante étant donné que, « parmi tout ce que la machine produit, certains résultats sont « nouveaux »[50] », donc peuvent être utiles. Ils peuvent être utilisés dans le cinéma, dans la presse écrite ou audiovisuelle pour illustrer un article ou un sujet *etc.* Se pose alors la question du droit à rémunération des auteurs dont les œuvres ont été « data-ifiées » pour générer les créations algorithmiques.

3) LE CONSENTEMENT DE L'AUTEUR DANS LE CADRE DE LA CESSION

28. La qualification de cession. Durant cette recherche, la question de l'adéquation de la qualification de « cession » pour désigner le contrat de droit d'auteur a été abordée. En effet, la cession est synonyme de vente, de transfert définitif de propriété entre les parties. Cela suppose que le vendeur, donc le cédant, une fois l'échange des consentements effectué, soit déchargé de toute prérogative sur le bien objet de la cession. Or, en matière de cession de droit d'auteur, l'auteur continue d'exercer des prérogatives sur l'œuvre, objet de la cession.

29. Les hésitations terminologiques. La spécificité du contrat de cession se vérifie par la limitation du principe de la liberté contractuelle, en particulier par le droit de destination. En effet, si les parties sont libres de déterminer le contenu du contrat et notamment ses modalités[51], en matière de cession de droits d'auteur cette liberté est strictement encadrée. En ce sens, l'alinéa premier de l'article L. 131-1 du Code de la

---

[49] *Ibid.*
[50] Christophe ALLEAUME, Anne PIGEON-BORMANS, « Droit(s) d'auteur des robots : « Nous cherchons à comprendre », *op.cit.*
[51] Article 1102 Code civile : « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public* ».

propriété intellectuelle[52] impose que chacun des droits cédés soit spécifié. Cela signifie qu'une même œuvre peut faire l'objet de plusieurs contrats. L'auteur, par exemple, peut céder l'exploitation de l'œuvre à des cessionnaires de différents États. De même, il peut décider d'une cession exclusive ou non d'une prérogative et de se réserver l'exercice des autres. En obligeant les parties à spécifier chacun des droits cédés, le législateur a voulu reconnaître à l'auteur la possibilité de se réserver à lui-même l'exploitation et le bénéfice des autres modes d'exploitation. La règle peut avoir pour conséquence de créer une concurrence directe préjudiciable au cessionnaire[53]. De ce point de vue, la cession en droit auteur n'est pas une cession au sens d'une vente, étant donné que l'effet translatif de propriété n'est pas entier contrairement à ce qui a cours en droit commun des contrats[54]. Aussi, si rien n'empêche les parties de prévoir des cessions exclusives sans limitation de durée, les textes semblent inciter l'auteur à céder ses droits pour une durée limitée. La loi ne prévoit pas expressément que le contrat de cession de droit d'auteur puisse être à durée indéterminée. La mention même de contrat à durée illimitée ne figure pas dans le Code de la propriété intellectuelle, contrairement au Code civil. En occultant cette possibilité, le législateur ne l'encourage pas. Dans le même ordre d'idées, même dans l'hypothèse d'une cession à durée indéterminée, les droits du cessionnaire cesseront après l'expiration du monopole d'exploitation de l'auteur, c'est-à-dire soixante-dix ans après sa mort[55]. Or, en droit commun des contrats, la vente d'un bien emporte transfert définitif du droit de propriété[56]. Au regard de ces observations, il était logique de s'interroger sur le choix

---

[52] Article L. 131-1 du Code de la propriété intellectuelle alinéa 1er: « *la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée* ».

[53] Eugène POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de Représentation*, 3e éd, *op.cit.*, n°248.

[54] Article 1196 Code civil : « *Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat.*
Ce transfert peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou par l'effet de la loi.
Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose. Toutefois le débiteur de l'obligation de délivrer en retrouve la charge à compter de sa mise en demeure, conformément à l'article 1344-2 et sous réserve des règles prévues à l'article 1351-1 ».

[55] Article L. 123-1 Code civil : « *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.*
Au décès de l'auteur, ce droit persiste au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années qui suivent ».

[56] Article 1196 Code civil : « *Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat.*
Ce transfert peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou par l'effet de la loi.
Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose. Toutefois le débiteur de l'obligation de délivrer en retrouve la charge à compter de sa mise en demeure, conformément à l'article 1344-2 et sous réserve des règles prévues à l'article 1351-1 ».

du législateur de préférer le terme de « cession » à celui de « licence » ou même de « concession », eu égard au fait que les droits de l'auteur ont vocation à lui revenir[57]. Cette démarche était d'autant plus légitime que les travaux de la commission Escarra révèlent qu'au départ, le terme « concession » était l'appellation choisie « en raison des difficultés qu'il y avait à préciser les limites que comportait la cession en matière de droit d'auteur, et de l'intérêt qu'il y avait à montrer que l'auteur doit garder toujours un domaine éminent sur son œuvre, même s'il a abandonné une partie du domaine utile sur celle-ci ». Par la suite, précisent les travaux, le terme « cession » a été préféré à celui de « concession » qui « évoque une notion de droit public étrangère au droit d'auteur qui est d'ordre essentiellement privé[58] ». Cette réponse est surprenante à deux égards : d'abord, elle montre que le législateur était conscient dès le départ que les droits de l'auteur ne peuvent être cédés comme le sont les biens corporels, par conséquent la cession ne serait pas la qualification appropriée. Ensuite, la réponse montre que le choix du terme cession est fondé uniquement sur le fait d'éviter la confusion avec la notion de concession en droit public. L'argument est peu convaincant, le législateur aurait pu choisir la dénomination de « licence » qui présente les mêmes caractéristiques que la « concession ». Par exemple Kant soulignait que « l'éditeur, par l'édition qu'il publie, conduit l'affaire d'un autre », le contrat qu'il conclut « n'est-il pas plutôt simplement un usage de ses facultés (*opera*) qu'il peut concéder (*concedore*) à d'autres, mais jamais aliéner (*alienare*) ? En outre, l'éditeur conduit-il son affaire en son nom, ou une affaire étrangère au nom d'un autre ?[59]». En outre, le caractère imprescriptible et inaliénable des droits moraux de l'auteur n'est pas sans incidence sur le contrat de cession. Ces droits relativisent en quelque sorte l'effet

---

[57] Certains auteurs n'hésitent pas à qualifier le droit de d'auteur de « droit retenu ». V. Michel VIVANT et Jean-Michel BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 5e éd., Dalloz, 2024, n°739.

[58] Travaux de la Commission de la propriété intellectuelle, *op.cit.* p. 52. Dans le même ordre d'idées, les termes « concession de droit d'auteur » aurait permis d'éviter la confusion avec le droit public. D'autant plus qu'en effectuant des recherches, on trouve des jurisprudences anciennes qui utilise ce terme sans aucune ambiguïté ou hésitation. Par exemple, il a été jugé « qu'il importe peu qu'un auteur ait autorisé une feuille périodique à publier son œuvre littéraire ; cette concession temporaire et renfermée dans certaines limites ne peut être considérée comme un abandon du droit sur l'ouvrage, ni conférer à d'autres la faculté de le reproduire (Rouen, 10 déc. 1839, Rivoire, *Dall., v° Prop. litt.*, n° 99.) ». Dans la même logique, le Tribunal civil de la Seine a jugé que « la vente d'exemplaires, planches et clichés d'une œuvre musicale n'emporte pas vente du droit incorporel de propriété et que le commissaire-priseur qui met ces objets aux enchères n'est garant que du droit à la possession matérielle des exemplaires, et du droit de tirer sur les planches et clichés dans les limites fixées par la concession originaire de l'auteur (Trib.civ. Seine, 25 mars 1889, Abbé Gonnet, *Gaz. trib.,* 13 mai 1889.) ».

[59] Emmanuel KANT, *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit (première partie de la Métaphysique des mœurs), suivis d'un Essai philosophique sur la paix perpétuelle et d'autres petits écrits relatifs au droit naturel*, Traduit de l'allemand par Jules BARNI, éd. August Durant, 1853, p. 272.

translatif de la cession, en faisant en sorte que l'auteur garde toujours un contrôle sur son œuvre, objet de la cession[60].

4) LES LIMITATIONS AU PRINCIPE DU CONSENTEMENT DE L'AUTEUR

30. Un droit de propriété. La question des limitations aux droits de l'auteur sur son œuvre se justifie par le fait que le droit d'auteur est un droit de propriété[61]. En tant que tel, il est naturellement sujet à des limitations. Comme l'affirmait Rousseau, s'il est impossible de « détruire absolument la propriété particulière, [il faut] la renfermer dans les plus étroites bornes, de lui donner une mesure, une règle, un frein qui la contienne, qui la dirige, qui la subjugue et la tienne toujours subordonnée au bien public[62] ». Josserand s'inscrit dans cette même logique en ce sens qu'il considère qu'il y a abus de droit de propriété lorsque ce droit est dépourvu de fonction sociale[63]. A « l'individualisme outrancier[64]» du droit de propriété hérité de la révolution, on assiste aujourd'hui à une « désindividualisation[65] » du droit de propriété. Ce qui fait dire au Professeur Christophe Geiger que « dans une large mesure, le rattachement des droits de propriété intellectuelle aux droits fondamentaux vient donc garantir le respect de la fonction sociale de ces droits[66] ».

31. Les exceptions au droit d'auteur constituent les limitations les plus abouties. Elles sont, pour l'essentiel, prévues par l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle. Elles servent à satisfaire l'intérêt du public et l'intérêt public. S'agissant de l'intérêt du public, il est possible de citer par exemple le droit de

---

[60] Pour Edouard COOPER, « on peut presque imaginer la vente que fait un artiste de l'œuvre qu'il vient de produire, qu'il admire avec orgueil, dont il est fier, sur laquelle il échafaude mille espérances d'avenir, comme correspondant à une de ces cessions que font certains parents de leur fils en le confiant à un armateur, à un capitaine de navire, à un directeur d'émigrants. Sans doute, le contrat est à long terme, définitif même ; la puissance paternelle se verra transférée de leur tête sur celle du capitaine sous les ordres duquel l'enfant va servir. Peut-être l'enfant rester a-t-il là-bas, dans les terres lointaines, et, jamais, ne leur sera-t-il donné de l'apercevoir à nouveau. Mais il porte leur nom el il portera toujours ce nom paternel. Si par hasard il devient célèbre, illustre, c'est leur nom que cet enfant illustrera et un peu de sa gloire rejaillira sur eux. Cela, cette espérance ultime, ils ne peuvent l'abandonner ». V. Edouard COPPER, « *L'art et la loi, Traité des questions juridiques* », Librairie Achille Heymann, 1903, p. 259.

[61] Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 sur la « loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information », *op.cit.*

[62] Jean-Jacques ROUSSEAU, *Projet de constitution pour la Corse*, Philosophie, 2018, p. 33.

[63] Louis JOSERAND, *Cours de droit civil positif français. 1. Théorie générale du droit et des droits. Les personnes. La famille. La propriété et les autres droits réels principaux,* 3e éd., Recueil Sirey, 1938 n° 1474.

[64] Louis JOSSERAND, *ibid.* n°162.

[65] V. Christophe GEIGER, La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle, *Dalloz actualité*, 12 mars 2010 ; Robert CHARVIN et Jean-Jacques SUEUR, *Droits de l'homme et libertés de la personne*, 2e éd., Litec, 1997, p. 252.

[66] *Ibid.*

représenter l'œuvre dans un cercle familial (article L. 122-5, 1°). La loi va même plus loin en limitant le droit exclusif de l'auteur au nom d'un public particulier, par exemple en faveur des personnes « handicapées » (article L. 122-5, 7°). S'agissant de l'intérêt public, « ces exceptions procèdent d'un équilibre entre le respect de la liberté d'expression ou de la libre circulation des informations et le droit de l'auteur (article L. 122-5,3°), mis en perspective de façon originale avec l'exception de parodie, de pastiche, de caricature[67] ». Dans le même ordre d'idées, il est possible de citer le droit de prêt de l'œuvre, en particulier les œuvres littéraires. Ce droit a été longtemps contesté à l'auteur au motif « que l'intérêt des auteurs (le droit de prêt) doit s'effacer devant l'intérêt général (la lecture publique, la diffusion des connaissances)[68] ». Depuis 2003, ce droit est officiellement reconnu par le législateur et l'article L. 133-1 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que « *lorsqu'une œuvre a fait l'objet d'un contrat d'édition en vue de sa publication et de sa diffusion sous forme de livre, l'auteur ne peut s'opposer au prêt d'exemplaires de cette édition par une bibliothèque accueillant du public* ». Si « *ce prêt ouvre droit à rémunération au profit de l'auteur (…)* », comme le prévoit le second alinéa de la même disposition, il s'agit tout de même d'une atteinte au consentement de l'auteur. Puisqu'il ne s'agit pas d'une possibilité laissée à l'auteur, mais d'une obligation d'accepter ce droit de prêt. Alors même que ce droit de prêt, comme le souligne le Professeur Christophe Alleaume, « découle du "droit de destination" de l'auteur, c'est-à-dire de la faculté qu'il a, dans tout acte de cession de ses droits, de préciser la "destination" des droits cédés, ce qui lui permet, concrètement, de préciser à quel(s) usage(s) les exemplaires commercialisés de son œuvre pourront servir. Cette prérogative prend sa source dans l'article L. 131-3[69], alinéa premier[70] ». Sur ce point, le droit d'auteur s'inspire du droit commun des biens, notamment en matière de servitude de passage par exemple. D'une manière générale, sur le fondement des exceptions au droit d'auteur, « l'auteur subit une expropriation partielle pour cause d'utilité privée[71] ». En plus des atteintes

[67] Karine FAVRO, « La recherche de l'intérêt du public à la lecture du Code de la propriété intellectuelle », *op. cit.*
[68] Christophe ALLEAUME, « Le droit de prêt ou l'arlésienne du droit d'auteur », *Légicom*, n° 24, 2001/1, p.43.
[69] Article L. 131-3 Code de la propriété intellectuelle, alinéa premier : « *La transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée* ».
[70] Christophe ALLEAUME, « Le droit de prêt ou l'arlésienne du droit d'auteur », *op. cit.*
[71] Karine FAVRO, « La recherche de l'intérêt du public à la lecture du Code de la propriété intellectuelle », *Légicom*, 2014 p.83

admises au consentement de l'auteur, il existe des atteintes non admises parmi lesquelles se trouve la contrefaçon.

32. La contrefaçon de droit d'auteur. La question de la contrefaçon a une résonnance particulière en droit d'auteur étant donné qu'elle porte non seulement atteinte à l'œuvre, donc au consentement de l'auteur, mais qu'elle peut aller jusqu'à la remise en cause des droits privatifs de l'auteur, sur le fondement de l'absence d'originalité. C'est pourquoi, « l'expansion de la propriété intellectuelle inhérente au développement social et économique, a accentué la nécessité d'apporter une réponse concrète à la question de la contrefaçon[72] ». Il existe un arsenal juridique aujourd'hui pour réprimer la contrefaçon de droit d'auteur aussi bien sur le plan civil que sur le plan pénal. Cela étant, l'auteur qui agit en contrefaçon semble pourtant désarmé lorsque ses prérogatives sont remises en cause dans leur fondement, c'est-à-dire l'originalité de l'œuvre. En plus de devoir prouver la contrefaçon de son œuvre, il doit souvent rapporter que celle-ci est originale. En ce sens, pour Monsieur Christian Kpolo, « l'objet du droit de la propriété intellectuelle n'est jamais vraiment ce qu'il est, ce qu'il prétend être, ou ce qu'on prétend qu'il soit ; car – finalement – toute la question de la mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle se résume dans la nécessité d'apporter objectivement un droit – sur une œuvre, une invention, sur des dessins et modèles ou sur une marque[73] ». Devant le juge, le défendeur sait qu'en remettant en cause l'originalité de l'œuvre, il dénie à l'auteur son droit d'exiger son consentement dans le cadre des règles protectrices de la propriété littéraire et artistique. De ce fait, l'auteur se trouver contraint non pas de prouver son droit de propriété sur l'œuvre, mais de prouver que cette œuvre est originale. Il ne s'agit certes pas d'une inversion de la charge de la preuve, mais d'une obligation supplémentaire pour l'auteur. Face à cette réalité, certains éléments objectifs découlant du comportement du défendeur ne devraient-ils pas profiter à l'auteur ? En particulier lorsque le défendeur est le cocontractant ou le cessionnaire de l'auteur. En cas de litige lors de l'exécution du contrat de cession, le cessionnaire peut être enclin à remettre en cause l'originalité de l'œuvre, ce qui peut relever parfois d'une mauvaise foi de sa part. En s'appuyant sur l'article 1104 du Code civil, qui énonce que « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* », il est possible d'admettre une forme de présomption

[72] Christian KPOLO, *Les présomptions en droit de la propriété intellectuelle*, th. Université de Lorraine, 2019, n°5.
[73] Christian KPOLO, *op.cit*. n°6.

d'originalité au profit de l'auteur. C'est le cas, par exemple, lorsque le contrat a déjà reçu exécution ou encore lorsque le cessionnaire a reconnu implicitement ou explicitement que l'œuvre était originale. Cette présomption, que l'on peut qualifier de « relative », sera calquée sur le modèle de l'effet relatif du contrat et ne sera donc invocable que contre le cessionnaire, les tiers au contrat pouvant toujours contester l'originalité de l'œuvre en cas de litige.

33. Problématique. Au regard de cette présentation, qui ne retrace pas de manière exhaustive tous les principaux enjeux liés au consentement, les questions qui constituent l'épine dorsale de cette étude peuvent être formulées de la manière suivante : comment le consentement, élément fondamental dans les relations en droit commun, est-il perçu en droit de la propriété intellectuelle ? En quoi ce consentement est-il différent du consentement en droit commun ? Les atteintes au consentement de l'auteur se manifestent-ils de la même manière qu'en droit commun ? Existe-t-il d'autres moyens, autre que l'action en contrefaçon de droit d'auteur, pour faire respecter le consentement de l'auteur ?

34. Annonce de plan. Afin de mieux rendre compte des réponses apportées à ces questions, l'étude qui suit analyse dans un premier temps l'aptitude au consentement de l'auteur (Partie I) avant que ne soient abordées les atteintes inhérentes au consentement de l'auteur (Partie II).

Partie I : L'aptitude au consentement de l'auteur et l'intégrité du consentement

35. D'une manière générale, il ressort des textes applicables au droit de la propriété intellectuelle, notamment au droit de la propriété littéraire et artistique, une impression de nature protectrice du consentement des titulaires des œuvres de l'esprit. Cette impression, similaire à celle qui caractérise le droit consumériste[74], découle de l'ensemble des règles applicables en la matière et de celles, particulières, qui régissent le consentement au sein des contrats en droit de la propriété littéraire et artistique. Les règles en droit d'auteur, malgré leur degré de précision, ne se suffisent pas. Elles ont besoin, pour la validité des contrats d'exploitation, de faire appel aux conditions requises pour la validité du contrat. Sur ce point, il est possible d'observer une complémentarité entre les deux corps de règles même si les contradictions apparaissent à propos de la perfection[75] du contrat. En effet, si le formalisme prévu par le Code de la propriété intellectuelle n'est pas explicitement exigé « à peine de nullité » pour la plupart des contrats, le respect de toutes les obligations qui incombent aux parties peut plaider pour une telle interprétation. C'est en cela que le consentement de l'auteur peut être considéré comme un consentement surprotégé. La particularité de la discipline justifie qu'il puisse être possible d'avoir recours à des conditions supplémentaires pour la validité des contrats. En ce sens, comme le souligne Madame Marion Bleusez, « le droit commun de la perfection resterait amendé par le droit spécial lorsque la spécificité d'une matière justifierait l'octroi d'une dérogation[76] ». De ce point de vue, la règle *Specialia generalibus derogant*, aujourd'hui codifiée au troisième alinéa de l'article 1105 du Code civil, signifie aussi que les règles du droit spécial peuvent combler l'insuffisance des règles du droit commun. Afin de mieux cerner le sens de cette analyse, sera abordée, dans un premier temps, la protection du consentement de l'auteur par le droit de la propriété littéraire et artistique (Titre 1),

---

74 Dans son vocabulaire juridique, Gerard CORNU résume parfaitement l'objet du droit de la consommation. Pour lui, il s'agit de l'ensemble des lois spéciales destinées à assurer la protection du consommateur soit avant qu'il ne s'engage, soit dans l'exécution du contrat et plus généralement à l'ensemble des mesures et institutions destinées à sauvegarder sa santé, sa sécurité et ses intérêts économiques ». V. Gerard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 13e éd., PUF, 2020, p. 245.

75 V. Marion BLEUSEZ, *La perfection du contrat*, préf. C. Brenner, LGDJ, Thèses. Bibliothèque de droit privé, Vol. 643, 720 pages.

76 *Ibid.* p.26.

avant que ne soit étudiée la protection du consentement de l'auteur au sein des contrats d'auteur et dans l'environnement numérique (Titre 2).

Titre 1 : La protection du consentement par le droit de la propriété littéraire et artistique

36. Les règles du droit de la propriété littéraire et artistique tendent toutes, pour l'essentiel[77], à la réalisation d'un objectif principal : celui de la protection du consentement de l'auteur. Ce caractère protectionniste se justifie par le risque lié à la gestion des œuvres de l'esprit eu égard à leur nature et aux enjeux économiques qui en découlent. D'où l'idée de renforcer leur protection au-delà de ce qui se fait, par exemple, en droit commun des biens. Derrière cette politique protectionniste spécifique, c'est le consentement de l'auteur qui est visé en réalité. En cela, l'article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle résume parfaitement cette vision en précisant que les dispositions du code « *protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination* ». Le caractère assez généraliste des termes employés par cette disposition a conduit la jurisprudence à en préciser les contours. Ainsi, en principe, certains éléments ne peuvent être protégés par les règles du droit de la propriété littéraire et artistique. Il s'agit par exemple des idées, considérées comme « étant de libre parcours[78] » ou encore le genre qui n'entre pas dans la définition de la notion d'originalité. Sur ce point, pour la jurisprudence, « l'originalité ou, à l'inverse, l'absence d'originalité d'une œuvre ne peut résulter du seul constat du genre (non protégeable en tant que tel par le droit d'auteur) auquel appartient cette œuvre, il convient de rechercher si ladite œuvre, considérée en elle-même, répond à l'exigence d'originalité pouvant lui octroyer la *protégeabilité* au titre du droit d'auteur, c'est-à-dire qu'elle soit

---

[77] Cela dit, il existe des règles non protectrices du consentement. C'est le cas des exceptions au droit d'auteur qui, bien que encadrées par la loi, permettent de passer outre le consentement de l'auteur dans l'utilisation de l'œuvre. Ainsi, l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle consacre l'exception de courte citation, de représentation dans un cadre strictement privé, ou encore les « *reproductions numériques d'une œuvre en vue de la fouille de* textes » *etc.* Aussi, il existe des exceptions tirées du consentement implicite de l'auteur. A ce propos, la CJUE a eu l'occasion de faire observer que « l'article 2, sous a), et l'article 3 §1, de la directive 2001/29 ne précisent pas la manière dont le consentement préalable de l'auteur doit se manifester, de sorte que ces dispositions ne sauraient être interprétées comme imposant qu'un tel consentement soit nécessairement exprimé de manière explicite. Il y a lieu de considérer, au contraire, que lesdites dispositions permettent également de l'exprimer de manière implicite ». v. CJUE, 16 nov. 2016 aff. C-301/15 (point 35) ; *Prop. intell.* 2017, n°62, p. 30, note Jean-Michel BRUGUIERE.

[78] Civ., 1re, 5 juill. 2006, n° 04-16.687 ; *Juris-Data* n° 2006-034647 ; *Comm. com. électr.* n° 2, fév. 2007, comm. 19, Christophe CARON. Très tôt, la jurisprudence a jugé que « dans le domaine de la pensée, l'idée demeure éternellement libre et ne peut jamais devenir l'objet d'une propriété privative ; (...) seule est susceptible d'appropriation la forme originale et nouvelle dont l'écrivain la revêt ». v. T. civ. Seine, 19 déc. 1928, « *aff. du Train de 8 h 47* »; *DH* 1929, 79.

le résultat d'une création intellectuelle propre à son auteur permettant à celui-ci d'exprimer son esprit créateur de manière originale[79] ». En d'autres termes, le genre peut renvoyer à la catégorisation des œuvres dans un même ensemble artistique. Par exemple, parmi la catégorie des œuvres littéraires, on peut trouver les romans, les essais, les poésies. En conséquence, ce n'est pas parce qu'une œuvre est qualifiée de poésie qu'elle bénéficie automatiquement de la protection des règles du droit d'auteur. Encore faut-il que son auteur ait fait preuve d'originalité dans l'expression de sa personnalité.

37. En ce sens, le caractère protecteur des règles de la propriété littéraire et artistique ne bénéficie qu'aux personnes ayant extériorisé et concrétisé leurs idées dans une démarche artistique et par extension celui des ayants droit, puisque leur consentement est nécessaire par défaut[80]. L'exigence de la qualité d'auteur **(Chapitre 1)** demeure donc une condition indispensable permettant par la suite d'aborder la place du consentement au sein des opérations portant gestion des œuvres de l'esprit (**Chapitre 2**).

[79] Paris, 15 mars 2016 ; *JurisData* n°2016-029915.

[80] Par exemple, si le droit d'exploitation perdure durant la vie de l'auteur, à son décès, selon l'alinéa second de l'article L. 123-1 du Code de la propriété intellectuelle, « *ce droit persiste au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années qui suivent* ».

Chapitre 1 : L'incidence de la qualité d'auteur sur la protection du consentement

38. La qualité d'auteur est le sésame pour toute personne désireuse de se voir appliquer les règles du droit de la propriété littéraire et artistique. En cela, le Code de la propriété intellectuelle dès le début, à travers l'article L. 111-1, précise que « *l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous* ». Autrement dit, la reconnaissance d'un « droit de propriété » sur son œuvre à l'auteur est le préalable indispensable pour que celui-ci se voit, comme un propriétaire de droit commun, doté du pouvoir de consentir à l'utilisation de son œuvre sous une forme ou sous une autre.

39. Afin de mieux cerner les enjeux d'une telle implication, l'incidence de la détermination de la qualité d'auteur sur le consentement en dehors de toute collaboration (**Section 1**) doit être distinguée de celle impliquant plusieurs auteurs (**Section 2**).

Section 1 : La détermination de la qualité d'auteur dans le cadre de la création d'une œuvre

40. Les règles applicables à la détermination de la qualité d'auteur d'une œuvre initiale (§1) sont similaires à celles applicables dans la détermination de la qualité d'auteur d'une œuvre dérivée (§2) même s'il subsiste des différences, notamment à propos de l'articulation des droits de chacun des participants.

§1 : La détermination de la qualité d'auteur de l'œuvre initiale

41. A priori, les règles relatives à la détermination de la qualité d'auteur de l'œuvre initiale sont simples. D'une part, elles reposent pour l'essentiel sur une conception à dimension purement subjective (A) et, d'autre part, sur une conception à dimension matérielle ou objective (B).

A : LE ROLE DE LA CONCEPTION SUBJECTIVE DANS LA DETERMINATION DE LA QUALITE D'AUTEUR : LA CONDITION D'ORIGINALITE

42. La reconnaissance de la qualité d'auteur dépend de la possibilité qu'a l'auteur d'imprégner son œuvre de sa personnalité. A ce titre, l'article L. 111-2 du Code de la

propriété intellectuelle précise que « *l'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur* ». La « *conception de l'auteur* », sur laquelle l'attention doit être portée, doit transparaître dans l'œuvre pour que le Code la propriété intellectuelle puisse recevoir application en ce sens que c'est elle qui donne naissance à l'originalité qui devient, à son tour, la source du pouvoir de consentir (1°), la condition de la protection par l'action en contrefaçon de droit d'auteur (2°).

1°L'originalité, source du droit de propriété intellectuelle et du pouvoir de consentir.

43. Une définition ou des critères de définition. La définition de la conception de l'auteur n'est qu'une manifestation de la notion de l'originalité dont les auteurs peinent à s'accorder sur les contours permettant de restituer son exacte signification. Cela dit, dans la plupart des définitions qui sont consacrées à la notion, on observe la prééminence de la conception subjective[81].

44. En ce sens, elle est perçue comme « le caractère d'une œuvre qui porte l'empreinte de la personnalité de son auteur[82] ». Par exemple, à propos d'une œuvre graphique, la jurisprudence considère comme originale « l'objet qui peut être considéré comme émanant de la main de l'artiste ou qui a été réalisé selon ses instructions et sous son contrôle, de telle sorte que, dans son exécution même, ce support matériel de l'œuvre porte la marque de la personnalité de son créateur et qu'il se distingue par là d'une simple reproduction[83] ». L'originalité peut donc émaner de deux critères alternatifs. En effet, s'il est souhaitable que la réalisation de l'œuvre procède des mains de l'auteur lui-même, il lui est tout à fait possible de faire exécuter sa conception, sa personnalité et sa vision à travers les mains d'une tierce personne. Cela permet de constater que « l'exécution manuelle par l'artiste est un des éléments caractéristiques de l'originalité ; mais elle n'est pas, en elle-même, nécessaire pour que

---

[81] En effet, l'originalité est l'un des critères sur lesquels s'écharpent les auteurs. Aujourd'hui, nombreux sont ceux qui l'assimilent à la notion de « nouveauté ». Par exemple, Michel VIVANT et Jean-Michel BRUGUIERE soutiennent de manière « plus convaincue, plus positive que l'originalité n'est que la nouveauté autrement appréhendée ». Michel VIVANT, Jean-Michel BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 4e éd., Dalloz, 2019, n°305.

[82] Patrick TAFFOREAU, *Droit de la propriété intellectuelle*, Gualino, 2017, p. 73.

[83] Civ. 1re, 13 oct. 1993, n° 91-14.037 ; Bernard EDELMAN, « *La notion d'exemplaire original d'une œuvre d'art graphique ou plastique pour l'exercice du droit de suite* », *D.* 1994, p. 138.

soit réalisée la condition générale de protection du droit d'auteur[84] ». Sur ce point, l'originalité peut être considérée comme l'une des composantes essentielles de la définition de l'œuvre littéraire et artistique en ce sens qu'elle constitue le critère qui « fait reconnaître ou refuser la protection à une œuvre [85]». Il peut même arriver que, en tant que critère, elle ne soit pas absolue et qu'elle soit simplement relative. Sur la question, en application de l'article L. 112-3 du Code de la propriété intellectuelle, il a été jugé que « les copies d'œuvres d'art plastique jouissent de la protection instituée par le Code de la propriété intellectuelle, dès lors, qu'exécutées de la main même de leur auteur, elles portent l'empreinte de sa personnalité, malgré le caractère relatif d'une telle originalité[86] ». Cette solution traduit la subjectivité qui caractérise l'originalité en ce sens qu'elle est la « marque de personnalité résultant de l'effort créateur » contrairement à la nouveauté qui se « mesure objectivement puisqu'elle se définit comme l'absence d'homologue dans le passé[87] ».

45. De ces observations, il ressort que l'originalité, en tant que notion centrale du droit d'auteur qui participe à la « naissance juridique de l'œuvre[88] », est, de manière indiscutable, « la qualité qui permet l'accès à la protection[89] » et indirectement le consentement de l'auteur.

46. L'originalité, une question de choix. L'absence de définition légale de la notion ainsi que le caractère disparate des critères utilisés par la jurisprudence pour la définir traduit le rôle central que veut faire jouer la loi à l'auteur dans la protection de son œuvre et de son propre consentement. Car, la liberté de création dont il jouit lui donne le choix de réaliser ou non une œuvre originale. Son choix demeure donc à ce titre déterminant. De la sorte, s'il opte pour une œuvre dénuée de toute originalité, son

---

[84] Claude COLOMBET, « La notion d'exemplaire original d'une œuvre d'art graphique ou plastique pour l'exercice du droit de suite », *D.*, 1994, p. 93.
[85] Michel VIVANT, Jean-Michel BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 4e éd., Dalloz, 2019, p. 294.
[86] Civ. 1re, 9 nov. 1993, n° 91-17.061; *Bull.* 1993, I, n° 318, p. 221; *D.,* 1994, note Claude, COLOMBET, p.91.
[87] Claude COLOMBET, *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde, Approche de droit comparé*, 2e éd., Litec-Unesco, p. 12.
[88] Madame Marie CORNU considère l'originalité comme l'élément qui permet la protection juridique de l'œuvre. Pour elle, « la naissance juridique de l'œuvre, c'est le moment où l'œuvre accède à la protection, le moment où le droit la qualifie de l'œuvre de l'esprit, au regard des critères classiques : il faut une création de forme originale. Le concept d'originalité innerve l'ensemble de la matière. Cette œuvre juridiquement qualifiée donne alors prise à des droits d'auteur (droits moraux et patrimoniaux). V. Marie CORNU, « L'œuvre, l'auteur et la signature », *Hypothèses*, 2006, vol. 9, n° 1, 2006, p. 385-390.
[89] André LUCAS, Pierre SIRINELLI, « L'originalité en droit d'auteur », *JCP* 1993. I. 3681, n°1.

consentement n'en sera cependant pas moins protégé[90]. Seulement, il le sera uniquement dans le cadre du droit commun des biens à travers le droit de propriété. Il en résulte que l'originalité est une notion élastique tiraillée selon les critères retenus entre le droit d'auteur et le droit commun. Qualifiée de « vice fondamental[91] » du droit d'auteur ou encore de « notion en crise[92] », si l'originalité « est aussi fuyante, c'est d'abord, bien sûr, à cause de sa flexibilité, qui rend difficile l'élaboration d'un critère réellement opérationnel[93] ».

47. C'est pourquoi, très tôt, la jurisprudence s'est évertuée à bâtir un ensemble de critères afin de mieux expliciter la notion. Elle a commencé par souligner l'importance qui lui est attachée dans le déploiement des règles protectrices du droit de la propriété littéraire et artistique. Dans un arrêt de 1986, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a clairement précisé que la protection légale qui résulte du droit de la propriété littéraire et artistique ne couvre que les créations intellectuelles originales sans que les considérations d'ordre esthétique ou artistique n'aient quelconque rôle à jouer[94]. Une analyse rapide de cette solution à la lumière du consentement de l'auteur permet d'assoir la conviction selon laquelle les règles de la propriété littéraire et artistique concourent uniquement à la protection des droits de l'auteur ayant fait œuvre originale.

48. Tout en refusant jusqu'à présent de donner une définition de la notion en dégageant des critères précis, la jurisprudence se contente, à chaque fois qu'elle est appelée à trancher la question, de donner des réponses casuistiques en s'appuyant sur le droit spécial. En ce sens, en tant que « reflet de la personnalité du créateur [95]», la

---

[90] Sur la question, il est de jurisprudence constante que, l'absence de droits intellectuels n'est pas un frein au succès de l'action en réparation. Par exemple, sur le fondement de l'article 1240 du Code civil, il a été jugé que « le succès de l'action en responsabilité pour agissements parasitaires, qui est ouverte à celui qui ne peut se prévaloir de droits privatifs, n'est pas subordonné à l'existence d'un risque de confusion ». V. Com., 27 janv. 2021, n° 18-20.702 ; *JurisData* n° 2021-019565 ; *Contrats. conc. consom.,* n° 5, mai 2021, comm. 84, obs. Marie MALAURIE-VIGNAL ; Mamadouba DRAME, « La notion de distinctivité au cœur de la bataille entre deux "GIANT" ! », *MAJ. IRPI*, n°26, mars 2021, p. 10.

[91] Pierre-Yves GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 6e éd., 2007, n°34 et s.

[92] André LUCAS, Agnès LUCAS-SCHLOETTER, Carine BERNAULT*, Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5e éd., 2017, n°107.

[93] *Ibid.*

[94] Ass. plén., 7 mars 1986, n° 85-91.465. V. *D. 1986, jur.,* p. 405, note Bernard EDELMAN, *JCP 1986. II. 20631*, note MOUSSERON, TEYSSIE et VIVANT. Cette solution fait partie d'une série d'arrêts de la même date qui précise la notion d'originalité ainsi et de son rôle protecteur du consentement de l'auteur.

[95] Paris, 24 nov. 1988, *Cah. Dr. auteur*, juin 1989, p. 4.

notion d'originalité demeure vague pour l'essentiel et hautement subjective dans son acception. Comme souligné précédemment, il en découle « un caractère relatif » qui n'est pas considéré comme « exclusif de l'empreinte de la personnalité de l'auteur » que la haute juridiction n'a d'ailleurs pas manqué de souligner dans un arrêt de la première chambre civile du 17 février 2004[96]. Dans la même logique, il a été jugé qu'était originale, l'œuvre dont l'auteur « avait fait preuve d'un effort personnalisé allant au-delà de la simple mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante et que la matérialisation de cet effort résidait dans une structure individualisée[97] ». L'originalité n'est, de ce fait, plus cantonnée dans la sphère de l'abstrait, elle doit être concrétisée et constituer le reflet de la personnalité de l'auteur.

49. Des réponses casuistiques. Aussi, il faut préciser que les contours de la notion de « personnalité de l'auteur » n'est pas précise. C'est de manière casuistique, en fonction de chaque création, qu'est évaluée l'empreinte de la personnalité de l'auteur. Par exemple, à propos d'un livre d'histoire consacré à la région basque, intitulé « Histoire générale du Pays basque : Epoque romaine-Moyen âge », écrit par un enseignant et spécialiste reconnu de cette région, il a été jugé que cette seule qualité ne suffisait pas pour caractériser l'empreinte de la personnalité de l'auteur. Selon les juges, il faut démontrer en quoi « les compétences, la notoriété de l'auteur ou son mérite, sont de nature à caractériser l'originalité de son œuvre, étant précisé que le droit d'auteur ne protège pas un ouvrage eu égard à sa qualité mais en raison de l'empreinte de la personnalité de son auteur[98] ». Comme le souligne Madame Stéphanie Le Cam, cette « décision est extrêmement sévère et a de quoi inquiéter vivement toutes les communautés scientifiques confrontées à cette difficulté de démontrer en quoi les travaux de recherches, souvent rédigés à l'aide de langages techniques et fonctionnels, sont empreints de la personnalité de leurs auteurs. En refusant d'admettre la protection de ce livre d'histoire et d'examiner les reprises potentiellement litigieuses, les juges tendent, par cette décision, à favoriser des

[96] Civ. 1re, 17 févr. 2004, n° 01-16415 ; *CCE* 2004, n° 99, note Christophe CARON. Cette espèce reflète le manque de critère précis dans la définition de l'originalité. Dans cette affaire, la Cour d'appel de Lyon avait refusé de reconnaitre un caractère original à des étiquettes de vin sous prétexte que les éléments utilisés étaient tous couramment utilisés. Au visa des articles L. 111-1, L. 112-1 et L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle, l'arrêt est cassé et la Cour de cassation précise que « le caractère relatif de l'originalité n'est pas exclusif de l'empreinte de la personnalité de l'auteur ».

[97] Ass. plé., 7 mars 1986, n°83-10.477.

[98] Bordeaux, 2 mai 2023, RG n° 20/02868.

pratiques non respectueuses de l'intégrité scientifique (pour ne pas dire plagiaires) et cela au détriment des efforts considérables que le chercheur a investis pour réaliser cet ouvrage[99] ».

50. Cela étant, l'originalité est le critère sur lequel s'opère « la discrimination entre les œuvres » qui sont accessibles à la protection du consentement de l'auteur à travers les règles de la propriété littéraire et artistique et celles qui ne le sont pas. Il s'agit d'un cheminement par lequel l'effet protecteur du consentement découle de la titularité[100] des droits qui elle-même est conférée par l'originalité. A ce propos d'ailleurs, certains auteurs mettent l'accent sur le choix décisionnel de l'auteur dans la conception de l'œuvre. Ainsi, celle-ci est considérée comme originale lorsque « le créateur a pu déployer le minimum de fantaisie inhérent à toute création littéraire ou artistique, en échappant aux contraintes de la technique. Peut-être a-t-il voulu faire œuvre utile, peut-être l'imagination n'était-elle pas au rendez-vous. Il n'importe dès lors qu'il a su échapper aux contraintes de la technique, dès lors qu'il y a place pour l'arbitraire, la protection légale est acquise[101]». Cette analyse fait autorité au sein de la doctrine et la jurisprudence rappelle, à chaque fois que l'occasion se présente, le lien entre originalité et protection du consentement. De ce point de vue, le succès d'une action en contrefaçon de droit d'auteur est subordonné à la condition d'avoir fait œuvre originale. En substance, c'est ce qui ressort de la solution rendue à propos de l'ouvrage sur le Pays basque. A cette occasion, les juges ont rappelé qu'il « appartient à la partie qui revendique la protection par le droit d'auteur, d'une œuvre dont l'originalité est contestée, de démontrer cette originalité[102] ».

51. Cette conception, qui reflète la position du droit français sur la question, a été reprise en partie par la CJUE dans son arrêt *Infopaq*. A cette occasion, se fondant sur trois directives[103] qui reprennent toutes à peu près la même idée à propos de la notion

---

[99] Stéphanie Le Cam, « À défaut d'apports personnels, un livre d'histoire échappe à la protection du droit d'auteur », *Dalloz Actualité* 25 mai 2023.

[100] Pour plus d'explication sur le rôle de la distinction entre qualité d'auteur et la titularité des droits, voir le Chapitre 2 de ce titre.

[101] André LUCAS, Pierre SIRINELLI, « L'originalité en droit d'auteur », *JCP* 1993. I. 3681, n°1.

[102] Bordeaux, 2 mai 2023, RG n° 20/02868, *op.cit*.

[103] Il s'agit d'abord de la directive programme du 14 mai 1991, n°91-250 qui précise en son article 1er troisième point que l'originalité d'un programme se conçoit à chaque fois que « la création intellectuelle » est propre à son auteur. Par la suite, cette définition a été reprise par la directive relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins du 29 octobre 1993, n°93-98 art. 6 et de la directive sur des bases de données du 11 mars 1996, n°96-9 art. 3 [1].

d'originalité, la Cour de justice considère l'œuvre de l'esprit comme « un objet qui est original en ce sens qu'il est une création intellectuelle propre à son auteur [104]». Le droit européen objective la notion en donnant plus de relief à la création de l'auteur qu'à l'expression de sa personnalité.

52. Cela dit, en dépit de l'article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle qui consacre le principe de protection des droits « *des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination* », le droit français semble donc associer étroitement le pouvoir de consentir et le droit de protéger son consentement à la décision personnelle et « arbitraire » de l'auteur dans la conception de son œuvre. Cette disposition conjuguée aux analyses qui précèdent permettent d'observer que la protection du consentement par les règles du droit de la propriété littéraire et artistique est loin d'être une donnée acquise d'office. Ceci traduit la réalité qui veut que la protection du consentement de l'auteur passe par l'exigence de l'originalité conjugué parfois, afin de rendre la protection plus optimale, avec l'exigence de divulgation. Toutefois, la protection s'applique automatiquement si les conditions posées par l'article L. 111-2 du Code de la propriété intellectuelle sont remplies. Pour rappel, cette disposition prévoit que « *l'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation au public, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur* ». En d'autres termes, la protection du consentement de l'auteur intervient même pendant « la naissance artistique de l'œuvre[105] ». Le droit demeure présent dès les premières esquisses d'une œuvre quel que soit le résultat.

53. Originalité et accomplissement d'actes purement matériels. Outre ces points qui méritaient d'être précisés, la conception subjective de la qualité d'auteur telle qu'exprimée au sein de l'article L 113-1 du Code de la propriété intellectuelle est une conception qui met en évidence une filiation quasi biologique qui existe entre l'auteur et sa création. L'œuvre étant la prolongation de la personne de son auteur, il devient dès lors impossible de reconnaître la qualité d'auteur à quelqu'un qui n'est pas en mesure de mettre en avant une telle qualité de filiation. La jurisprudence ne cesse

[104] CJCE, 16 juillet 2009, C-5/08 *Infopaq International A/S / Danske Dagblades Forening*. V. en ce sens le commentaire du professeur Christophe CARON, « Festival communautaire autour du droit de reproduction », *Comm. com. électr.* 2009, *comm.* 97.
[105] Marie CORNU, « L'œuvre, l'auteur et la signature », *Hypothèses*, vol. 9, n°1, 2006, p. 385-390.

de le rappeler à chaque fois que la question se pose. Ainsi, il a été jugé que « la qualité d'auteur d'une œuvre ne peut être attribuée à une personne physique que s'il est établi cette personne a personnellement réalisé l'œuvre[106] ». Autrement dit, le simple accomplissement d'actes matériels dans la réalisation de l'œuvre ne confère pas la qualité d'auteur. C'est en cela que la qualité d'auteur ne peut être reconnue au simple exécutant matériel. En tant que prestataire, l'exécutant matériel est considéré comme tel en ce sens qu'il travaille en suivant un schéma, des directives ou encore une ligne artistique tracée par l'auteur. En conséquence, il ne peut prétendre à la qualité de coauteur. D'ailleurs, sur ce point, la jurisprudence a eu l'occasion de préciser que le tirage d'une sculpture en bronze à partir d'un moule par un collaborateur, qui n'a pas la qualité de coauteur, ne peut pas être considéré comme originale, elle constitue une simple reproduction[107]. En d'autres termes, le prestataire demeure un simple technicien sans aucun apport créatif. La même logique peut être élargie à toutes les œuvres artistiques imposantes dont la réalisation impose à l'auteur de recourir à une main d'œuvre qualifiée.

54. Le rôle de l'exécutant. Cela dit, il peut arriver que la qualité d'auteur soit reconnue à l'exécutant. C'est le cas par exemple de l'artiste interprète. Selon l'article L. 212-1 du Code de la propriété intellectuelle, « *à l'exclusion de l'artiste de complément, considéré comme tel par les usages professionnels, l'artiste-interprète ou exécutant est la personne qui représente, chante, récite, déclame, joue ou exécute de toute autre manière une œuvre littéraire ou artistique, un numéro de variétés, de cirque ou de marionnettes[108]* ». Ainsi, outre le fait que l'interprétation doit être originale, celle-ci doit porter sur une œuvre[109]. Dans le même ordre d'idées, le développeur d'un logiciel

---

[106] Civ. 1re, 28 oct. 2000, n° 97-22.259, *Comm. comm. électr.* 2001, comm. 98, note Christophe CARON.
[107] Civ. 1re, 11 mai 2017, n° 16-13.427 ; *JCP G*, n° 15, 9 avril 2018, doctr. 436, chronique par Nicolas BINCTIN ; *Dalloz IP/IT* 2018. 59, obs. Jean DALEAU.
[108] Dans le même sens, selon l'article 3-a de la Convention de Rome, on entend par « artistes interprètes ou exécutants », les acteurs, chanteurs, musiciens, danseurs et autres personnes qui représentent, chantent, récitent, déclament, jouent ou exécutent de toute autre manière des œuvres littéraires ou artistiques (…) ». V. Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion du 26 octobre 1961.
[109] La jurisprudence est parfois très pointilleuse sur cette double exigence, comme dans l'affaire du documentaire « Être et avoir » où intervient un enseignant qui réclamait la qualité de co-auteur. Donnant raison aux juges du fond, la Cour de cassation a estimé que « l'ensemble des éléments des cours de [l'enseignant], tels que reproduits dans le documentaire, […] ne présentaient, ni dans leur composition, ni dans leur enchaînement, de caractère original, qu'il en était de même des leçons qui ne révélaient aucun choix inédit d'exercices ou de textes susceptible de donner prise au droit d'auteur ou

peut échapper à la qualification de simple exécutant au profit de celui d'auteur ou de co-auteur à la seule condition que les critères de l'article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle ne soient pas réunis. Selon le 1er alinéa de cet article, « *sauf dispositions statutaires ou stipulations contraires, les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créés par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur sont dévolus à l'employeur qui est seule habilité à les exercer* ». En d'autres termes, à travers des dispositions statutaires ou par le biais de clauses contractuelles, les développeurs de logiciels peuvent se voir reconnaitre la qualité d'auteur ou de co-auteur.

55. Créations artistiques des machines et des animaux. Passée cette précision, il faut noter que la qualité d'auteur n'est pas reconnue à une machine en ce sens qu'elle ne peut exprimer un quelconque consentement. Ainsi, le travail réalisé par une chose ou un animal sans aucune intervention de l'homme ne peut être qualifié d'œuvre de l'esprit. Sur ce sujet, par exemple, la justice américaine s'est prononcée sur la possibilité de reconnaitre la qualité d'auteur à un singe indonésien qui s'était accaparé un appareil photo pour réaliser des autoportraits dont l'une des photos a été utilisée par un site internet sans l'autorisation du photographe. Saisie sur la question par le propriétaire de l'appareil photo, le 28 janvier 2016, la Cour de district de la Caroline du Nord a estimé que la demande était irrecevable dès lors que le *Copyright Act* (l'équivalent de la « loi » sur le droit d'auteur en France) ne confère pas d'intérêt à agir à des animaux à l'image du singe[110]. Cette solution a été confirmée par un arrêt du 23 avril 2018 de la Cour d'appel du 9e circuit selon lequel, « un animal pouvait avoir un intérêt à agir sur le fondement de l'article III de la Constitution des États-Unis, mais manque d'intérêt à agir sur le fondement du droit d'auteur[111] ». Autrement dit, le droit d'auteur demeure un attribut reconnu uniquement à la personne humaine. Dans l'affaire du selfie simiesque, le propriétaire de l'appareil photo n'est pas l'auteur des

encore de la transmission de messages et de connaissances, sous forme de dialogues spontanés, entre le maître les élèves et leurs parents ; que le moyen ne peut donc être accueilli ». V. Civ. 1re, 13 nov. 2008, n° 06-16.278 ; *Comm. com. électro*. n° 1, janv. 2009, comm. 2, Christophe CARON.

[110] https://cases.justia.com/federal/districtcourts/california/candce/3:2015cv04324/291324/45/0.pdf?ts=1454149106

[111] Court of appeals for the ninth circuit, 23 avril 2018, n°16-15469, «our court's precedent requires us to conclude that the monkey's claim has standing under Article III of the United States Constitution. Nonetheless, we conclude that this monkey - and all animals, since they are not human - lacks statutory standing under the Copyright Act. ». V. https://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2018/04/23/16-15469.pdf

clichés. Comme on l'a précédemment rappelé, « le droit d'auteur appartient à celui qui a personnellement réalisé l'œuvre. Or, il ne suffit pas d'être propriétaire de l'appareil qui permet de réaliser l'œuvre pour prétendre à la qualité d'auteur[112] ». Le refus de reconnaitre la qualité d'auteur à la machine ou à l'animal tient fondamentalement au fait que ceux-ci ne peuvent pas assurer l'exploitation de leur création. Autrement dit, ils ne sont pas en mesure d'exprimer un consentement, une autorisation ou un refus.

56. Cela dit, on observe que le refus de reconnaître un droit d'auteur sur le portrait litigieux tient à la qualité de son auteur (en l'espèce un singe) et non à la qualité de l'œuvre. Car, au regard de l'imprécision de la définition de la notion d'originalité, il est tout à fait possible qu'un animal, à l'instar de ce singe, fasse œuvre originale. Evidemment, dans une telle hypothèse, se pose une question fondamentale sur la possibilité qu'un animal (considéré comme un être doué de sensibilité) puisse être titulaire d'une chose, en l'espèce une œuvre de l'esprit. Sur la question, mérite d'être rapportée ici, l'analyse du professeur Christophe Caron qui considère que « les animaux ne sont pas des personnes, mais sont des choses, certes douées de sensibilité, mais des choses tout de même ! Ils ne sont donc pas susceptibles de créer au sens du droit d'auteur car un meuble par nature ne saurait créer un autre meuble, fut-il incorporel. Ils ne peuvent pas non plus être propriétaires d'un droit d'auteur car les animaux n'ont pas de patrimoine propre susceptible d'accueillir ce bien immatériel qu'est l'œuvre[113] ». Si ce point de vue peut s'entendre, il n'est cependant pas exclu que le propriétaire de l'animal puisse exercer son droit de propriété sur la création de ce dernier sous le régime du droit commun de la propriété. Le même raisonnement est transposable à propos du robot pris en tant qu'outil « qui assiste une création[114] ».

57. Aussi, des auteurs suggèrent « qu'une approche objective de la création soit préférée. De ce point de vue, la création ne se définit pas par le processus qui a conduit à son émergence. Seul doit être considéré le résultat. L'objet peut avoir un caractère créatif en soi, quel que soit le processus créatif[115] ». Par exemple, avec l'aide des données programmées par le roboticien et de « celles qu'il collecte au cours de ses expériences successives, le robot devient capable de réaliser seul un tableau, de

[112] Christophe CARON, « Le selfie simiesque », *Comm. com. électr.* 2014, comm. 9.
[113] *Ibid.*
[114] Jean-Michel BRUGUIERE, *Droit des propriétés intellectuelles*, Ellipses, 3e éd. 2018, p. 54.
[115] Larrieu JACQUES, « Chapitre 9. La propriété intellectuelle et les robots », *Journal International de Bioéthique*, 2013/4, vol. 24, p. 125-133.

composer seul une musique (…)[116] ». Dès lors, il est difficile de ne pas reconnaître un droit d'auteur au propriétaire qui a initié voir fait exécuter l'œuvre à travers son animal ou son robot. Par exemple, récemment, une toile créée par l'intelligence artificielle *Midjourney* a été primée lors de la *Colorado State Fair*[117]. Baptisée « Théâtre d'opéra spatial », son auteur, Jason Allen, a fait générer l'œuvre en donnant des instructions écrites à l'intelligence artificielle. Aux accusations de triche de la part de ses concurrents, il affirme qu'il a gagné et qu'il n'a « enfreint aucune règle[118] ». Le fait de primer une telle œuvre alors même que son titulaire n'a pas dissimilé le recours à l'intelligence artificielle pour la réaliser est une forme de reconnaissance de la capacité des choses à créer des œuvres originales. De ce point de vue, l'intelligence artificielle doit être considérées comme un outil au service de l'auteur au même titre que le pinceau est au service du graphiste, du stylo au service de l'écrivain, la guitare au service du guitariste *etc*. Car, bien que ces outils participent à la création, la paternité de la création ne peut leur être accordée faute de personnalité juridique.

58. Cela étant, toujours sur les intelligences artificielles et les animaux, considérés comme des êtres doués de sensibilité, il faut cependant distinguer deux situations. Premièrement, si le propriétaire de la chose initie, fournit les éléments en vue de la création de l'œuvre, il est logique de lui reconnaître un droit d'auteur sur l'œuvre. Au contraire, si une chose (un animal ou une intelligence artificielle) crée une œuvre artistique sans aucune intervention du propriétaire, le refus d'une protection par le droit d'auteur serait alors tout à fait justifié. Etant donné que les choses (le robot ou l'animal) n'ont pas et sont loin d'avoir la personnalité juridique. A cet effet, elles sont objets du droit et non sujets du droit. Même si elles exécutent certaines tâches de leur propre initiative, cela ne peut être un argument pour changer de paradigme en ce sens que c'est toujours le propriétaire qui assume les conséquences de leurs faits. Aussi, en termes de gestions des biens, une chose ne peut conclure un contrat du fait qu'elle est dépourvue de conscience lui permettant d'en appréhender les tenants et les aboutissants. Pour créer une œuvre originale, il faut disposer d'une conscience de

[116] Larrieu JACQUES, « Chapitre 9. La propriété intellectuelle et les robots », *Journal International de Bioéthique*, 2013/4, vol. 24, p. 125-133.
[117] Il s'agit d'une foire d'Etat qui se tient depuis 1872 au Colorado (Etats-Unis).
[118] https://www.lefigaro.fr/culture/une-oeuvre-creee-a-l-aide-d-une-intelligence-artificielle-a-remporte-un-concours-d-art-au-grand-dam-des-artistes-en-competition-20220905

créer[119]. Dans le même ordre d'idées, « les systèmes d'intelligence artificielle sont programmés pour imiter certaines facultés cognitives humaines leur permettant de réaliser des tâches précises et normalement déterminées[120] ».

59. Pourtant, malgré ce constat, le parlement européen a adopté une résolution en date du 16 février 2017[121] allant dans le sens d'une reconnaissance de la personnalité juridique aux robots. Cette résolution attend de la commission européenne qu'elle mette en place une directive « pour qu'au moins les robots autonomes les plus sophistiqués puissent être considérés comme des personnes électroniques responsables » et que soit conférée « la personnalité électronique à tout robot qui prend des décisions autonomes ou qui interagit de manière indépendante avec des tiers ». Si l'idée peut surprendre, elle s'inspire pourtant de la création au XIX^{e} siècle de la notion de personne morale à côté de la personne physique. Seulement, la personne morale bénéficie généralement d'un patrimoine affecté et contrôlé afin qu'elle puisse assumer les conséquences de ses agissements sans pour autant que cela soit exclusif de toutes responsabilités des dirigeants en cas de faute de gestion. Donc, à l'image de la personne morale, la reconnaissance de la personnalité juridique à une intelligence matricielle ne lui confèrera jamais une indépendance absolue vis-à-vis de l'être humain, ne serait-ce qu'en termes de gestion des biens.

---

[119] L'exigence d'une conscience de créer pour bénéficier de la protection a été admise explicitement par la jurisprudence à travers l'affaire du documentaire « Être et avoir ». A cette occasion, la Cour de cassation, pour refuser la qualité de co-auteur à l'instituteur, a souligné que « que les leçons qu'il professe et les dialogues avec les élèves qui s'inscrivent dans l'exercice de ses fonctions d'instituteur chargé de mettre en œuvre les programmes de l'Éducation nationale, n'ont pas été conçus pour les besoins de l'œuvre, qu'il en est de même des propos échangés, tant avec les élèves qu'avec leurs parents dans leur quotidien, dont la spontanéité révèle qu'ils ne sont pas le fruit d'une création préexistante ». V. Civ., 1re, 13 nov. 2008, n° 06-16.278. Commentant cette solution, le Professeur Christophe CARON fait observer que « c'est la première fois, à notre connaissance, que la Cour de cassation affirme haut et fort que la création, susceptible d'entraîner la réalisation d'une œuvre originale, exige une conscience de créer, ce qui n'est pas le cas lorsque des mots s'échangent de façon entièrement spontanée. Quant aux improvisations, elles sont susceptibles d'être protégées parce que la spontanéité coexiste avec une volonté de créer (Civ. 1re, 1er juill. 1970, *SARL Paris-Records et Sté Stéré-Press c/Manitas de Plata* ; *D.* 1970, p. 734, note Bernard EDELMAN) ». V. Christophe CARON, « Fin de partie judiciaire pour l'instituteur du documentaire « Être et avoir » », *Comm. com. électr.* n° 1, janv. 2009, comm. 2.

[120] Alexandre VIAL, « La qualification juridique de l'intelligence artificielle : du silicium à la personne ? », *Revue Droit & Affaires* n° 15, déc. 2018, 4.

[121] Résolution du Parlement européen du 16 février 2017 contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique (2015/2103(INL). https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017IP0051&from=IT#:~:text=C%20252%2F241-,Jeudi%2016%20f%C3%A9vrier%202017,conflit%20avec%20la%20premi%C3%A8re%20loi.

60. Au regard de ce qui précède, l'apparition de nouveaux processus de création a fait évoluer la notion d'originalité qui n'est plus de l'apanage exclusif des humains. La protection du consentement de l'auteur se justifie désormais par le fait que l'être humain est doté d'une conscience humaine, laquelle permet de quitter la catégorie d'objet de droit pour devenir sujet de droit. Cela étant, le rôle central que joue l'originalité dans le déploiement des règles protectrices du consentement est un élément qui peut justifier l'absence de définition légale de la notion. On peut analyser cela comme un encouragement à la liberté reconnue à toute personne de faire soit œuvre nouvelle, soit œuvre originale, soit les deux en ce sens qu'elles ne sont pas incompatibles.

2° L'originalité, condition de la protection du consentement par l'action en contrefaçon

61. La protection de la qualité d'auteur qui découle de l'originalité, prise en tant que convecteur par lequel les règles du droit de la propriété littéraire et artistique déploient leur protection, passe aussi par l'exercice de l'action en contrefaçon.

62. Intérêt à agir, création originale. A ce titre, il faut rappeler que le but premier des règles de la procédure civile, voire pénale, est la protection d'un droit ou plus factuellement de l'intérêt de la victime. Une victime qui ne justifie pas d'un intérêt lésé, certain, légitime, direct et personnel ne peut voir son action en réparation prospérer. Cette analyse se fonde sur l'article 122 du Code de procédure civile qui dispose qu'une action en justice peut être rejetée pour défaut de qualité, défaut d'intérêt à agir pour son auteur[122].

63. En appliquant ce raisonnement sur le droit d'auteur, il est possible d'affirmer que, pour qu'un auteur puisse faire sanctionner le non-respect de son consentement à travers les règles du droit de la propriété intellectuelle, il se doit d'avoir la qualité d'auteur et donc justifier avoir créé une œuvre originale et de l'avoir divulguée en premier. Plus spécialement, l'action en contrefaçon permet une protection spécifique du consentement de l'auteur.

[122] Selon l'art. 122 du Code de procédure civile, « *constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée* ».

64. Sans faire un développement approfondi de la notion de contrefaçon qui sera traitée dans la seconde partie de ce travail, unanimement, les auteurs la définissent comme « toute utilisation d'un objet protégé par un droit de propriété intellectuelle sans l'autorisation du titulaire, lorsque pareille autorisation est requise par le droit positif[123] ». Cette définition découle du 1er alinéa de l'article L. 335-2 du Code la propriété intellectuelle qui précise clairement que « *toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est une contrefaçon et toute contrefaçon est un délit* ». Cela démontre que la contrefaçon est l'atteinte par excellence sous toutes les formes à quelque degré que ce soit de « l'œuvre sans le consentement exprès de l'auteur[124] ».

65. De ce qui précède, il apparaît clairement que la contrefaçon est une notion spécifique aux biens intellectuels en général dont la répression consiste dans le rétablissement de l'auteur dans ses droits en lui permettant de faire cesser les agissements illicites sur son œuvre. Pour cela, il dispose d'un moyen efficace que l'on appelle l'action en contrefaçon. Cette action est de nature hybride en ce sens qu'elle peut déboucher sur une condamnation pénale, civile, voire les deux en ce sens que l'infraction de contrefaçon « constitue non seulement un délit pénal mais aussi une faute civile[125] ».

66. La preuve de l'originalité de l'œuvre. Au-delà des aspects formels de la notion et des conséquences qui en découlent, pour ester en justice sur le fondement de l'action en contrefaçon, outre la qualité d'auteur qu'il est tenu d'exciper, le titulaire de l'action doit être en mesure de prouver[126] que le bien sur le lequel il exige le rétablissement de ses droits est une œuvre de l'esprit. A l'image de la liberté qui caractérise l'administration d'une telle preuve, son appréciation relève du juge de fond et non d'un quelconque organisme de gestion des œuvres de l'esprit. A ce propos, il a

---

[123] Patrick TAFFOREAU, Cédric MONNERIE, *Droit de la propriété intellectuelle*, 3e éd., Gualino, 2012, n°248.

[124] Pierre SIRINELLI, *Propriété littéraire et artistique*, Dalloz, Coll. Mementos, 3e éd., 2016, p. 1992.

[125] Pierre SIRINELLI, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.* p. 195,

[126] A ce propos, l'absence de définition légale de la notion d'œuvre de l'esprit facilite l'administration de la charge de la preuve. Car, comme à propos de l'œuvre audiovisuelle à laquelle l'article L. 113-7 du Code de la propriété intellectuelle semble donner une définition, l'auteur doit rapporter la preuve d'un travail personnel qui doit être qualifié de « *création intellectuelle* ».

été jugé que la « SACD[127] ne pourrait être considérée comme ayant qualité pour conférer ou refuser de conférer la qualité d'auteur à quiconque. Cette qualité s'induit d'éléments et de faits dont le juge conserve une entière liberté d'appréciation[128] ».

67. A ce sujet d'ailleurs, la question ne suscite guère de débat en droit de la propriété industrielle. La qualité d'inventeur se prouve généralement par un titre que l'on appelle brevet. Tandis qu'en droit de la propriété littéraire et artistique, la question nécessite plus de précisions. Ces précisions sont relatives notamment à la notion d'originalité qui a précédemment été explicitée dans le cadre de la reconnaissance de la qualité d'auteur.

68. Quoi qu'il en soit, si l'action en contrefaçon est considérée comme une action qui vise à défendre le droit de propriété de manière générale, plus spécifiquement en droit d'auteur, elle tend à la défense du consentement de l'auteur. Cela signifie que ne peuvent demander protection de leur consentement à travers l'action en contrefaçon de droit d'auteur que les auteurs ayant fait œuvre originale, et dans une certaine mesure leurs ayants droit. A ce propos, la jurisprudence est assez prolifique. Dans un arrêt de la chambre commerciale en date du 4 mars 1986[129], il a été précisé qu'il ne peut y à voir de contrefaçon sans brevet. Par analogie, il est évident qu'une action en contrefaçon fondée sur la violation du droit d'auteur ne peut prospérer sans la preuve de l'originalité de l'œuvre en question.

69. Pareillement, à mainte reprises, la jurisprudence a réitéré le rôle prépondérant de la notion d'originalité dans le succès de l'action en contrefaçon. Ainsi, les juges du fond sont sans cesse invités à vérifier que l'œuvre litigieuse, objet d'une action en contrefaçon, corresponde bien à une « œuvre de l'esprit au sens du droit de la propriété littéraire at artistique[130]».

---

[127] La société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD).

[128] Bourges, 1er juin, 1965, *D.* 1966. 44, note Henri DELPECH.

[129] Com. 4 mars, 1986, n° 83-16.848 ; *JurisData* n° 1986-000009.

[130] Civ. 1re, 11 févr. 1997, n° 95-13. 176. *D. Affaires* 1997, p. 353. La solution retenue dans cette espèce est très précise quant aux œuvres protégeables par le droit de la contrefaçon. Ainsi, doit être cassé, selon la Cour, « l'arrêt qui retient la contrefaçon au motif que l'écrit litigieux est la copie servile d'un document appartenant au défendeur, sans rechercher si l'écrit ainsi copié était une œuvre de l'esprit au sens du droit de la propriété littéraire et artistique ».

70. En résumé, l'œuvre doit être protégeable pour que puisse prospérer l'action en contrefaçon[131]. Cela démontre que l'exigence d'une œuvre originale est intimement liée au pouvoir de consentir de l'auteur. Cette vision est explicitée dans certaines décisions qui mettent en évidence le fait que l'action en contrefaçon vise d'une certaine façon à protéger le consentement de l'auteur. Ainsi, la Cour d'appel de Versailles la considère comme « protectrice d'un droit privatif d'auteur » impliquant « la reconnaissance de l'originalité de l'œuvre, qui suppose une création et une recherche d'ordre esthétique reflétant la personnalité de son auteur[132] ».

71. Au regard de ce qui précède, le principe de protection du consentement de l'auteur par les règles du droit de la propriété littéraire n'est simple à déployer qu'en apparence. Autrement dit, pour avoir le droit de s'abriter sous l'ombre protectrice des règles du droit d'auteur, l'auteur doit pouvoir prouver sa qualité d'auteur en rapportant la preuve de la création d'une œuvre originale dans laquelle apparaît une partie de sa personnalité. Il est donc tout à fait aisé d'affirmer que les notions d'originalité, de personnalité de l'auteur sont au service de la protection du consentement de l'auteur.

72. Cependant, la preuve de l'originalité, difficile à rapporter, peut se retrouver confrontée avec une autre situation voisine : celle où l'auteur est contesté dans sa qualité ou dans son droit. Dans ce cas, la conception objective de l'originalité peut être utilisée comme moyen pour le rétablir dans son droit.

B : LE ROLE DE LA CONCEPTION OBJECTIVE DANS LA DETERMINATION DE LA QUALITE D'AUTEUR : LA CONDITION DE DIVULGATION

73. En tant que condition *sine qua none* pour l'acquisition de la qualité d'œuvre, l'originalité assure à l'auteur le droit de consentir tout en le protégeant contre les utilisations non consenties de son œuvre.

74. Dans le cheminement qui mène à ce niveau de protection, des difficultés peuvent survenir dans le processus. En effet, il peut arriver que l'œuvre soit originale

---

[131] Par exemple, à propos d'un litige concernant une carte d'itinéraire de randonnée, il a été jugé que le juge du fond se devait de « rechercher si l'établissement des itinéraires de randonnée ne constituait pas, bien que composé à partir du tracé des sentiers, une création de l'esprit, puisant son originalité dans la mise en œuvre de critères géographiques, culturels ou humains traduisant la personnalité de leur auteur ». Civ. 1re, 30 juin 1998, n° 96-15.151 ; *D.* 1998. *IR* 191 ; V. également, André FRANÇON, « Originalité, condition de protection du droit d'auteur », *RTD com.* 1999, p. 390.

[132] Versailles, 11 déc. 1997, *D.* 1999. somm. 63, obs. Claude COLOMBET.

sans que l'on ait une certitude sur l'identité de son auteur. Une telle hypothèse met également en scène deux protagonistes qui se disputent la paternité de l'œuvre dans le seul but de profiter du parapluie protecteur des règles de la propriété intellectuelle. La question semble pourtant avoir été tranchée dès le départ par le Code la propriété intellectuelle en son article L. 113-1 qui dispose que « *la qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée* ». Autrement dit, le premier qui aura divulgué une création originale sous son nom acquiert la qualité d'auteur.

75. Le pouvoir de la divulgation. Le principal enseignement qui découle de cette situation semble être simple à résumer et évite toute situation conflictuelle : la preuve de la première divulgation emporte qualité d'auteur nonobstant toute réalité relative à la création. Bien entendu, il n'y a pas de situation conflictuelle toutes les fois où l'auteur de l'œuvre est celui sous le nom duquel l'œuvre est divulguée. En ce sens, afin de mieux cerner la problématique, il est important de distinguer plusieurs situations voisines, selon que les œuvres ont été créées sous pseudonyme, anonymement ou avec l'aide d'un « porte-plume[133] ».

76. L'œuvre pseudonyme ou anonyme. Premièrement, l'auteur d'une œuvre pseudonyme ou anonyme demeure protégée au même titre que celui dont l'œuvre est publiée sous sa véritable identité. Le choix de publier une œuvre sous un nom autre que celui de sa véritable identité n'ôte en rien à l'auteur son droit d'exiger son consentement en termes d'exploitation. Ceci s'explique par le fait que les droits d'autoriser, d'interdire ou encore de retrait ne peuvent appartenir qu'aux sujets de droit. Or, le fait d'utiliser une autre identité pour publier son œuvre n'est pas de nature à effacer, même temporairement, la personnalité juridique.

77. Par ailleurs, le dol étant proscrit dans les relations contractuelles, l'utilisation d'un pseudonyme est l'un des rares exemples où le droit offre la possibilité de « de tromper » son cocontractant sans que cela n'ait une quelconque conséquence

[133] Autrefois appelé « nègre », le prête plume est aussi désigné comme l'écrivain fantôme.

juridique. Autrement dit, la pratique n'est pas assimilable à des manœuvres ou des dissimilations de nature à vicier le consentement des acquéreurs[134] ».

78. En dépit de ces rappels, l'article L. 113-6 Code de la propriété intellectuelle met en lumière la place de choix qu'occupe le droit de paternité. En son 1er alinéa, il est précisé que « *les auteurs des œuvres pseudonymes et anonymes jouissent sur celles-ci des droits reconnus par l'article L. 111-1* ». Une lecture attentive de ce texte permet ~~de~~ d'observer que ce mode de publication relève d'un choix personnel de l'auteur qui n'est, cependant, pas irréversible. Autrement dit, l'auteur est tout à fait en droit de révéler sa véritable indenté. A ce propos, il été jugé que la validité des clauses qui permettent à un auteur d'être anonyme ou d'utiliser un pseudonyme était subordonnée à la condition qu'il conserve une liberté de renonciation[135].

79. Cela dit, le choix de publier anonymement ou sous pseudonyme n'est pas sans conséquence sur la durée de la protection des droits. Alors qu'en principe, la protection dure 70 ans après la mort de l'auteur[136], l'article L. 123-3 du Code de la propriété intellectuelle précise que « *pour les œuvres pseudonymes, anonymes ou collectives, la durée du droit exclusif est de soixante-dix années à compter du 1er janvier de l'année civile suivant celle où l'œuvre a été publiée* ».

80. L'œuvre créée par le « nègre » littéraire. L'autre point qui mérite l'attention a trait aux œuvres réalisées par les « nègres littéraires ». Comme le souligne avec précision le professeur Pierre Yves Gautier, « un « nègre » est un écrivain professionnel qui rédige partiellement ou totalement, contre rémunération, un ouvrage dont un auteur apparent s'attribuera la paternité auprès du public, son abdication étant normalement constatée dans un contrat conclu avec l'éditeur[137] ». En pratique, il est difficile de détecter de telles œuvres sans la volonté des parties.

---

[134] Cela, alors même que l'article 1er de la loi du 6 fructidor an II prévoit l'immutabilité du nom réel en énonçant qu'aucun « *citoyen ne pourra porter de nom ni de prénom autres que ceux exprimés dans son acte de naissance : ceux qui les auraient quittés seront tenus de les reprendre* ».V. Loi du 6 Fructidor, l'an deuxième (23 août 1794), de la République française art. 1er.

[135] Civ., 1re, 5 mai 1993, nº 91-13.664 ; *JurisData* nº 1993-001043 ; *RIDA* 1993, p. 205.

[136] Article L. 123-1 du Code de la propriété intellectuelle : « *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.*
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 ».

[137] Pierre- Yves GAUTIER., « L'œuvre écrite par autrui », *RIDA* janv. 1989, p. 63.

N'entrant pas dans la qualification juridique d'œuvres plagiées, ni contrefaisantes, la pratique du prête plume (l'autre appellation du « nègre » littéraire) est tout à fait licite. En effet, aucune disposition n'interdit le fait de faire faire une œuvre artistique par une autre personne pour ensuite s'approprier de sa paternité. C'est d'ailleurs une pratique de plus en plus répandue usitée par des personnalités du monde politique, médiatique dans le but d'acquérir une certaine légitimité intellectuelle.

81. Même si le Code de la propriété intellectuelle n'en fait pas cas, la pratique n'en a pas moins été reconnue indirectement par le législateur. Ainsi, il suffit de lire avec attention l'article L. 113-1 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que « *la qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée* ». Cette présomption simple, qui peut être renversée par le véritable auteur, veut dire que le premier à publier une œuvre littéraire et artistique en est son auteur jusqu'à preuve du contraire. La publication d'une telle œuvre nécessite de passer deux étapes contractuelles dont l'une reste ignorée des tiers. Il s'agit d'un premier contrat secret entre le prête plume et l'auteur et d'un second contrat entre l'éditeur ou le publicateur et l'auteur apparent. Dans cette configuration, seul ce dernier dispose d'un droit d'exiger son consentement dans le cadre de l'exploitation de l'œuvre. Cependant, comme pour les œuvres anonymes ou pseudonymes, le contrat qui lie le « nègre » à son cocontractant n'est pas intangible. Ce dernier garde la possibilité de revendiquer sa création à condition d'indemniser son cocontractant pour non-respect de ses obligations. A ce propos, le professeur Pierre-Yves Gautier donne une analyse pertinente quand il souligne que le cocontractant « aura quelque chance, s'il se porte demandeur reconventionnel en résolution de la convention, ou en tout cas en dommages-intérêts compensatoires. En effet, sans les promesses du nègre, l'éditeur n'eût pas conclu ; en d'autres termes, celles-ci ont été la cause impulsive et déterminante de son engagement [138]».

82. Somme toute, pendant toute la durée de l'efficacité de la clause de confidentialité, la gestion de ces œuvres est le plus souvent à la charge de l'éditeur qui agit alors comme un mandataire. C'est ce qui résulte du 2e alinéa de l'article L. 113-6 du Code de la propriétaire intellectuelle qui précise que les auteurs de telles œuvres « *sont représentés dans l'exercice de ces droits par l'éditeur ou le publicateur originaire,*

[138] Pierre- Yves GAUTIER., « L'œuvre écrite par autrui », *RIDA* janv. 1989, p. 63.

tant qu'ils n'ont pas fait connaître leur identité civile et justifié de leur qualité ». On rencontre le même schéma, sans les mêmes conséquences, à propos des œuvres appartenant aux personnes morales.

83. Le cas des personnes morales. Sur cette question, l'interprétation de l'article L. 113-5 du Code de la propriété intellectuelle[139] peut laisser penser qu'une personne morale peut acquérir la qualité d'auteur et par conséquent donner son consentement de la même manière qu'une personne physique. Selon cette disposition, « *l'œuvre collective est, sauf preuve contraire, la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée. Cette personne est investie des droits de l'auteur* ». Plus loin, la jurisprudence précise « que la personne physique ou morale à l'initiative d'une œuvre collective est investie des droits de l'auteur sur cette œuvre et, notamment, des prérogatives du droit moral [140]». Or, il est évident que la notion de consentement est intrinsèquement liée à la personne humaine. Dès lors, une personne morale, ou dans une certaine mesure, une machine, quel que soit les attributs humains qu'on essaye de lui imprimer, ne peuvent consentir ou moduler leur consentement comme le ferait un être humain. D'ailleurs, la personne morale ne consent que par le biais de ses représentants « car, n'étant pas un être de chair et de sang, elle ne peut pas créer par elle-même[141] ». En ce sens, la Cour de cassation est constante pour dire « qu'une personne morale ne peut avoir la qualité d'auteur[142] ».

84. La qualité d'auteur pour une personne morale ne peut découler du seul fait qu'elle soit titulaire des droits intellectuels attachés à l'œuvre. Souvent, on confond qualité d'auteur et titularité du droit d'auteur. En effet, l'auteur d'une œuvre peut être le titulaire des droits qu'il peut perdre par le biais d'une cession ou donation sans pour autant être effacé de la paternité de l'œuvre. Dans le même temps, une personne morale, ne pouvant faire œuvre de création, au sens de la jurisprudence rapportée, peut être titulaire des droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux par le biais de l'œuvre

---

[139] Selon l'article L. 113-5 du Code de la propriété intellectuelle, « *l'œuvre collective est, sauf preuve contraire, la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée. Cette personne est investie des droits de l'auteur* ».

[140] Civ., 1re, 22 mars 2012, n° 11-10.132 ; v. Christophe CRAON, « Le droit moral de la personne morale », *Comm. com. électr.*, n° 6, juin 2012, comm. 61.

[141] Christophe CARON, « L'auteur est forcément une personne physique », *Comm. com. électr.*, n° 3, mars 2015, *comm.* 19.

[142] Civ. 1er, 15 janv. 2015, n° 13-23.566. *Comm. com. électr.* 2015, comm. 19, Christophe CARON ; *RTD com.* 2015, p. 307, Philippe GAUDRAT ; v. également, Nicolas BOUCHE, « Une personne morale ne peut pas être auteur d'une œuvre littéraire ou artistique », *Propr. industr.* 2015, comm. 25.

collective que le dernier alinéa de l'article L. 113-2 du Code de la propriété intellectuelle définit comme « *l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé* ». Ainsi, contrairement à ce que l'on peut croire, la personne morale peut exercer, par le biais de ses dirigeants, les attributs du droit moral comme le droit de divulgation. Si « on ne déjeune pas avec une personne morale » pour reprendre la phrase attribuée à Gaston Jèze, il est possible de soutenir qu'en droit de la propriété intellectuelle, on peut discuter avec elle sur la gestion des droits patrimoniaux du droit d'auteur en général et sur les aspects moraux de ces droits dans une certaine mesure[143].

85. Cette distinction n'a de portée que sur un plan strictement théorique. Car, bien souvent, c'est le consentement du titulaire des droits patrimoniaux qui est sollicité dans la gestion des biens intellectuels. Sur ce point, on ne peut qu'être d'accord avec le professeur Christophe CARON quand il affirme que « le droit d'auteur s'intéresse bien souvent aux prérogatives du titulaire des droits qui n'est plus l'auteur, mais une personne morale cessionnaire. Il en résulte que la propriété littéraire et artistique est peut-être davantage le droit du titulaire des droits que le droit du seul auteur[144] ». Cela dit, il ne faut pas perdre de vue le fait que seul le créateur de l'œuvre demeure le véritable auteur. Il a été souligné à ce propos par la Cour de cassation qu'il est impropre d'attribuer à une personne morale la qualité d'auteur[145].

86. Au regard de l'analyse qui précède et au-delà de toute considération liée à la qualité objective de l'auteur, une autre question se pose : celle de la légitimité des personnes qui revendiquent la gestion des droits intellectuels dans le cadre d'une œuvre composite.

---

[143] La jurisprudence a eu l'occasion de préciser qu'une personne morale, « investie des droits de l'auteur, était fondée à invoquer la protection légale, notamment quant au droit moral ». Civ. 1re 8 déc. 1993, n° 91-20.170. ; *JurisData* n° 1993-002660., *RID*, juill. 1994.

[144] Christophe CARON, « L'auteur est forcément une personne physique », *Comm. com. électr.*, n° 3, mars 2015, *comm.* 19.

[145] Civ. 1re, 8 déc. 1993, n° 91-20.170. ; *RID*, juill. 1994 ; soulignant « l'impropriété de terme consistant à attribuer à la société la qualité d'auteur ».

§2 : La détermination du consentement de l'auteur dans le cadre d'une œuvre composite

87. En droit des biens, sauf exception, outre le fait qu'une personne ne dispose que d'un seul patrimoine[146], il peut arriver que plusieurs personnes disposent des droits sur un même bien. C'est le propre de la cotitularité des biens qui permet de mettre en évidence une indivision ou une copropriété. Au-delà, il peut arriver que la propriété, en tant que telle, soit divisée entre l'usufruitier et le nu-propriétaire. Bien que l'on rencontre ces notions en droit de la propriété littéraire et artistique, l'analyse, dans le cadre de ce paragraphe, portera sur une autre configuration de superposition[147] de droits sur un bien que seuls les biens intellectuels et en particulier le droit de la propriété littéraire artistique offrent : il s'agit de la catégorie des œuvres composites ou dérivées. Selon le deuxième alinéa de l'article L. 113-2 du Code de la propriété intellectuelle, « *est dite composite, l'œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière* ». Si le texte semble à première vue clair et précis, il convient de remarquer en regardant de plus

---

[146] L'unicité du patrimoine est un principe qui puise sa source au sein des articles 2284 et 2285 du Code civil. Le premier de ces textes prévoit que « *quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir* ». Tandis que le second précise que « *les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence* ». La première interprétation qui sort de l'analyse de ces dispositions est que l'ensemble des actifs d'une personne répond des passifs. Par conséquent, il est interdit de soustraire une partie des actifs de l'ensemble qui formes une universalité de droits. Aussi, la personne humaine étant unique, donc indivisible, le principe d'unicité du patrimoine y trouve une autre justification. Cependant, la loi a apporté des exceptions à ce principes par la création par exemple de la fiducie ou encore du statut de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. A propos de ce dernier, l'alinéa 2 de L. 526-22 du code de commerce dispose que « *les biens, droits, obligations et sûretés dont il est titulaire et qui sont utiles à son activité ou à ses activités professionnelles indépendantes constituent le patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel. Sous réserve du livre VI du présent code, ce patrimoine ne peut être scindé. Les éléments du patrimoine de l'entrepreneur individuel non compris dans le patrimoine professionnel constituent son patrimoine personnel* ». La disposition est issue de la récente réforme du statut opéré par la loi du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante. A travers cette réforme, le législateur crée un effet légal du patrimoine d'affectation ; car, comme le souligne le professeur Xavier DELPECH, la « compartimentation patrimoniale résulte non pas de la volonté de l'entrepreneur individuel, mais c'est un élément de son statut ». V. Xavier DELPECH, « Consécration du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel », *Dalloz actualité*, 1er mars 2022.

[147] Il ne s'agit pas de juxtaposition mécanique des créations qui aboutirait sans doute à rendre la création non originale. Il s'agit plutôt d'une superposition de droits qui peuvent être interdépendants comme le prévoit l'article L. 113-4 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que « *l'œuvre composite est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante* ». Dans le même sens, il été admis très tôt par la jurisprudence que l'auteur de l'œuvre première et l'auteur de l'œuvre seconde ont des droits concurrents. V. Cass. 1re civ., 22 juin 1959 ; *D.* 1960, 129, note Henri DESBOIS.

près, qu'il ne répond pas véritablement à la question de l'articulation entre le consentement de l'auteur de l'œuvre préexistante avec celui de l'auteur de l'œuvre dérivée aussi bien dans le processus de création que de la gestion des droits.

88. Pour tenter d'apporter des réponses à cette difficulté, il sera question de démontrer dans un premier temps que le consentement de l'auteur originaire est certes prédominant (A), mais que l'auteur de l'œuvre dérivée n'en est pas moins pourvu de droits (B).

A : LA PLACE DU CONSENTEMENT DE L'AUTEUR DE L'ŒUVRE ORIGINAIRE

89. Définition. L'œuvre composite est une œuvre construite à partir d'une œuvre originale préexistante. L'idée est simple : il s'agit de la création d'une œuvre nouvelle à partir d'une œuvre existante. D'où l'appellation d'œuvre dérivée. Etymologiquement, le mot dérivé vient du verbe dériver dont la racine vient du latin *derivarer*. Littéralement, cela signifie « détourner un cours d'eau de son lit ». Au sens figuré, il s'agit de « détourner à son profit » quelque chose. En grammaire, le mot désigne le fait « de créer un mot à partir d'un autre »[148]. Cette dernière interprétation recoupe bien l'idée que l'on se fait de l'œuvre dérivée. C'est-à-dire : la création d'une nouvelle œuvre à travers une œuvre préexistante. C'est en cela qu'elle est considérée comme « le fruit d'une conjugaison d'efforts » prenant « la forme d'un emprunt à une œuvre préexistante[149] » sans la participation de l'auteur initial au risque de la voir requalifiée en œuvre de collaboration ou collective[150]. Les exemples d'œuvres dérivées sont nombreux et touchent presque tous les domaines de la création littéraire et artistique. En matière de création littéraire, l'adaptation d'un roman au cinéma est un exemple éloquent. Ainsi, l'œuvre audiovisuelle dont le scénario s'appuie sur une œuvre littéraire est composite[151]. En matière d'art graphique, la même configuration existe. Par

[148] Alain REY (Dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 1995.
[149] Claude BERNAULT, « Les titulaires du droit d'auteur », *J.- Cl. Propriété littéraire et artistique,* fasc. 1185.
[150] Civ. 1re, 26 janv. 1994, n°92-11.701 ; *JurisData* n°1994-000209 (possibilité qu'une œuvre soit à la fois composite et collective. V. en ce sens Civ. 1re 14 nov. 1973, n° 71-14.709).
[151] Civ. 1re, 9 fév. 1994, n° 91-20.525 ; *D.* 1994, 405, note Bernard EDELMAN ; *RIDA* 1994, n° 160, 216. Dans cette solution, les juges soulignent d'ailleurs la prééminence du consentement de l'auteur dans l'exploitation de l'œuvre composite. Pour la Cour de cassation, « une personne titulaire sur un roman d'un droit de propriété intellectuelle opposable à tous, ne fait qu'user de ce droit en s'opposant à l'exploitation des œuvres dérivées au-delà du terme qui avait été consenti à leurs auteurs par l'éditeur du roman lors de la cession par celui-ci des droits d'adaptation ».

exemple, il a été jugé que la photographie d'une sculpture est une œuvre composite originale « dès lors que le choix de l'instant pour réaliser la prise de vue traduit un effort créatif du photographe, que la nature de l'éclairage et l'angle de prise du vue adaptés pour faire ressortir au mieux les couleurs et les volumes de ladite sculpture témoignent d'un choix personnel du photographe et portent l'empreinte de sa personnalité et que le cliché n'est donc pas le résultat de la simple mise en œuvre de connaissances techniques[152] ».

90. Le consentement de l'auteur de l'œuvre préexistante. De l'analyse qui précède et des exemples cités, apparaît une préoccupation à la fois juridique et factuelle : celle de savoir si l'auteur de l'œuvre initiale doit donner son consentement à l'adaptation ou encore à la transformation de celle-ci et de quelle manière. La réponse à cette question permettrait sans doute de mesurer la place du consentement de l'auteur de l'œuvre première dans le processus.

91. Un début de réponse est donné par l'article L. 113-4 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que « *l'œuvre composite est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante* ». Deux observations découlent de cette disposition : tout d'abord, l'auteur d'une œuvre dérivée acquiert des droits d'auteur dans les mêmes termes que l'auteur initial. Ensuite, la deuxième phrase de la disposition rapportée précise que l'auteur de l'œuvre première conserve pleinement ses droits sur son œuvre et dispose des droits sur l'œuvre dérivée.

92. Ainsi, si l'auteur de l'œuvre initiale voit, à travers cette disposition, ses droits conservés, il va de soi que son consentement est indispensable pour toute transformation de celle-ci. Car, ne pas obtenir son assentiment reviendrait à porter atteinte à son droit d'auteur et en particulier le droit d'autoriser, le droit d'interdire ou encore le droit moral. On retrouve cette règle dès la période de consolidation du droit d'auteur. Pendant cette période, le régime juridique de l'œuvre composite n'était pas suffisamment autonome. Par exemple, dans son traité sur le droit d'auteur, Eugène Pouillet, livrait, à partir de « l'exemple d'emprunt fait à un roman », l'analyse suivante : « Un auteur écrit un roman, une nouvelle. Un autre auteur s'en inspire et l'adapte au théâtre. Nous supposons, bien entendu, qu'il n'a pas obtenu l'autorisation

[152] Paris, 5 mai 2000, « Galerie de France c/ L'Hoir et autres » ; *Légipresse* n °180 1er avril 2001 ; RIDA 2001, n° 188, p. 352, obs. André KEREVER.

de l'auteur du roman. Quel est le droit de celui-ci ? Il est évident qu'il peut s'opposer à la publication, à la représentation de la pièce ; il est clair encore que, sans s'y opposer, il peut réclamer une indemnité et demander que l'affiche indique son nom avec le roman d'où la pièce est tirée[153] ».

93. Cela étant, la jurisprudence s'est employée à donner une réponse de manière casuistique avec pour toile de fond le respect du consentement de l'auteur initial. Ainsi, dans un arrêt du 17 novembre 1981, la première Chambre civile de la Cour de cassation a précisé qu'il n'était pas nécessaire d'obtenir le consentement de l'auteur d'une chanson en vue de la création d'une œuvre dérivée dès lors que la réalisation du projet pouvait ne pas être poursuivie[154]. Cette solution a tendance à faire jurisprudence pour certains auteurs qui trouvent sa justification dans le régime juridique de la copie privée régie par les articles L. 122-5-1°-2°[155] pour le droit d'auteur et L. 211-3 du Code de la propriété intellectuelle[156]. Or, ces dispositions font allusion au droit de reproduction au sens strict sans qu'elles ne soient étendues à la catégorie des œuvres dérivées. Pourtant, selon ces auteurs, l'interprétation qui consiste à faire une distinction entre le droit de reproduction et le droit d'adaptation est discutable[157] en ce sens que les deux procédés ont la même finalité : la reproduction partielle ou totale d'une œuvre préexistante.

94. Adaptation et reproduction, même finalité ? S'en tenir à ce raisonnement aboutirait à admettre une autre forme d'exception aux droits d'auteurs

---

153 Eugène POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, 3e éd., Marchal et Billards, 1908, p.147, n°110.

154 Civ., 1re, 17 nov. 1981, n°80-12.546; *D.* 1983, p. 92, obs. Claude COLOMBET.

155 Article L. 122-5-1°-2° du Code de la propriété intellectuelle : « *Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire :*
1° Les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille ;
2° Les copies ou reproductions réalisées à partir d'une source licite et strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective, à l'exception des copies des œuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'œuvre originale a été créée et des copies d'un logiciel autres que la copie de sauvegarde établie dans les conditions prévues au II de l'article L. 122-6-1 ainsi que des copies ou des reproductions d'une base de données électronique ».

156 Article L. 211-3 du Code de la propriété intellectuelle *: « Les bénéficiaires des droits ouverts au présent titre ne peuvent interdire :*
1° Les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille ;
2° Les reproductions réalisées à partir d'une source licite, strictement réservées à l'usage privé de la personne qui les réalise et non destinées à une utilisation collective ; (…) »

157 Claude BERNAULT, « Les titulaires du droit d'auteur », *J.- Cl. Propriété littéraire et artistique,* fasc. 1185.

en dehors de celles prévues limitativement par le Code de la propriété intellectuelle[158]. Or, à y regarder de plus près, si l'adaptation et la reproduction portent sur une œuvre première, elles ne signifient pas pour autant la même chose. En effet, l'adaptation « consiste à emprunter des éléments à une œuvre préexistante afin de créer une œuvre distincte, qui pourra elle-même être originale[159] » tandis que la reproduction consiste à obtenir une réplique exacte de l'original.

95. Au regard de cette distinction, la solution retenue par l'arrêt de 1981 peut être considérée comme en totale contradiction avec l'esprit du 1er alinéa de l'article L 111-1 du Code de la propriété intellectuelle qui reconnait à l'auteur d'une œuvre de l'esprit un droit d'auteur exclusif et opposable à tous. L'opposabilité de ce droit aux tiers devrait être totale et en toute circonstance sans qu'il y ait de différenciation temporelle. Car, la lecture attentive de l'arrêt rapporté laisse supposer que, tant que la décision de modifier une œuvre première reste au stade de projet, le consentement de son auteur n'est pas requis. Son consentement n'est exigé que toutes les fois où le projet n'en est plus un et qu'il n'a plus de caractère confidentiel. Autrement dit, il n'intervient qu'*a posteriori*, notamment au moment de la divulgation. Outre le fait que cela porte atteinte au consentement de l'auteur initial, la solution peut également être source de conflits en cas de refus exprimé par l'auteur initial. C'est pourquoi, afin d'éviter d'engager sa responsabilité, il a été jugé que tout éditeur en charge de publier une œuvre composite doit préalablement s'assurer du consentement de l'auteur de l'œuvre première[160]. A défaut, on peut espérer une « confirmation spécifique [161]» par l'auteur préexistant de l'initiative de l'auteur de l'œuvre dérivée. Dans une telle hypothèse,

[158] On reviendra largement sur les exceptions au droit d'auteur dont le contenu est limitativement défini par l'article L. 122-5 Code de la propriété intellectuelle.

[159] Carine BERNAULT, Jean-Pierre CLAVIER, « *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle* », 2e éd., ellipses, 2015, p. 12. La définition rapportée est issue de l'article L 112-3 du Code de la propriété intellectuelle.

[160] TGI, Paris, 8 mai 1969, *D.* 1970, somm. 7.

[161] En droit des contrats, la confirmation est « l'acte par lequel une personne renonce unilatéralement à se prévaloir de la nullité relative d'un acte juridique et qui, exprès ou tacite, peut résulter d'une exécution spontanée » (Gerard CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*) . Le 2e alinéa de l'article 1181 précise que « *la confirmation ne peut intervenir qu'après la conclusion du contrat* ». Or, dans l'hypothèse développée, il n'existe pas de contrat entre l'auteur préexistant et celui de l'œuvre dérivée, puisque le second n'a pas demandé l'autorisation du premier avant la création de son œuvre. Donc, on ne peut que parler d'une « confirmation spécifique » ou *sui generis* en cas de renonciation par l'auteur initial de toute poursuite sur le fondement de la contrefaçon.

l'auteur initial recevra une indemnité en contrepartie de l'abandon par lui de toute poursuite pour contrefaçon.

96. Aussi, au-delà de l'obligation de garantie assurée par l'auteur au profit de l'éditeur, l'autre critique qui peut être adressée à la solution de la première Chambre civile porte sur sa contradiction avec l'article L. 335-2 Code de la propriété intellectuelle. Pour rappel, ce texte réprime la contrefaçon en droit de la propriété littéraire et artistique. Selon son premier alinéa, « *toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est une contrefaçon et toute contrefaçon est un délit* ». La lecture attentive de ce texte montre qu'il n'est pas possible de modifier ou de créer une œuvre nouvelle à partir d'une œuvre première sans le consentement de son auteur. La disposition ne fait aucune distinction entre le projet de modification et le moment de la publication ou de la divulgation de l'œuvre composite. En effet, admettre que l'on puisse modifier une œuvre de l'esprit sans aucune autorisation préalable de son auteur, qui est parfaitement identifiable et joignable, reviendrait à vider son droit d'autorisation de sa substance. Ce risque a été perçu très tôt, par exemple en 1868, la Société des gens de lettres a introduit dans ses statuts la modification suivante : « Lorsque le sujet et les détails d'une pièce de théâtre sont empruntés à l'auteur d'un livre ou article de journal ou de revue, il y a contrefaçon toutes les fois que cette reproduction ou imitation n'a pas été autorisée par l'auteur. Cependant les sociétaires renoncent à exercer leur droit de poursuite contre les auteurs de pièces ainsi composées, à la condition qu'ils soient traités en collaborateurs[162]». En d'autres termes, la gravité de l'atteinte au droit est telle que, pour réparer le préjudice, la seule solution était de reconnaitre le statut de collaborateur à l'auteur initial.

97. Dès lors, l'idée selon laquelle la solution de 1981 est un arrêt de principe doit être relativisée. En remettant les choses dans leur contexte, on observe tout d'abord que la solution ressemble plus à un arrêt d'espèce applicable uniquement à des situations similaires. En effet, il est tout à fait logique qu'un projet de modification d'une œuvre première ne requiert pas le consentement de son auteur tant que le projet demeure confidentiel ou qu'il n'a pas vocation à être publié. En revanche, lorsque le

[162] Charles LE SENNE, *Code du théâtre : lois, règlements, jurisprudence, usages*, Tresse Editeur, 1878, p. 182.

projet de modification a vocation dès le départ à être communiqué au public, le consentement de l'auteur de l'œuvre initiale doit être obtenu. Il serait tout à fait inopportun à la fois factuellement et juridiquement de laisser une personne réaliser une œuvre composite toutes les fois où sa publication ou divulgation demeurerait incertaine. C'est pourquoi, « en obligeant le créateur de l'œuvre dérivée à demander une autorisation avant le début de toute création, on est certain qu'il ne créera pas inutilement une œuvre qu'il ne pourrait pas, ensuite, exploiter faute d'obtenir un accord du titulaire des droits sur l'œuvre adaptée[163] ».

98. La logique voudrait donc que l'on s'assure du consentement de l'auteur de l'œuvre première en amont de toute création d'œuvre composite. Sur ce point, mérite d'être rappelée, la vision du Professeur Henri Desbois qui fit une nette distinction entre le droit de reproduction[164] et le droit d'adaptation qui nécessite une autorisation préalable de l'auteur de l'œuvre première.

99. Cela dit, en attendant une solution législative pour clarifier les choses, la jurisprudence semble revenir à une solution respectueuse de la prééminence du droit de l'auteur de l'œuvre première. Ainsi, il a été jugé que le fait d'écrire un scénario présenté comme une suite d'un épisode d'une série télévisée sans l'autorisation du titulaire des droits d'auteur était de nature à caractériser des faits de contrefaçon[165].

100. Par ailleurs, à propos des œuvres tombées dans le domaine public, notamment en ce qui concerne le droit moral de l'auteur, la même solution n'a pas été retenue. Comme en témoigne l'affaire portant sur la suite des Misérables. A cette occasion, il a été jugé qu'un « auteur ne peut, en se fondant sur les attributs du droit moral qui n'est pas un droit absolu, interdire que son œuvre fasse l'objet de toute adaptation et spécialement de toute suite du même genre (…). En revanche, il incombe à l'auteur de la suite d'être fidèle à l'œuvre dont il se réclame, d'en respecter l'esprit, ce qui n'exclut pas pour autant une certaine liberté d'expression et de conception. C'est dans l'exercice

---

[163] Christophe, CARON, « L'adaptation doit être autorisée avant la création de l'œuvre dérivée », *Comm. com. électr.*, 2005, *comm.*°1.

[164] Pour le Professeur Henri DESBOIS, « est originale toute création qui n'est pas la simple reproduction d'une œuvre existante et qui exprime le goût, l'intelligence et le savoir-faire de son auteur, en d'autres termes, sa personnalité dans la composition et l'expression ». V. Henri DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 1978, p.23.

[165]Paris, 12 mai 2004, *Laichouchene c/ Sté Twentieth Century Fox Film Corporation, JCP E*, 2004. 1478, Asim SINGH.

de cette liberté que l'auteur de la suite fera œuvre originale, en se gardant toutefois de dénaturer l'œuvre première[166]». En tout état de cause, le fait de solliciter le consentement du titulaire de l'œuvre première avant toute initiative visant à créer une œuvre dérivée présente un double intérêt : juridique et pratique.

101. L'intérêt est juridique en ce sens que le droit d'autorisation de l'auteur serait préservé. Ensuite, du point de vue pratique, cela épargne à l'auteur de l'œuvre dérivée d'essuyer un éventuel refus, au regard des considérations précédemment développées, de la part de l'auteur de l'œuvre première au moment de la publication de son œuvre. Néanmoins, le fait de garder secret le projet, voire l'achèvement de la création de l'œuvre dérivée, n'est pas dénué de fondement. En effet, cela permet d'éviter que l'auteur initial n'use de son droit pour lui déposséder de son idée ou de son projet et de le confier à un autre.

102. Le cas spécifique des œuvres audiovisuelles. Dans le même ordre d'idées, il est important de mettre l'accent sur la catégorie des œuvres audiovisuelles. En effet, de la volonté du législateur, ces œuvres sont qualifiées d'œuvres de collaboration[167]. Or, les producteurs de telles œuvres bénéficient d'une présomption de cession des droits d'exploitation qui résulte de l'article L. 132-24 du Code la propriété intellectuelle[168]. Dès lors, la question est de savoir qui de l'auteur originel ou du producteur est en droit de donner son consentement à l'élaboration d'une œuvre composite ou dérivée. La première réponse consiste à soutenir que ce droit revient naturellement à l'auteur puisque la présomption de cession dont bénéficie le producteur ne concerne que l'œuvre originelle et non les futures œuvres dérivées. Cependant, sous réserve du respect de l'article L. 132-4 précité, la liberté contractuelle permet au producteur de bénéficier du droit de donner son consentement sur les futures adaptations, suites ou déclinaisons de l'œuvre originelle. Car, en tant que

---

[166] Paris, 19 déc. 2008, n° 07/05821 ; v. Thibault LANCRENON, « *Pauca meae* sur la « suite » des Misérables », *Comm. com. électr.* n° 6, juin 2009, *comm.* 14.

[167] L'article L. 113-7 du Code de la propriété intellectuelle prévoit dans son alinéa 1er qu'ont *« la qualité d'auteur d'une œuvre audiovisuelle la ou les personnes physiques qui réalisent la création intellectuelle de cette œuvre* ».

[168] L'alinéa 1er de l'article L. 132-24 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que « *le contrat qui lie le producteur aux auteurs d'une œuvre audiovisuelle, autres que l'auteur de la composition musicale avec ou sans paroles, emporte, sauf clause contraire et sans préjudice des droits reconnus à l'auteur par les dispositions des articles L. 111-3, L. 121-4, L. 121-5, L. 122-1 à L. 122-7, L. 123-7, L. 131-2 à L. 131-7, L. 132-4 et L. 132-7, cession au profit du producteur des droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle* ».

financier de la première œuvre, « il s'agit même d'une mesure qui paraît relever de la prudence élémentaire[169]».

103. Au regard des développements précédents, il est important de souligner que si le consentement de l'auteur initial est déterminant, celui de l'auteur de l'œuvre dérivée l'est tout autant en termes d'exploitation et d'administration de l'œuvre. En d'autres termes, il s'agit de savoir si l'auteur d'une œuvre dérivée est recevable à intenter une action en contrefaçon contre l'auteur d'une troisième version de la même œuvre ? La réponse à cette question est positive toutes les fois qu'il est prouvé que l'auteur de la troisième version a effectué des emprunts à la deuxième version sans le consentement de son auteur. Il a par exemple été jugé que le fait de reprendre des aspects originaux propres à une œuvre dérivée sans autorisation de son auteur constitue une contrefaçon de droit d'auteur[170]. Cela étant, dans la plupart des cas, le consentement de l'auteur de l'œuvre dérivée reste dépendant de celui de l'auteur de l'œuvre première dans son étendue.

B : LA PLACE DU CONSENTEMENT DE L'AUTEUR DE L'ŒUVRE DERIVEE

104. Comme rappelé précédemment, l'auteur d'une œuvre dérivée tire la légitimité de cette dernière de l'œuvre première. Ainsi, ses droits, ses prérogatives ou, d'une manière générale, l'étendue de son consentement lors de la création, voire dans la phase d'exploitation de l'œuvre, dépendent de la volonté du titulaire de l'œuvre première. En ce sens, il a été jugé que l'auteur d'un roman (œuvre initiale) est en droit d'user du droit qu'il tient des règles de la propriété intellectuelle pour s'opposer « à l'exploitation des œuvres dérivées au-delà du terme qui avait été consenti à leurs auteurs par l'éditeur du roman lors de la cession par celui-ci des droits d'adaptation[171] ». Autrement dit, l'auteur de l'œuvre dérivée ne dispose pas d'une absolue liberté de consentement sur la gestion de la création dérivée. Il doit, ponctuellement, solliciter le consentement de l'auteur initial pour toute réédition ou reproduction de l'œuvre dérivée.

---

[169] Carine BERNAULT, « *Remake, sequel, prequel, spin off* : regard sur le droit d'auteur et les exploitations secondaires des œuvres audiovisuelles », *Comm. com. électr.* 2014, étude 19.
[170] Paris 11 mai 2022, n° 19 /20486, *Ma belle-mère, mon ex et moi* ; *JurisData* n° 2022-012100 ; Dalloz IP/IT, 2022, p. 567 obs. Pauline LEGER.
[171] Civ. 1re, 9 fév. 1994, n° 91-20.525 ; *D.* 1994, 405, note Bernard EDELMAN ; *RIDA* 1994, n° 160, p.216.

105. Un consentement subordonné ? Son consentement est tributaire de celui de l'œuvre première à plusieurs égards : dans sa liberté de création, dans la durée de l'autorisation d'exploitation ou encore en termes de compatibilité de l'œuvre dérivée avec le droit moral de l'auteur de l'œuvre première. A ce titre d'ailleurs, l'article L. 113-4 du Code de la propriété intellectuelle résume parfaitement cette vision quand il précise que « *l'œuvre composite est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante* ».

106. Cette disposition fait état de droits, en apparence concurrents, entre l'auteur de l'œuvre dérivée et l'auteur de l'œuvre initiale sur lesquels la jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer. Ainsi, dans un arrêt de la première Chambre civile du 22 juin 1959, la Cour de cassation a précisé que « l'auteur de l'œuvre préexistante et l'auteur de l'œuvre composite ont sur cette dernière des droits concurrents[172]». Autrement dit, dans le cadre de l'exploitation d'une œuvre dérivée, le consentement que donne son auteur dépend en partie de celui de l'auteur de l'œuvre première. Aussi, tous les aspects techniques relatifs à l'exploitation de l'œuvre dérivée concernent également le titulaire de l'œuvre première. C'est pourquoi d'ailleurs, la jurisprudence a jugé très tôt que « l'auteur d'une œuvre première a droit à une rémunération proportionnelle sur les recettes de l'exploitation de l'œuvre composite[173] ». Une rémunération qui prend fin, évidement, lorsque l'œuvre première n'est plus protégée.

107. L'autre aspect des droits concurrents porte les éléments composant l'œuvre. En effet, si l'auteur initiale dispose d'un droit sur les éléments de sa création contenus dans l'œuvre dérivée, l'auteur de cette dernière dispose également d'un droit exclusif sur ses créations personnelles. Par exemple, dans le cadre de la réalisation d'un téléfilm inspiré d'un roman, le réalisateur n'avait obtenu le droit d'adaptation que sur un seul chapitre. Ayant outrepassé cette limitation, l'auteur de l'œuvre première a été approuvé par les juges pour avoir exigé le retrait des passages non autorisé. Plus loin, les juges affirment clairement que l'auteur de l'œuvre dérivée « ne peut se prévaloir des prérogatives attachées à la création intellectuelle que pour la partie de son téléfilm qui ne constitue pas une contrefaçon de l'œuvre[174] » initiale. En d'autres termes, ses

[172] Civ., 22 juin 1959, *D.* 1960. 129, note Henri DESBOIS.
[173] Paris, 10 mars 1970, *D.* 1971, p. 114, note P. L. ; *RIDA*, juill. 1970, p. 139.
[174] Paris, 12 nov. 1986 ; *JurisData* n°1986-026669 ; *RIDA* janv. 1987, p.247 ; *D.* 1987. somm. 369, obs. Théo HASSLER.

prérogatives se limitent uniquement à ses contributions créatives dans la limite des autorisations obtenues de l'auteur de l'œuvre première. Donc, il y aura contrefaçon en cas de dépassement de l'étendue de l'autorisation qu'il a obtenue.

108. Dans le même sens, il a été jugé que « l'incorporation d'une œuvre de l'esprit dans une œuvre composite ne prive pas l'auteur de l'œuvre préexistante de son droit d'en poursuivre ou d'en reprendre librement l'exploitation[175] ». L'auteur de l'œuvre dérivée dispose certes des droits, mais ces derniers ne priment pas sur ceux de l'auteur de l'œuvre préexistante. Car, en tant que « maître de la destination de sa création, le premier auteur trace souverainement les limites que le deuxième auteur ne doit pas franchir. Si ce dernier est un auteur à part entière, il ne l'est qu'à l'intérieur des limites mêmes qui lui ont été ainsi assignées[176] ».

109. La durée d'exploitation de l'œuvre dérivée. Dans le même ordre d'idées, il ne peut exploiter l'œuvre dérivée au-delà de la limitation de durée fixée par l'auteur de l'œuvre première. Cette durée est généralement fixée de commun accord entre les parties. A défaut, c'est la durée légale du droit d'auteur qui reçoit application. Pour rappel, le droit d'auteur dure durant toute la vie de l'auteur. Après son à son décès, ce droit perdure soixante-dix ans au profit de ses ayants-droits[177]. Au regard de cet encadrement, la durée de l'autorisation se trouve limitée. De ce fait, l'auteur de l'œuvre première peut tout à fait autoriser un droit d'adaptation limité dans le temps.

110. Bien que cette affirmation découle d'une cohérence évidente qui tire elle-même sa légitimité de l'alinéa 1er de l'article L. 111-1 combiné à l'article L. 113-4 du Code de la propriété intellectuelle[178], il a fallu attendre un arrêt de 1994 pour en être certain. A cette occasion, la première Chambre civile a précisé que le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle sur une œuvre est tout à fait autorisé à user de ce droit lorsqu'il s'oppose à l'exploitation des œuvres dérivées au-delà du terme qui avait été consenti

---

[175] Civ. 1re, 10 mars, 1993, n° 91-15.774 ; *D.* 1994, p.90, note Bernard EDELMAN.

[176] Bernard EDELMAN, « L'incorporation d'une œuvre de l'esprit dans une œuvre composite ne prive pas l'auteur de l'œuvre préexistante de son droit d'en poursuivre ou d'en reprendre librement l'exploitation », *D.* 1994. p.90.

[177] Cette durée est fixée par l'article L. 123-1 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que « *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. Au décès de l'auteur, ce droit persiste au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années qui suivent* ».

[178] Selon l'article L. 113-4, « *l'œuvre composite est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante* ».

lors de la cession des droits d'adaptation[179]. Autrement dit, au-delà du terme autorisé dans l'exploitation d'une œuvre dérivée, l'auteur de cette dernière n'est plus en droit d'y exercer des droits d'auteur. Il s'ensuit donc une paralysie de son consentement pour tous les actes relatifs à l'exploitation future de l'œuvre. Néanmoins, son pouvoir de consentir demeure sur d'autres aspects de l'œuvre : il s'agit de tous les actes relatifs à la défense de son droit moral ou encore le droit de s'opposer aux contrefaçons émanant d'un tiers.

111. Pour contourner ce droit que l'on peut qualifier de veto de l'auteur de l'œuvre première, une partie de la doctrine soutient l'idée d'une application analogue au droit d'auteur de ce qui se fait en propriété industrielle. Il s'agit notamment de la licence de dépendance prévue à alinéa deuxième[180] de l'article L. 613-15 du Code de la propriété intellectuelle. En effet, il peut arriver qu'un brevet porte atteinte à un brevet antérieur. Dans ce cas, l'autorisation du titulaire du brevet antérieur est nécessaire pour l'exploitation du brevet postérieur. En cas de refus, selon le texte précité, le tribunal judiciaire peut lui accorder « *une licence d'exploitation du brevet antérieur dans la mesure nécessaire à l'exploitation du brevet (…) pour autant que cette invention constitue à l'égard du brevet antérieur un progrès technique important et présente un intérêt économique considérable* ». L'intervention du juge fait que la licence de dépendance est aussi appelée licence judiciaire.

112. L'application de la même démarche dans les rapports entre l'auteur de l'œuvre première et l'auteur de l'œuvre dérivée soulève l'interrogation suivante : « le refus d'exploitation par un auteur n'est-il pas, en effet, susceptible d'être analysé comme un

---

[179] Civ. 1re, 9 fév. 1994, n° 91-20.525 ; *D.* 1994. 405, note Bernard EDELMAN.

[180] Selon l'article L. 613-15, « *Le titulaire d'un brevet portant atteinte à un brevet antérieur ne peut exploiter son brevet sans l'autorisation du titulaire du brevet antérieur ; ledit titulaire ne peut exploiter le brevet postérieur sans l'autorisation du titulaire du brevet postérieur.*
Lorsque le titulaire d'un brevet ne peut l'exploiter sans porter atteinte à un brevet antérieur dont un tiers est titulaire, le tribunal judiciaire peut lui accorder une licence d'exploitation du brevet antérieur dans la mesure nécessaire à l'exploitation du brevet dont il est titulaire et pour autant que cette invention constitue à l'égard du brevet antérieur un progrès technique important et présente un intérêt économique considérable.
(..) ». En résumé, la licence pour « cause de dépendance est un contrat imposé au titulaire d'un brevet par le tribunal de grande instance afin de dénouer une situation de blocage qui provient de ce qu'un tiers titulaire d'un brevet ou d'un certificat d'obtention végétale ne peut exploiter son droit sans empiéter sur les droits du premier ». v. Michel VIVANT, Jean-Michel BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 4e éd., Dalloz, 2019, n°415.

abus de position dominante[181] » ? La question est légitime, car si le droit de propriété est absolu, c'est sous la réserve que son titulaire n'en abuse pas. Sur la question, l'arrêt « Clément-Bayard[182] » trouve sa place notamment s'il est prouvé que le refus de l'auteur initial a pour but de nuire ou de causer des dommages à l'auteur de l'œuvre dérivée. Cela dit, vue qu'il ne peut justifier un « *progrès technique* » comme en matière de brevet, quel intérêt pourrait justifier l'auteur de l'œuvre dérivée ? En tout état de cause, la potentialité d'augmenter le public et les revenus ne peuvent suffirent. A cela, il faut ajouter le fait qu'il n'existe pas un droit à l'adaptation d'une œuvre.

113. Par ailleurs, au-delà du débat doctrinal autour de la question de la prégnance des droits de l'auteur de l'œuvre première, le consentement de l'auteur de l'œuvre dérivée peut être réactivé à tout moment en vertu du principe de la liberté contractuelle.

114. Cela dit, si l'auteur d'une œuvre dérivée bénéficie d'une liberté de création, dans la limite des droits patrimoniaux et moraux de l'auteur de l'œuvre première, il reste tout de même fortement dépendant de la volonté de l'auteur de l'œuvre première. Dans ses relations contractuelles avec les tiers, il ne peut concéder plus de droits qu'il n'en a reçu de la part de l'auteur de l'œuvre première. C'est en ce sens que le respect du droit d'autorisation du titulaire de l'œuvre première commande que son consentement soit recueilli en vue de toute modification de l'œuvre dérivée[183]. Il s'agit là d'une véritable démonstration de l'omniprésence du consentement de l'auteur de l'œuvre première dans tout le processus d'exploitation et des transformations successives de l'œuvre dérivée. Cette réalité invite à relativiser le caractère « concurrent » des droits de l'auteur préexistant avec ceux de l'auteur second sur l'œuvre dérivée. Au contraire, l'exercice de ces droits s'effectue de manière hiérarchique laissant apparaître une primauté des droits de l'auteur initial sur ceux de l'auteur de l'œuvre dérivée.

115. Par ailleurs, il faut ajouter le fait qu'au-delà des aspects relatifs à l'articulation des droits dans le cadre de l'exploitation de l'œuvre composite, le consentement de l'auteur de l'œuvre dérivée peut se trouver fortement limité par le contenu de l'autorisation consenti par l'auteur de l'œuvre première. Autrement dit, de manière

[181] Michel VIVANT, Jean-Michel BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 4e éd., Dalloz, 2019 n°415.
[182]Cass. req. 3 août 1915, 00-02.378.
[183] Civ. 1er, 22 juin 1959, *D.* 1960. 129, note Henri DESBOIS.

stricte, il est tenu de respecter les autorisations qu'il a reçues. Cela n'est pas sans rappeler le principe de spécification formelle qu'impose l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle qui prévoit dans son alinéa 1er que « *la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée* ». Bien que le texte parle de cession de droits au sens strict, cela peut également s'appliquer dans les rapports qu'entretient l'auteur préexistant et celui de l'œuvre dérivée en ce sens qu'il peut lui délivrer des autorisations et ou des interdictions sur l'utilisation de certains aspects de son œuvre. En ce sens, l'utilisation des aspects non consentis de l'œuvre initiale tombera sous le coup de la contrefaçon de droit d'auteur. La nature de leur relation étant contractuelle, comme telle, ils sont tenus au contenu du contrat conformément aux exigences de l'article 1103 du Code civil qui consacre la force obligatoire du contrat en prévoyant que « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ». Sur le fondement de ce principe, les deux parties sont tenues de respecter le principe d'intangibilité qui caractérise leur accord. Pour rappel, ce principe interdit toute modification unilatérale du contrat[184]. L'auteur de l'œuvre dérivée se voit ainsi interdire de s'écarter du contenu de l'autorisation qu'il a reçue de l'auteur originel. De cette manière, l'esprit qui gouverne la création des œuvres dérivées se trouve préservé sans pour autant que soit remis en cause les droits de l'auteur de l'œuvre première. Dans cette perspective, il est possible d'observer clairement que « la force obligatoire se situe en amont des effets du contrat et explique que ces effets doivent être respectés par les parties[185] ». Ainsi, « l'auteur de l'œuvre dérivée n'a pas (sauf clause différente) de droits sur l'œuvre originelle, dont il pourrait disposer en dehors du strict cadre de ce qui lui a été cédé[186] ». A l'inverse, l'auteur de l'œuvre première, dans le cadre de l'exercice de son droit de retrait ou de repentir[187], est tout à fait en droit de retirer son autorisation à l'auteur de l'œuvre

[184] Dimitri HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, Bruylant, coll. Paradigme, 5e éd., p. 385.
[185] Gaël CHANTEPIE, Mathias LATINA, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2e éd., p. 97.
[186] A propos de l'arrêt Civ., 1re, 14 nov. 1973, n° 71-14.709, *« Le Prince Igor »*, V. Frédéric POLLAUD-DULIAN, « Œuvres composites », *RTD com.* 2012 p.763.
[187] L'exercice de ce droit n'est cependant pas discrétionnaire. L'auteur doit respecter les termes de l'article L. 121-4 CPI, qui prévoit 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*

dérivée. A ce propos d'ailleurs, la même hypothèse se vérifie dans le cadre de l'exercice du droit d'exploitation. Mérite donc d'être rappelé l'arrêt de la première Chambre civile dans lequel la Cour de cassation précise que « l'incorporation d'une œuvre de l'esprit dans une œuvre composite ne prive pas l'auteur de l'œuvre préexistante de son droit d'en poursuivre ou d'en reprendre librement l'exploitation[188] ». Par exemple, l'auteur préexistant d'une chanson qui en autorise une reprise est tout à fait en droit d'exercer l'ensemble de ses droits d'exploitation sur son œuvre. Plus précisément, l'articulation entre les droits montre que « si l'auteur de l'œuvre composite est, lui aussi, un auteur à part entière - sous les réserves de l'étendue des droits qui lui ont été cédés - son œuvre nouvelle est, pour ainsi dire, grevée des droits d'exploitation qui sont légitimement restés au profit du premier auteur. Concrètement, il ne peut s'opposer à ce que celui-ci poursuive ou reprenne l'exploitation de sa création[189] ». Cette possibilité réservée à l'auteur de l'œuvre première fait échec au principe d'irrévocabilité qui est la seconde caractéristique de la force obligatoire des contrats. Cela dit, l'ensemble des gardes fous qui entourent le droit de retrait au sein de l'article L. 121-4 du Code de la propriété intellectuelle[190] en limite la portée et son utilisation.

116. Aussi, si la solution rapportée s'applique sans difficulté lorsqu'on est en présence que d'une seule œuvre dérivée, sa transposition en cas de création d'œuvres composites en chaine avec différents auteurs est moins évidente. Par exemple, l'auteur d'un roman donne son autorisation en vue de la création d'une bande dessinée. Par la suite, une troisième personne obtient uniquement de l'auteur de l'œuvre préexistante le droit de créer une œuvre cinématographique qui s'inspire à la fois du roman et de la bande dessinée. Le deuxième auteur est-il en droit de poursuivre le troisième auteur pour contrefaçon ? La réponse parait évidente. S'il apporte la preuve d'une création

---

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 originairement choisi et aux conditions originairement déterminées ».

[188] Civ. 1re, 10 mars 1993, n° 91-15.774 ; *D.* 1994, p.90, note Bernard EDELMAN.

[189] Bernard EDELMAN, « L'incorporation d'une œuvre de l'esprit dans une œuvre composite ne prive pas l'auteur de l'œuvre préexistante de son droit d'en poursuivre ou d'en reprendre librement l'exploitation », *D.* 1994, p. 90.

[190] Selon l'article L. 121-4 du Code de la propriété intellectuelle, *« 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 originairement choisi et aux conditions originairement déterminées* ».

artistique originale sur la deuxième œuvre composite, il est tout à fait recevable d'agir en contrefaçon de droit d'auteur. Sur ce point, il a été jugé à propos d'une pièce de théâtre que « l'exploitation de la troisième version d'une pièce de théâtre, élaborée avec la collaboration de l'auteur de la pièce d'origine, exige l'accord préalable de l'auteur de la deuxième version dès lors que sont repris des éléments originaux de cette dernière [191]». Autrement dit, si le second auteur n'est pas en mesure de revendiquer des droits pleins et entiers sur l'œuvre dérivée, il dispose cependant des fragments de droits proportionnellement à ses créations personnelles qui imposent que l'on recueille son consentement pour toutes créations ultérieures reprenant les éléments de l'œuvre dérivée.

117. Cela étant, l'espace de liberté en termes de consentement de l'auteur de l'œuvre dérivée est délimitée par l'autorisation consentie par l'auteur de l'œuvre première. Ainsi, dans l'arrêt *Tosca*, la Cour de cassation a jugé que « l'auteur d'une œuvre dramatique qui autorise son adaptation au théâtre lyrique n'avait pas autorisé son adaptation cinématographique qui n'était assimilable ni à une représentation théâtrale, ni à l'édition d'une partition[192]». Cela montre qu'avec une analyse *in concreto*, les solutions que l'on perçoit comme de principe ne peuvent résoudre toutes les particularités qui naissent de l'articulation entre les droits de l'auteur de l'œuvre préexistante et ceux de l'œuvre dérivée.

118. Dans le même ordre d'idées, mérite d'être approuvée, au nom du monopole dont dispose l'auteur originel, l'idée selon laquelle « un tiers qui utilise l'œuvre dérivée en dehors de la finalité ou des limites assignées à celle-ci par l'auteur de l'œuvre première peut être considéré comme contrefacteur de cette dernière[193] ». Aussi, à propos du non-respect par le licencié du contenu de la licence, la Cour de justice de l'Union européenne, rejoignant une jurisprudence dominante, a précisé que « la violation d'une clause d'un contrat de licence d'un programme d'ordinateur portant sur des droits de propriété intellectuelle du titulaire des droits d'auteur de ce programme relève de la notion d'« atteinte aux droits de propriété intellectuelle », au

[191] Paris, 11 mai 2022, n°19/20486 ; *LEPI*, n°8, sept. 2022, p.2, note Alexandre ZOLLINGER ; *JurisData* n° 2022 012100 *Dalloz actualité*, 22 juin 2022, obs. Ymane GLAOUA.
[192] Civ. 1re, 22 juin 1959, *Société G. Ricordi et Cie et autres c/ Consorts Sardou, Mosco et Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques*, *RIDA* oct. 1959, p. 161
[193] Frédéric POLLAUD-DULIAN, « Œuvres composites », *RTD com*. 2012, p.763.

sens de la directive 2004/48, et que, par conséquent, ledit titulaire doit pouvoir bénéficier des garanties prévues par cette directive[194]».

119. Au regard de ce qui précède, il apparaît clairement que la relation entre l'auteur de l'œuvre dérivée et l'auteur de l'œuvre première est spécifique. Cette spécificité peut se justifier de deux manières.

120. D'abord, par le fait que l'auteur de l'œuvre initiale ne consent, dans la plupart des cas, qu'à une utilisation de son œuvre tout en conservant la liberté d'exploiter sa création. Ensuite, par le fait qu'il arrive que cette relation prenne racine sur la base d'un accord dans l'hypothèse où les deux s'entendent avant la création de l'œuvre dérivée sans que l'auteur de l'œuvre initiale n'y participe. Ceci, afin d'éviter que l'œuvre soit qualifiée de collaborative. En ce sens, l'affaire du « Cochon Naf-Naf » qui a opposé le célèbre artistise Jeff Koons à l'auteur de la publicité en est une parfaite illustration.

121. L'œuvre dérivée et l'exception de parodie. En effet, le plasticien et sculpteur avait été poursuivi pour contrefaçon de droit d'auteur pour avoir réalisé une sculpture d'une photographie intitulée « Faits d'hiver », réalisée dans le cadre d'une campagne publicitaire de la marque « Naf-Naf », mettant en scène un cochon qui tente de secourir une femme dans la neige. Répondant favorablement à la demande de l'auteur de la photographie, les juges de fond ont souligné que « le seul fait que la sculpture de Koons constitue incontestablement elle-même une œuvre, que le tribunal a justement qualifiée d'œuvre composite au sens de l'article L. 113-2, alinéa 2 du code de la propriété intellectuelle (…), et qu'elle transmette un message, fût-il très éloigné de la démarche publicitaire dans laquelle s'inscrit la photographie, sans préjudice de l'exception de parodie et du principe de la liberté d'expression artistique (…), ne fait pas disparaître la contrefaçon dès lors que cette œuvre repose, au moins en partie, sur une appropriation non autorisée d'une œuvre première. L'adaptation de la photographie, œuvre préexistante, ne pouvait se faire qu'avec l'accord de son auteur et à défaut de cet accord, la contrefaçon est constituée[195] ». Cette solution met l'accent sur la question de l'accord préalable de l'auteur de l'œuvre première et s'inscrit dans une logique pragmatique, qui vise à prévenir tout risque de contrefaçon de la part de

[194] CJUE, 18 déc. 2019, *aff. C-666/18, IT Development SAS c/ Free Mobile SAS*. V. *Dalloz IP/IT* 2020, 490, note Pauline LÉGER.
[195] Paris, 23 févr. 2021, n° 19/09059, *Jeff Koons et autres c/ F. Davidovici*, *D.* 2021, p. 1442, obs. Jean-Christophe GALLOUX et Pascal KAMINA ; *RTD com.* 2021, p. 818, Frédéric POLLAUD-DULIAN.

l'œuvre dérivée. Par ailleurs, la jurisprudence s'assure également que, sous les dehors de l'exception de parodie ou de la liberté d'expression, l'auteur de l'œuvre dérivée ne cherche, en réalité, qu'à profiter de la notoriété de l'auteur de l'œuvre première. En ce sens, à l'occasion d'une action en contrefaçon concernant les aventures de Tintin, il a été jugé que « l'adjonction à l'œuvre parodiée de traits d'humour secondaires est dénuée d'effet si elle ne modifie pas la nature et/ou signifiance de celle-ci, mais constitue un détournement de notoriété dans un but commercial[196] ».

122. L'argument de la liberté de création. De l'analyse des solutions précitées, on observe que dans la plupart des cas, les auteurs des œuvres dérivées justifient leur refus de solliciter le consentement de l'auteur de l'œuvre première par la liberté de création tout en se revendiquant partisans du mouvement « appropriationniste ». Pour rappel, ce mouvement « revendique le droit d'emprunter des œuvres picturales, photographiques, sans l'autorisation des auteurs, aux fins de confections de nouvelles œuvres[197] ». Si l'argument peut paraître convaincant, il emporte rarement la conviction des juges. Ainsi, par exemple, la Cour d'appel de Paris a jugé que c'était à tort que des intimés invoquent « le courant dit « appropriationniste » pour contester la contrefaçon qui leur est reprochée, l'incorporation dans une œuvre nouvelle d'une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière constitue certes une œuvre nouvelle qui est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, mais sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante[198] ». La solution est tout fait logique, puis qu'admettre le contraire « signifierait supprimer le droit d'autoriser ou d'interdire l'adaptation ou l'insertion dans une œuvre composite[199] ».

123. Comparaison avec la cession. Par ailleurs, même si la qualification de contrat de cession ne correspond pas aux relations qu'entretient l'auteur de l'œuvre initiale avec l'auteur de l'œuvre dérivée, il existe tout de même des points de ressemblances. Ainsi par exemple, l'auteur préexistant doit donner son autorisation pour l'utilisation d'une partie ou de l'ensemble des éléments de son œuvre dans l'œuvre

---

[196] Aix-en-Provence, 24 nov. 2022, n° 22/04302 ; V. Delphine MAHE, « Les aventures de Tintin au pays de la contrefaçon », *Dalloz actualité*, 16 janvier 2023.
[197] Michel VIVANT, Jean-Michel BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 4e éd. 2019, p. 650.
[198] Paris, 30 sept. 2022, n° 20/18194, *Sollier c/ Sifra et Dooble Pics* ; *Prop. Intell.* 2023, n° 86, p. 21, obs. Jean-Michel BRUGUIERE.
[199] Frédéric POLLAUD-DULIAN, « La Joconde Playmobilisée sur le front de la contrefaçon », *RTD com.* 2023, p.113.

dérivée. Le schéma est donc assez proche de ce que dit l'alinéa 1er de l'article L. 131-4 du Code de la propriété intellectuelle qui prévoit que « *la cession par l'auteur de ses droits sur son œuvre peut être totale ou partielle* ». En termes de contrepartie, l'autorisation consentie par l'auteur préexistant peut être subordonnée au paiement de droits comme le permet *in fine* la disposition précitée qui impose que la cession comporte « *au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation* ». Néanmoins, la portée de cette disposition est à relativiser, car, rien n'interdit à l'auteur préexistant de consentir des autorisations à titre gratuit à l'image de ce que prévoit l'article L. 122-7 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose dans son 1er alinéa que « *le droit de représentation et le droit de reproduction sont cessibles à titre gratuit ou à titre onéreux* ». Sur ce fondement, il a été jugé que si une cession peut être gratuite, « l'auteur reste ainsi libre, si du moins, il a une claire conscience de ce qu'il cède à titre gratuit, de renoncer à percevoir des droits patrimoniaux sur l'exploitation de son œuvre[200] ».

124. Comparaison avec la licence. Le deuxième modèle contractuel auquel on peut rapprocher les relations entre l'auteur de l'œuvre initiale et l'auteur de l'œuvre dérivée est le contrat de licence. Etant donné que la licence permet au titulaire d'un droit de propreté intellectuelle, de concéder « à une personne, physique ou morale, appelée licencié, le droit d'utiliser un objet protégé par un droit de propriété intellectuelle pendant un certain temps et de façons exclusive (licence exclusive) ou non (licence simple)[201]». La définition, tirée des articles L. 513-2 et L. 513-3 du Code de la propriété intellectuelle, correspond à la réalité des rapports qu'entretient l'auteur de l'œuvre préexistante avec celui de l'œuvre dérivée. Le premier, pouvant à tout moment reprendre le contrôle de l'ensemble de ses droits sur son œuvre comme l'a jugé la Cour de cassation dans l'affaire des *Guides touristiques*[202]. Enfin, dans une certaine mesure, on peut envisager la qualification de contrat de société. Selon l'article 1832 du Code civil, « la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en

[200] Paris, 25 nov. 2005 ; *JurisData* n° 2005-292625 ; *Comm. com. électr.*, n° 3, mars 2006, comm. 40, Chistophe CARON.
[201] Patrick TAFFOREAU, *Petit lexique Droit de la propriété intellectuelle*, Gualino, 2016-2017, p.14.
[202] V. Civ. 1re, 10 mars 1993, n° 91-15.774 ; V. Bernard Edelman, « L'incorporation d'une œuvre de l'esprit dans une œuvre composite ne prive pas l'auteur de l'œuvre préexistante de son droit d'en poursuivre ou d'en reprendre librement l'exploitation », *D.* 1994, p. 90.

résulter[203] ». Dans cette perspective, l'apport de l'auteur de l'œuvre préexistante est nécessaire. Cet apport consiste dans l'autorisation qu'il donne en vue de l'utilisation de certains éléments de son œuvre dans le cadre de la création de l'œuvre dérivée. Il s'agit donc d'un apport portant sur des droits qui n'implique pas concrètement une intervention personnelle de sa part. Tandis que, l'apport de l'auteur de l'œuvre dérivée nécessite une implication personnelle en ce sens que son œuvre contient ses créations personnelles auxquelles il incorpore les éléments empruntés à l'œuvre première. On peut en déduire que c'est la coexistence de ces deux caractéristiques qui donne naissance à l'œuvre dérivée, dont la gestion peut ressembler à celle d'une société. Cela étant, la qualification de société ne peut prospérer eu égard à la prééminence du consentement de l'auteur de l'œuvre initiale et surtout sur le fait qu'il ne participe pas aux pertes conformément au dernier alinéa de l'article 1832 du Code civil qui énonce que « *les associés s'engagent à contribuer aux pertes* ».

125. Les développements précédents montrent que le consentement de l'auteur de l'œuvre préexistante et celui de l'auteur de l'œuvre dérivée ne se concurrencent pas. Ils obéissent à une logique hiérarchique qui fait primer le consentement de l'auteur initial sur celui de l'auteur de l'œuvre dérivée. Ceci dit, cette hiérarchisation permet de dessiner un schéma parfaitement linéaire et lisible sur les imbrications des deux consentements. A ce propos, on observe les mêmes difficultés sur la place du consentement dans le cadre de la création d'une œuvre de l'esprit à plusieurs ou encore sous l'initiative et la direction d'une seule personne.

Section 2 : Le consentement du co-auteur dans le cadre de l'œuvre de collaboration

126. La place du consentement de l'auteur dans le cadre d'une création artistique à plusieurs n'est pas aisée à délimiter. L'analyse de l'incidence du consentement de l'auteur au sein de l'œuvre collective (§1) et de l'œuvre de collaboration (§2) permettra de mieux cerner les paramètres.

[203] Selon la jurisprudence, « la constitution d'apports forme l'une des conditions essentielles du contrat de société ». v. Req. 15 déc. 1920 ; *S.* 1922. 1. 17, note BOURCART.

§1 : Le consentement de l'auteur dans le cadre d'une œuvre collective

127. Définition. L'œuvre collective est une œuvre créée à l'initiative et sous la direction d'une personne physique ou morale dans laquelle se fondent les contributions des participants « de telle manière qu'il sera impossible d'attribuer des droits distincts aux participants[204]». Cette définition découle de l'article L. 113-2 alinéa 3 du Code de la propriété intellectuelle qui précise qu'est « *dite collective l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé* ».

128. Il s'agit là d'une définition légale qui ne permet pas d'entrevoir avec clarté l'expression des volontés des différents participants dans le cadre de son élaboration et de son exploitation. Toutefois, on observe une prééminence du consentement de l'initiateur (A) de l'œuvre par rapport à celui participants, qui doit donc être relativisé (B).

A : LE CONSENTEMENT DE L'INITIATEUR DE L'ŒUVRE COLLECTIVE

129. Lorsqu'on évoque pour la première fois une œuvre collective, la première idée qui vient à l'esprit est que c'est une œuvre dont l'idée, la conception et l'organisation se font sous la direction d'une seule personne qui n'est pas auteur. Cette dernière peut être une personne morale ou une personne physique.

130. Le droit d'auteur est en principe reconnu à l'auteur qui conçoit l'œuvre. Il lui appartient de donner son consentement sur l'utilisation ou son exploitation. C'est de cette réalité que découle le caractère personnel du droit d'auteur. Il y a des exceptions où ce droit est transféré à une autre personne que l'auteur lui-même. C'est le cas dans l'œuvre collective. L'œuvre collective est à ce titre « une véritable exception au principe selon lequel le droit d'auteur appartient à l'auteur lui-même[205] », c'est-à-dire à celui qui crée intellectuellement et matériellement l'œuvre.

---

[204] Carine BERNAULT, Jean-Pierre CLAVIER, *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd., ellipses, 2015, p.351.
[205] P. TAFFOREAU, *Droit de la propriété intellectuelle*, Gualino, 2004, p. 80.

131. Le consentement de l'instigateur. La caractéristique fondamentale de l'œuvre collective tient au fait que le pouvoir de consentir ou non à l'exploitation revient à une seule personne. De la manière dont se sont fondues l'ensemble des contributions au sein de l'œuvre collective, on peut considérer que l'on est en présence d'une fusion des consentements de l'ensemble des contributeurs pour en créer un : celui de l'instigateur.

132. L'instigateur ou l'initiateur se trouve donc pleinement investi des droits d'auteur comme le précise l'alinéa 1er de l'article L. 113-5 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que « *l'œuvre collective est, sauf preuve contraire, la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée* » avant de préciser dans un second alinéa que « *cette personne est investie des droits de l'auteur* ».

133. Ainsi, la titularité des droits revient au maître d'œuvre. Il ne tire pas la légitimité de cette titularité du fait qu'il a participé forcément à un moment donné à la réalisation de l'œuvre collective. Mieux, parfois, il n'a même pas besoin que l'œuvre soit éditée, publiée ou divulguée sous son nom. Il lui suffit de l'exploiter comme un possesseur. Par exemple, la jurisprudence s'est prononcée dans une affaire où était en cause la recevabilité d'une action en contrefaçon initiée par une personne morale à propos de photographies qu'elle exploitait librement sans aucune forme de contestation pendant une période donnée. La Cour de cassation précise que « l'absence de toute revendication de la part de la ou des personnes physiques ayant réalisé les clichés, ces actes de possession étaient de nature à faire présumer, à l'égard des tiers contrefacteurs, que ladite personne morale était titulaire sur ces œuvres, quelle que fût leur qualification, du droit de propriété incorporelle de l'auteur[206] ».

134. Ainsi, l'aptitude à donner son consentement sur l'exploitation de l'oeuvre collective n'est pas forcément subordonnée à une création artistique de la part de l'initiateur. Car, permettre aux contributeurs d'avoir la possibilité de donner leur

[206] Civ. 1re, 24 mars 1993, n° 91-16.543. V. le commentaire de A. Françon, « Personne morale. Titularité du droit d'auteur », *RTD com.,* 1995, p. 418 ; Voir dans le même sens Civ. 1er, 8 décembre 1993, n° 91-20.170 où il a été jugé qu'une Cour d'appel « qui a retenu qu'une affiche a été éditée à l'initiative d'une société qui l'avait conçue et réalisée en réunissant diverses contributions en un tout, sur l'ensemble duquel les différents auteurs ne pouvaient revendiquer un droit indivis, a pu en déduire qu'elle constituait une œuvre collective ».

consentement dans la gestion de l'œuvre collective reviendrait à conférer à celle-ci les attributs qui sont propres à l'œuvre de collaboration.

135. Aussi, la définition même de l'œuvre collective n'admet pas la possibilité d'une copropriété. Car, à l'inverse de cette dernière, dans l'hypothèse où les contributions sont inidentifiables et inexploitables séparément, les participants ne sont guère investis d'une quelconque quote-part sur l'œuvre. L'ensemble des droits se trouvent transférés entre les mains de l'instigateur.

136. Rapport entre l'initiateur et contributeurs. Le seul consentement qui leur est reconnu intervient uniquement en amont de l'élaboration de l'œuvre collective, car en tant que maître d'œuvre, l'instigateur entretient avec le contributeur une relation similaire au contrat d'entreprise. En effet, il peut passer avec les contributeurs un contrat de commande. Il s'agit concrètement d'un contrat de louage d'ouvrage passé entre le commanditaire, en l'occurrence l'instigateur, et les contributeurs en vue de la création de l'œuvre[207]. Cependant, le contrat de commande seul ne suffit pas à investir le commanditaire du pouvoir d'exiger son consentement en vue de l'exploitation de l'œuvre. A ce titre, l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle prévoit explicitement que les droits d'auteur attachés à l'œuvre issue du contrat de commande appartiennent aux contributeurs[208]. Autrement dit, le contrat de commande d'œuvre n'emporte pas cession tacite de droit d'auteur[209]. De même, lorsqu'il s'agit d'un contrat

---

[207] Carine BERNAULT, Jean-Pierre CLAVIER, *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd., ellipses, 2015, p.351.

[208] Selon l'alinéa 3 de l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle, « *L'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte pas dérogation à la jouissance du droit reconnu par le premier alinéa, sous réserve des exceptions prévues par le présent code. Sous les mêmes réserves, il n'est pas non plus dérogé à la jouissance de ce même droit lorsque l'auteur de l'œuvre de l'esprit est un agent de l'Etat, d'une collectivité territoriale, d'un établissement public à caractère administratif, d'une autorité administrative indépendante dotée de la personnalité morale, de la Banque de France, de l'Institut de France, de l'Académie française, de l'Académie des inscriptions et belles-lettres, de l'Académie des sciences, de l'Académie des beaux-arts ou de l'Académie des sciences morales et politique* ».

[209] A ce titre, il a été jugé que *« l'existence d'un contrat de travail conclu par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte aucune dérogation à la jouissance de ses droits de propriété incorporelle, dont la transmission est subordonnée à la condition 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* ». V. Civ. 1re, 16 déc. 1992, n° 91-11.480 (*RIDA* 2/1993, p. 193, note P. Sirinelli) dans lequel il a été jugé que « l'existence d'un contrat de travail conclu par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte aucune dérogation à la jouissance de ses droits de propriété incorporelle dont la transmission à son employeur est subordonnée à la

de travail, « pour que l'employeur puisse devenir cessionnaire des droits et avoir la possibilité d'exploiter l'œuvre créée par son salarié, pourtant payé par un salaire pour son travail », il doit conclure une convention expresse[210]. C'est cette logique qui se dégage de la ligne jurisprudentielle sur la question. Cette ligne, en protégeant de manière extensive et rigoureuse le droit d'autorisation du salarié, impose dans ce contexte le respect du formalisme exigé par l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle[211]. Cela dit, il faudra aussi, s'assurer de ne pas entrer en contravention avec l'interdiction de la cession globale des œuvres futures.

137. Cependant, pour obtenir la plénitude du droit d'auteur sur l'œuvre collective, rien ne s'oppose à ce que les parties, en vertu du principe de la liberté contractuelle, concluent un contrat de cession des droits au profit de l'initiateur.

B : LE CONSENTEMENT DES CONTRIBUTEURS DE L'ŒUVRE COLLECTIVE

138. Les contributeurs dans l'œuvre collective, comme précisé précédemment, sont liés avec l'initiateur par un contrat de travail ou un contrat d'entreprise. Ainsi, la place de leur consentement se limite à la phase des négociations précontractuelles.

139. Cela dit, les contributeurs, avec le temps et dans certaines situations, peuvent avoir un droit de regard sur l'exploitation de leur contribution individuelle. L'hypothèse concerne, par exemple le cas d'un contributeur qui déciderait de publier ses contributions personnelles sous son nom. Doit-il obtenir le consentement de l'initiateur de l'œuvre collective dans laquelle est incorporée sa contribution ?

---

condition 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 ».
La même approche est adoptée en cas de reproduction de l'œuvre réalisée par le salarié. V. Soc., 11 mai 2016, n° 14-26.507 (*Légipresse,* 2016. 327) qui précise que « l 'auteur ne transmet pas à son employeur, du seul fait de la première publication, le droit de reproduction de son œuvre ». Ces solutions démontrent que, si le consentement des contributeurs est intervenu en aval de toute création de l'œuvre collective, ce même consentement doit conférer à l'instigateur le droit d'user seul de son consentement dans le cadre de l'exploitation de l'œuvre de l'esprit.

[210] Christophe CARON, « Des nouvelles, toujours orthodoxes, de la création salariée », *Comm. com. électr.* n° 7-8, juil. 2016, *som. 59.*

[211] Selon le 1er alinéa de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle, *« la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée* ».

140. Une autre hypothèse inverse concerne, la possibilité pour l'initiateur de publier une œuvre collective sous une autre forme que la forme initiale. Doit-il obtenir de nouveau le consentement de l'ensemble des contributeurs ? Cette dernière hypothèse pose clairement la question de la durée de l'autorisation accordée à l'initiateur de l'œuvre collective. Cette durée est-elle une durée indéterminée ou durée assortie d'une condition ? Même si la majorité de la doctrine s'accorde sur le fait que qu'il n'est pas nécessaire d'obtenir le consentement des contributeurs pour que l'œuvre soit exploitée dans son entièreté, l'étude de la configuration et le rôle de la jurisprudence permettra de mieux comprendre le mécanisme.

141. L'exploitation individuelle des contributions. Concernant la possibilité pour les contributeurs de s'approprier leur contribution individuelle, l'article L. 121-8 du Code de la propriété intellectuelle donne un début de réponse. En effet, cette disposition applicable aux journalistes et collaborateurs des entreprises de presse, permet aux auteurs d'articles de presse de rassembler leur contribution et de les publier séparément. Son alinéa 1er est à ce propos catégorique : « *L'auteur seul a le droit de réunir ses articles et ses discours en recueil et de les publier ou d'en autoriser la publication sous cette forme* ».

142. L'utilisation de ses contributions ne requiert pas le consentement de l'entreprise de presse comme le précise le second alinéa de l'article précédemment cité[212]. Ainsi, dans le même ordre d'idées, la jurisprudence a eu l'occasion de réaffirmer le caractère personnel de ce droit d'auteur. En effet dans un arrêt du 27 mai 1992, la Cour d'appel de Paris a précisé que la reproduction sans le consentement de l'auteur et en dehors de toute rémunération des articles d'un journaliste est une atteinte à son droit d'auteur[213]. On observe une superposition des droits : celui de l'initiateur de l'œuvre collective et celui des contributeurs, ce qui permet de faire la distinction entre le droit d'auteur et le droit d'exploitation. Car, c'est sur le droit d'auteur que les

[212] Selon le deuxième alinéa de l'article L 121-8 du CPI, « *pour toutes les œuvres publiées dans un titre de presse au sens de l'article L. 132-35, l'auteur conserve, sauf stipulation contraire, le droit de faire reproduire et d'exploiter ses œuvres sous quelque forme que ce soit, sous réserve des droits cédés dans les conditions prévues à la section 6 du chapitre II du titre III du livre Ier* ».

[213] Paris, 27 mai 1992, n° 90/19.500 et *JurisData* n°1992-021311. Dans cette espèce, en application des alinéa 3 et 4 de l'article 36 de la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, les juges ont clairement précisé que « l'auteur d'une œuvre publiée dans une périodique conserve, sauf stipulation contraire, le droit de l'exploiter à nouveau ainsi que le droit d'autoriser la réunion de ses articles dans un recueil ».

contributeurs de presse, en l'occurrence les journalistes, se fondent pour exercer leur droit d'exploitation sans concurrencer pour autant les droits de l'entreprise de presse comme l'exige le dernier alinéa de l'article L. 121-8 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que « *l'exercice par l'auteur de son droit suppose que cette reproduction ou cette exploitation ne soit pas de nature à faire concurrence* » à l'entreprise de presse. A ce propos, la jurisprudence abonde dans le même sens. Dans arrêt de la première chambre civile du 9 novembre 1983, la Cour de cassation a précisé que l'exercice par l'auteur de son droit de recueillir ses publications dans un recueil n'est limité que dans le cas où il est de nature à concurrencer le journal ou l'entreprise de presse[214]. Cela étant, la même solution précise en outre que le droit d'exploitation reconnu au journal n'est pas un droit éphémère. Par exemple, à propos de l'utilisation par un journal des photographies d'un ex-salarié, il a été jugé que le droit de reproduire et d'exploiter les photographies n'est pas « limité à une première publication, ni qu'il prenne fin avec les relations contractuelles[215] ».

143. Une prééminence du consentement des contributeurs de presse. Au regard de ces développements, les œuvres collectives réalisées dans le cadre d'une entreprise de presse laissent apparaître une articulation entre le consentement des journalistes et celui du journal uniquement dans le cadre du droit d'exploitation. Par ailleurs, on observe aussi une prééminence du consentement des contributeurs sur celui de l'initiateur de manière générale. En effet, le contributeur a le droit, comme expliqué précédemment, de faire un recueil de ses articles et de les publier sans demander au préalable le consentement de l'initiateur de l'œuvre collective. Alors qu'au contraire, ce dernier ne peut en aucun cas reproduire ou republier sous une autre forme sans obtenir au préalable le consentement des contributeurs. Sur ce point également, la jurisprudence a eu l'occasion de préciser que toute nouvelle exploitation, sous une quelconque forme, par « la société éditrice du journal est soumise » à l'obtention du consentement de l'auteur[216]. La même logique s'applique en cas de

[214] Civ. 1re, 9 nov. 1983, n° 82-10.005. En outre, dans ce même arrêt, la Cour de cassation en profite pour préciser que les droits reconnus à l'entreprise de presse ne sont pas éphémères en ce sens qu'ils ne sont pas liés à la matière traitée. Concrètement, par exemple, la fin du contrat de travail d'un salarié auteur d'une œuvre de l'esprit n'est pas de nature à mettre fin au droit de l'entreprise de presse qui l'emploie.
[215] Cass. 1re civ., 20 déc. 1982, n° 81-15.862 ; *JCP G* 1983, *II*, 20102, note Françon.
[216] CA Lyon, 1re ch., 9 déc. 1999, n°99/05631. V. également Cass. 1re civ., 3 juill. 2013, n° 12-21.481. Dans ce dernier arrêt, il a été jugé qu'encourt la cassation l'arrêt d'appel qui estime que la société éditrice d'un journal « investie à titre originaire des droits de l'auteur, est en droit de diffuser l'ensemble de ce journal

modification du contenu conformément à l'article L. 121-1 alinéa 1er du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que « *l'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre* ».

144. Par ailleurs, il est important de préciser que la généralisation de l'article L. 121-8 du Code de la propriété intellectuelle, initialement applicable aux entreprises de presse, sur l'ensemble des œuvres à caractère collectif est admise par la doctrine dans sa majorité[217]. Cette vision mérite approbation en ce sens qu'elle est dictée par un réalisme qui ne contredit pas les textes en vigueur.

145. Consentement et liberté contractuelle. Par ailleurs, dans le même ordre d'idées, la prééminence du consentement de l'auteur engendre une autre conséquence : celle de la non-prohibition dans le cadre d'une convention spécifique de la cession par l'auteur de manière générale à l'éditeur de presse de son droit d'exploiter ses contributions sous différents supports ou encore de renoncer au droit, pour l'avenir, de regrouper ses œuvres sous forme de recueil[218]. Cette possibilité, illustre une nouvelle fois le fait que, si le droit de la propriété littéraire et artistique est un droit spécial, il reste cependant largement tributaire du droit commun des contrats, en l'occurrence la liberté dans l'expression du consentement dans le cadre des relations contractuelles.

146. Cela étant, la principale difficulté réside dans le contrôle du respect du droit moral des contributeurs. En effet, se pose la question de savoir si l'initiateur est tenu d'obtenir le consentement des contributeurs dans le cadre d'une harmonisation des contributions qui risquerait de porter atteinte à leur droit moral.

---

sur n'importe quel support, y compris numérique, sans avoir à demander l'autorisation du journaliste, celle-ci n'étant requise que pour une exploitation de ses écrits pris individuellement ».
Toujours dans le même sens, à propos de la traduction d'articles de presse anglais en français publiés dans une revue, il a été jugé que, nonobstant le caractère collectif de l'œuvre, la traductrice conserve sur chacune de ses traductions prise isolément le droit de les reproduire et de les exploiter de sorte qu'elle demeure « recevable à agir sur le fondement du droit d'auteur pour la protection de ses droits exploités hors le cadre initial de l'œuvre collective ». V. TGI Paris, 3e ch., 2e sec., 16 septembre 2016, n°14/03877.

[217] Marie-Eugénie LAPORTE-LEGEAIS, « L'objet des droits d'auteur et titularité », *Fasc.* 710, *Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique*, 2009.

[218] Cass. 1re civ., 6 nov. 1979, n° 77-16.001 *Cabut c/ Société Dargaud Editeurs*. *RIDA* 3/1980, p. 167. Dans cet arrêt, la Cour de cassation précise que, bien qu'aucun texte ne l'autorise, il n'est cependant pas interdit à un auteur de céder son droit de réunir ses contributions sous forme de recueil.

147. La place du droit moral. La réponse est moins évidente qu'elle n'y parait, car, certains auteurs estiment de manière catégorique que « lorsque l'auteur d'une contribution se heurte à une atteinte du fait du titulaire des droits sur l'œuvre collective, son droit moral est limité : il doit accepter les modifications ou altérations justifiées par la fusion des différentes contributions dans l'ensemble, fusion qui suppose leur harmonisation[219] ».

148. Les tenants de ce courant s'appuient sur une décision de la 1re chambre civile de la Cour de cassation du 15 avril 1986 qui, dans un attendu de principe, précise que « dans les limites imposées par la fusion de la sienne avec celle des autres, l'auteur d'une contribution à une œuvre collective jouit du droit moral défini par ce texte ; qu'il est donc fondé, notamment pour rétablir la vérité, à faire publiquement état de son rôle de créateur, la personne sous le nom de laquelle l'œuvre collective est divulguée étant seulement investie des droits de l'auteur en sa qualité de propriétaire[220] ». Pourtant, la lecture attentive de cette solution donne plutôt la part belle au droit pour le contributeur d'exercer pleinement son consentement dans le cadre du respect de son droit moral. Il ne peut en être autrement quand on sait l'importance qu'attache le législateur au respect du droit moral[221].

149. Aussi, la solution rapportée fait une subtile distinction, qui conserve tout de même son importance, entre la nature du « droit d'auteur » dont est investi le titulaire de l'œuvre collective et le droit d'auteur des contributeurs. Ainsi, si ces derniers conservent le droit d'exiger leur consentement dans le cadre du respect de leur droit moral, droit d'auteur qui devient d'ailleurs plein et entier toutes les fois qu'ils publient un recueil compilant leurs différentes contributions, le droit d'auteur reconnu au titulaire de l'œuvre collective est essentiellement d'ordre patrimonial. Même si, la jurisprudence lui reconnait un droit d'auteur plein et entier[222].

---

[219] *Ibid.*

[220] Cass. 1re civ., 8 déc. 1993, n° 84-12.008; *RIDA* oct. 1986, p. 143.

[221] L'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle met l'accent sur le caractère perpétuel, inaliénable et imprescriptible du droit au respect du nom de l'auteur et de la qualité de son œuvre.

[222] Civ. 1re, 17 Mars 1982, n° 80-14.838. *D.* 1982, p. 71 note Greffe ; *RTD com.* 1982, p. 428, obs. André Françon. Dans cet arrêt, la Cour de cassation précise qu'« une personne-morale ne peut être investie à titre originaire des droits de l'auteur que dans le cas où une œuvre collective, créée à son initiative, est divulguée sous son nom, ces droits lui étant alors reconnus sans qu'elle ait à prouver sa qualité de cessionnaire des droits afférents aux différentes contributions ayant permis la réalisation de l'œuvre ».

150. La distinction entre ces deux droits au contenu différent peut aussi être utilisée comme critère de distinction entre l'œuvre collective et les œuvres de collaboration. L'œuvre de collaboration a pour particularité de faire coexister plusieurs droits d'auteur sans aucune fusion possible des consentements des contributeurs.

§ 2 : Le consentement de l'auteur dans le cadre d'une œuvre de collaboration

151. Comme l'indique son appellation, l'œuvre de collaboration est une œuvre qui résulte de la collaboration de plusieurs personnes physiques. Cette précision découle, à l'instar de l'œuvre de collective, de l'article L. 113-2 du Code de la propriété intellectuelle[223].

152. Une collaboration horizontale. De cette définition, on observe une distinction fondamentale avec l'œuvre collective qui se situe sur un critère précis : l'absence de toute personne physique ou morale sous la direction de laquelle l'œuvre est initiée et construite. Autrement dit, l'organisation qui sied à la création d'une œuvre de collaboration est de type horizontal et non vertical.

153. Ainsi, la nature même de l'œuvre de collaboration permet l'exercice de droits concurrents des collaborateurs sous la condition d'une « participation concertée et une communauté d'inspiration[224] ». Autrement dit, chaque coauteur ne doit pas avoir travaillé de manière indépendante. Cette règle a été rappelée récemment à propos d'une œuvre audiovisuelle pour la réalisation de laquelle le réalisateur de la bande son demandait à être reconnu comme coauteur sur la base de la présomption de titularité de l'article L. 113-7 du Code de la propriété intellectuelle. En effet, il avait été sollicité pour réaliser la bande son bien après la réalisation de l'œuvre non sonorisée. Ayant constaté que l'œuvre avait été divulguée avec une autre sonorisation que la sienne, il a agi en contrefaçon de droit d'auteur. Validant la solution des juges de fond qui avaient rejeté la demande, la Cour de cassation a précisé qu'il «ne démontrait ni même

---

Dans un autre, la Cour de cassation se montre plus précise et indique clairement que « la personne physique ou morale à l'initiative d'une œuvre collective est investie des droits de l'auteur sur cette œuvre et, notamment, des prérogatives du droit moral ». Civ. 1re, 22 mars 2012, n° 11-10.132. v. sur cet arrêt, Aenaud LATIL, « Droits moraux et œuvres collectives : une clarification opportune », *D.* 2012, p. 1246.

[223] Selon l'article L. 113-2 al. 1er du Code de la propriété intellectuelle, « *est dite de collaboration l'œuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques* ». Cette attribution confère à ces personnes la qualité d'auteur.

[224] Civ., 1re, 21 mars 2018, n° 17-14.728; *Bull.* 2018, I, n° 57; D., 2018 p.670.

n'alléguait avoir pris part à la conception de cette œuvre non sonorisée, qu'il justifiait d'un travail indépendant effectué sur la base de la version définitive du film préalablement réalisé et que la bande son qu'il avait créée avait été incorporée à l'œuvre préexistante, objet de la commande, sans la collaboration de son auteur[225] ». Le principal enseignement de cette solution est qu'il faut une communauté d'inspiration et de concertation pour que l'œuvre soit qualifiée de collaborative. Subsidiairement, on observe que le travail de l'auteur de la bande son peut être qualifié d'œuvre dérivée en ce sens qu'elle a été réalisée, comme l'ont souligné les juges, sur la base « de la version définitive du film préalablement réalisé ». Cela a pour conséquence l'impossibilité pour lui de divulguer la bande son sans le consentement de l'auteur de l'œuvre non sonorisée.

154. Cela dit, pour mieux évaluer la place du consentement au sein de l'œuvre de collaboration, l'attention sera portée non pas sur l'étude de la nature de l'œuvre en tant que telle, mais plus plutôt sur les conséquences de cette nature sur la titularité des droits. La nature de l'œuvre de collaboration fait naître une règle spécifique dans le cadre de sa gestion. Cette règle est celle de l'unanimité (A) qui ne remet toutefois pas en cause les situations dans lesquelles les auteurs recouvrent le droit d'exiger ou de défendre leur consentement de manière individuelle (B).

A : LA REGLE DE L'UNANIMITE DANS LE CADRE DE L'ŒUVRE DE DE COLLABORATION

155. Le mécanisme de la copropriété. La règle de l'unanimité dans le cadre de la gestion de l'œuvre de collaboration découle de l'article L. 113-3 du Code de la propriété intellectuelle. Les deux premiers alinéas de cette disposition laissent apparaître un mécanisme comparable à celui de la copropriété tout en préconisant la cogestion dans l'exploitation de l'œuvre de collaboration[226]. De manière générale, la notion de copropriété qui inspire cette définition est perçue comme une « modalité du droit de propriété découlant de la pluralité des titulaires du droit sur la chose, d'où il résulte que le droit de propriété de chacun est ramené à une quote-part dont le copropriétaire peut librement disposer, tandis que la gestion du bien indivis lui-même

[225] Civ., 1re, 29 mars 2023, n° 22-13.809 ; *Légipresse*, 2023 p.204 ; *Dalloz actualité*, 7 avril 2023, obs. Stéphanie LE CAM.
[226] Selon les deux premiers alinéas de l'article L. 113-3, « *l'œuvre de collaboration est la propriété commune des coauteurs* (…)».

est soumise à l'accord de tous[227], parce que le droit s'applique, matériellement, à la totalité du bien[228] ». Le principe qui veut que l'indivision qui résulte de la copropriété interdit aux copropriétaires de prendre tout acte de nature à porter atteinte au bien a été transposé par la jurisprudence en droit d'auteur. Ainsi, à l'occasion d'un litige portant sur une œuvre de collaboration, une Cour d'appel avait approuvé que l'un des auteurs republie l'œuvre amputée de la participation de son coauteur. Pour censurer cette solution la Cour de cassation a précisé que « l'œuvre de collaboration est la propriété commune des coauteurs, indépendamment de l'importance ou du mérite de leurs apports respectifs ». En conséquence, la qualité de coauteur reconnue à l'un des participants « l'autorisait à faire valoir ses droits sur l'ouvrage qualifié d'œuvre de collaboration[229] ». L'article L. 113-3 du Code de la propriété intellectuelle est l'une des bases légales de cette solution jurisprudentielle qui institue un régime d'indivision dans lequel les indivisaires ne sont autres que les collaborateurs. Concrètement, le consentement de tous les auteurs est nécessaire dans le cadre de l'exercice du droit d'autorisation, de retrait, de repentir ou encore de manière générale en cas de cession des droits patrimoniaux.

156. Les conséquences de cette règle ont une incidence notable sur la protection du consentement de chacun des auteurs d'une part et d'autre part sur la protection de l'œuvre collaborative vis-à-vis des tiers.

157. L'importance de la règle de l'unanimité entre les collaborateurs dans le cadre de la gestion de l'œuvre trouve une illustration parfaite dans la nature de la sanction applicable en cas de violation de la règle par l'un des indivisaires. Pour rappel, en droit commun des biens, les actes de disposition, par « opposition aux actes d'administration et conservatoire, sont des opérations graves qui entament ou engagent un patrimoine pour le présent ou l'avenir, dans ses capitaux ou en sa substance[230] ». Ainsi, de tels actes doivent recueillir le consentement de l'ensemble des indivisaires conformément à l'alinéa 3 de l'article 815-3 du Code civil qui dispose que

---

[227] Il est important de préciser qu'en matière d'indivision, l'unanimité n'est requise en principe que pour les actes de disposition. Selon le troisième alinéa de l'article 815-3 du Code civil, *« le consentement de tous les indivisaires est requis pour effectuer tout acte qui ne ressortit pas à l'exploitation normale des biens indivis et pour effectuer tout acte de disposition* ».

[228] Thierry DEBARD, Serge GUINCHARD, *Lexique des termes juridiques 2020-2021*, 28e éd. Dalloz, 2020, p. 299.

[229] Civ. 1re, 2 avr. 1996, n° n° 94-14.203 ; *JurisData* n° 1996-001340 ; *D.* 1996, p. 122.

[230] Gerard Cornu, *Vocabulaire juridique*, éd. 14, PUF, 2022.

« *le consentement de tous les indivisaires est requis pour effectuer tout acte qui ne ressortit pas à l'exploitation normale des biens indivis et pour effectuer tout acte de disposition autres que ceux* » relatifs à la vente « *meubles indivis pour payer les dettes et charges de l'indivision* » (3°). En droit d'auteur, bien que l'article L. 113-3 du Code de la propriété intellectuelle ne le mentionne pas expressément, le fait pour un coauteur de consentir des actes d'exploitation sur l'œuvre collaborative en faisant fi du consentement des coauteurs est sanctionnée par la contrefaçon.

158. Sanction de la règle de l'unanimité. L'idée de sanctionner par la contrefaçon toute violation de la règle de l'unanimité par l'un des coauteurs, approuvée par la doctrine, trouve depuis longtemps un écho très favorable auprès de la jurisprudence. Ainsi, à propos d'un ouvrage comprenant des interviews qualifiés d'œuvre de collaboration, il a été jugé que la réédition sans « le consentement d'un coauteur constitue une contrefaçon quand bien même le coauteur avait renoncé à percevoir des droits d'auteur et à voir figurer la mention de son nom lors de la première parution[231] ». Dans une autre solution plus explicite rendue à propos d'un litige opposant des coauteurs d'un logiciel, la première chambre civile de la Cour de cassation a précisé, au visa des articles L. 113-3 et L. 335-3 du Code de la propriété intellectuelle que « l'exploitation d'un logiciel par un de ses coauteurs sans le consentement de l'autre porte nécessairement atteinte aux droits de celui-ci et constitue une contrefaçon[232] ». Sur ce point, l'œuvre de collaboration est distinct de l'indivision classique où l'acte est inopposable aux tiers et peut être valable pour la cession de la quote-part.

159. L'œuvre collaborative et les tiers. La règle ainsi expliquée trouve son application dans une situation inverse qui met au prise les auteurs et les tiers qui

[231] Paris 14 nov. 1991 n° 89.1377, 89.14176; *JurisData* n° 1991-024177. Selon les termes employés par les juges, la solution ainsi retenue tient au fait qu'en « matière de droits d'auteur, la renonciation à un droit patrimonial ou à l'exercice d'une prérogative du droit moral doit être strictement interprétée ». Autrement dit, le coauteur qui prend l'initiative d'exercer des actes d'exploitation de l'œuvre de collaboration doit justifier d'un pouvoir spécifique qu'il tient de ses coauteurs. A défaut de rapporter la preuve d'un tel pouvoir, les actes qu'il accomplit sont réputés effectués en fraude des droits des coauteurs. C'est en ce sens qu'à propos d'une œuvre cinématographique, les juges ont eu l'occasion de préciser qu'est « faite en fraude des droits des coauteurs la cession exclusive des droits d'exploitation vidéographique d'un film dès lors que le cédant n'est pas titulaire de l'intégralité des droits d'auteur sur le film ni mandaté par l'intégralité des propriétaires de l'œuvre ». v. Paris 7 juin 1994, n° 93/018155 ; 94/021662 et *JurisData* n° 1995-023726.

[232] Civ., 1re, 15 juin 2016, n° 14-29.741 et 15-15.137 ; *JurisData* n° 2016-011882 ; RTD com., 2016, p.749, note Frédéric POLLAUD-DULIAN.

exploitent de manière frauduleuse l'œuvre de collaboration. Face aux atteintes exogènes, le coauteur qui prend l'initiative de faire cesser les agissements illicites des tiers semble ne pas être tenu d'obtenir le consentement des autres auteurs. Cependant, il est obligé, selon les termes employés par la jurisprudence, « de mettre en cause » les autres coauteurs[233]. Autrement dit, sur le plan procédural, il se doit de citer les autres coauteurs dans la procédure en contrefaçon. Ce mécanisme ressemble fortement au régime juridique applicable aux actes conservatoires[234] en droit commun des biens. C'est l'article 815-2 alinéa 1er du Code civil qui pose le principe en précisant que « *tout indivisaire peut prendre les mesures nécessaires à la conservation des biens indivis même si elles ne présentent pas un caractère d'urgence* ». La jurisprudence a précisé le contenu de cette disposition en soulignant que « les mesures nécessaires à la conservation de la chose indivise s'entendent des actes matériels ou juridiques ayant pour objet de soustraire le bien indivis à un péril imminent sans compromettre sérieusement le droit des indivisaires[235] ». En droit d'auteur, la jurisprudence n'exige pas un pouvoir accru de la part d'un coauteur pour agir en justice afin de faire cesser toute atteinte par les tiers à l'œuvre de collaboration. De sa seule initiative, il peut intenter une action, à condition « de mettre en cause les autres auteurs[236] ». Cette exigence n'emporte pas l'adhésion d'une partie de la doctrine qui souligne à juste titre que la règle « alourdit les procédures et rend donc plus difficile la lutte contre la contrefaçon dès lors que l'irrecevabilité de l'action (en l'absence de mise en cause) risque d'être assez facilement plaidée par les tiers contrefacteurs[237] ». Cependant, on ne peut s'aligner sur la pensée qui veut que « la règle jurisprudentielle ne soit pas conforme au droit commun[238] » à propos des actes conservatoires. Car, d'une part, le

---

[233] Civ., 1re, 4 oct. 1988, n° 86-19.272; *JurisData* n° 1988-001694; *D.* 1989. 482, note Pierre-Yves GAUTIER. Dans cette solution, la Cour de cassation précise clairement que « le coauteur d'une œuvre de collaboration qui prend l'initiative d'agir en justice pour la défense de ses droits patrimoniaux est tenu, a peine d'irrecevabilité de sa demande, de mettre en cause les autres auteurs de cette œuvre ».

[234] L'acte conservatoire est un « acte juridique ayant pour seul objet de sauvegarder un droit (ex. : interruption d'une prescription) ou d'éviter la perte d'un bien (ex. réparation d'un bâtiment dégradé). C'est acte nécessaire et urgent, qui nécessite moins de pouvoir qu'un acte d'administration ou qu'un acte de disposition ». V. Thierry DEBARD, Serge GUINCHARD, *Lexique des termes juridiques*, 29e éd., Dalloz, 2021-2022.

[235] Civ. 3e, 25 janv. 1983, n° 80-15.132, *RTD civ*. 1984, p. 133, obs. Jean PATARIN.

[236] Civ., 1re 4 oct. 1988, n° 86-19.272 ; *JurisData* n° 1988-001694 ; *D.* 1989. 482, note Pierre-Yves GAUTIER.

[237] Michel VIVANT, Jean-Michel BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 4e éd., Dalloz, 2019, p. 408.

[238] *Ibid.*

fait de mettre en cause les coauteurs n'empêche pas l'action judiciaire d'aboutir et d'autre part, cela permet à ces derniers d'être informés sur le sort de l'œuvre.

160. De la sorte, la règle de l'unanimité des consentements dans le cadre de l'exploitation de l'œuvre de collaboration se trouve doublée d'une règle d'indivisibilité sur le plan procédural. Autrement dit, tout juge saisi d'une action fondée sur une œuvre de collaboration doit vérifier que tous les coauteurs sont cités. Il importe peu qu'ils répondent ou non. A défaut, il est tenu de prononcer une fin de non-recevoir. Cette fin de non-recevoir est d'ailleurs revêtue d'un caractère d'ordre public. A ce titre, à propos de la recevabilité d'un appel interjeté par une société de production qui n'a pas pris le soin de mettre en cause les coauteurs, il a ainsi été jugé par la première chambre civile de la Cour de cassation qu'encourt la cassation l'arrêt d'appel qui ne relève pas d'office l'irrecevabilité de l'appel formé par la société productrice sans que soient intimés les coauteurs des œuvres musicales litigieuses[239].

161. Cependant, il est à noter que cet arrêt a été rendu non pas dans le cadre d'une procédure relative à une action en contrefaçon de droit d'auteur, mais dans le cadre d'un litige portant sur un contrat de production. La solution est intéressante en ce sens qu'elle rend indivisible les contrats qui lient les coauteurs au producteur.

162. Une telle exigence jurisprudentielle peut donner lieu à des interrogations. Car, on pouvait tout à fait penser à une autre solution beaucoup plus adaptée à la situation. Etant donné que le succès de toute action en contrefaçon dirigée contre les tiers en vue de la protection de l'œuvre ne peut être que bénéfique pour l'ensemble des coauteurs. Dès lors, il aurait été logique de déduire une présomption de mandat ou d'autorisation au profit du coauteur qui prend l'initiative de déclencher les poursuites. En effet, le fait de conditionner la recevabilité de son action envers les tiers par la mise en cause de

[239] Civ., 1re, 8 fév. 2017, n°15-26.133 ; *JurisData* n° 2017-001934. L'attendu adopté dans cette solution par la Cour de cassation souligne le caractère d'ordre public de cette règle. Ainsi, au visa des articles 125 al. 1er et 553 du Code de procédure civile ainsi que de l'article L. 113-3 du Code de la propriété intellectuelle, il est précisé que « les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou de l'absence d'ouverture d'une voie de recours ; qu'en vertu du deuxième, en cas d'indivisibilité à l'égard de plusieurs parties, l'appel formé contre l'une n'est recevable que si toutes sont appelées à l'instance ; que, selon le troisième, l'œuvre de collaboration est la propriété commune des coauteurs, qui doivent exercer leurs droits d'un commun accord ». v. Tanja PETELIN, « Indivisibilité entre les coauteurs dans l'action en résiliation des contrats d'exploitation des œuvres de collaboration », *Dalloz IP/IT*, 2017, n° 222. V. également : Corrine BLERY, « Quand Gainsbourg est prétexte à « faire » de la procédure civile », *Dalloz Actualité*, 21 févr. 2017.

son coauteur est moins protecteur de leurs consentements à tous, notamment à deux égards : d'abord, la solution ne prend pas en compte l'exigence de célérité qui sied dans les procédures en contrefaçon et à ce titre elle permet la création d'une situation dilatoire qui peut avoir pour conséquence la destruction des éléments de preuves récoltés en vue du succès de la procédure en contrefaçon ; ensuite, la solution ne répond pas à la question de savoir si le coauteur tenu de mettre en cause les autres est obligé ou non d'obtenir leur adhésion à la procédure. Sur cette question, on ne peut que se rallier à l'opinion doctrinale qui refuse que l'on déduise « de cette mise en cause, qui est une intervention forcée, que les coauteurs sont d'accord pour exercer l'action[240] ». C'est donc naturellement que se pose la question de savoir en quoi une intervention forcée des coauteurs est protectrice de leur consentement, étant donné qu'on risque d'assister plutôt à une atteinte à leurs consentements toutes les fois où ils ne marqueront pas leur adhésion à la procédure déclenchée.

163. S'agissant de l'absence de clarté sur le fait de savoir si les coauteurs « mis en cause » sont obligés ou non de consentir à la procédure, certains auteurs préconisent que la difficulté soit résolue lors des débats au fond[241]. En ce moment-là, le juge saisi de la question pourra se fonder sur l'article L. 113-3 du Code de la propriété intellectuelle qui rappelle qu'en cas de désaccord entre les coauteurs, « *il appartient à la juridiction civile de statuer* ». Cette disposition permettrait ainsi au juge d'adapter la solution eu égard à la situation en cause. Ainsi, si les coauteurs « mis en cause » refusent par exemple la résiliation du contrat qui les lie au producteur, le juge peut accéder à cette demande ou encore prononcer uniquement la résiliation avec l'auteur à l'origine des poursuites. Cependant, faute de consécration jurisprudentielle, cette hypothèse est à relativiser. La première chambre civile de la Cour de cassation, se fondant sur le principe d'indivisibilité des contrats, a refusé qu'une Cour d'appel donne droit à la résiliation partielle d'un contrat portant sur une œuvre de collaboration en ce sens que les coauteurs « mis en cause » n'ont pas consenti à la résiliation[242].

---

[240] Maïté Guillemain, « Œuvre de collaboration et procédure civile », *RLDI*, 2017, n°141.

[241] *Ibid.*

[242] Civ., 1re 14 oct. 2015, n° 14-19.214 ; *Dalloz*, 2015, p.2126; *Dalloz IP/IT*, 2016, n° 36, note Jeanne DALEAU. Dans cet arrêt, au visa de l'article L. 113-3 du Code de la propriété intellectuelle, la Cour de cassation commence d'abord par souligner que « l'œuvre de collaboration est la propriété commune des coauteurs qui doivent exercer leurs droits d'un commun accord, sauf à saisir la juridiction de leur différend » avant de décider que doit être cassé l'arrêt d'appel qui retient que l'opposition à la demande

164. Ainsi, l'argument qui consiste à dire que le consentement des coauteurs est protégé à travers cette solution paraît peu convaincant face aux nombreuses insuffisances qu'elle présente.

165. Il ressort de cette analyse que la possibilité offerte à l'un des auteurs de déclencher des poursuites contre les agissements des tiers en vue de protéger le consentement des coauteurs est à relativiser. Dans la pratique, comme il vient d'être démontré, sa seule volonté n'emporte pas le consentement des autres à la procédure. La règle ainsi posée pouvait avoir un intérêt si l'obligation de mettre en cause les autres coauteurs présentait simplement un caractère informatif. Comme c'est le cas d'ailleurs en matière d'indivision où, pour les actes relatifs à l'administrations du bien, il suffit du consentement de des « *indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis* » conformément à l'article 815-3 du Code civil. Le deuxième alinéa de la même disposition prévoit que « *ils sont tenus d'en informer les autres indivisaires. A défaut, les décisions prises sont inopposables à ces derniers* ».

166. Le cas de l'oeuvre de collaboration contrefaisante. Par ailleurs, il peut arriver que l'œuvre de collaboration soit considérée comme contrefaisante. Dans une telle situation, se pose la question de savoir si le demandeur est tenu de mettre en cause l'ensemble des coauteurs pour que soit jugée recevable son action.

167. L'analyse de la jurisprudence sur la question laisse apparaître une solution qui fait l'application du principe d'indivisibilité. Autrement dit, pour les juges, « la recevabilité de l'action en contrefaçon dirigée à l'encontre d'une œuvre de collaboration, laquelle est la propriété commune des coauteurs, est subordonnée à la mise en cause de l'ensemble de ceux-ci, dès lors que leur contribution ne peut être séparée, quelle que soit la nature des droits d'auteur invoqués par le demandeur à l'action[243] ».

168. La réponse ainsi formulée est de nature à poser des difficultés pratiques pour le demandeur victime de la contrefaçon. Car, « comment parvenir à connaître les adresses de tous les auteurs concernés, et, si l'un ou l'autre d'entre eux est décédé,

---

de résiliation formulée par un des auteurs d'une œuvre de collaboration ne fait pas obstacle au prononcé de la résiliation à l'égard de ce dernier.

[243] Civ., 1re, 30 sept. 2015, n° 14-11.944 ; *JurisData* n° 2015-021647 ; *Légipresse*, 2015, p.584 ; Jeanne DALEAU, « Portée du lien entre les coauteurs d'une œuvre de collaboration », *Dalloz IP/IT*, 2016 p.36.

comment identifier ses ayants droit et connaître leurs coordonnées ?[244] ». Malgré le fait que les sociétés de gestion collectives tiennent des catalogues des œuvres pour pallier cette difficulté, la tâche n'en demeure pas moins fastidieuse. De son côté, la jurisprudence ne répond pas concrètement à cette difficulté. Cette absence de clarté permet d'observer que la protection excessive du consentement des auteurs de l'œuvre de collaboration à travers la règle de l'unanimité contribue à la violation du droit des tiers victimes.

169. Cependant, il existe des situations dans lesquelles, malgré l'indivisibilité qui caractérise l'exercice des droits dans le cadre d'une œuvre de collaboration, les coauteurs sont autorisés à agir de manière individuelle pour défendre leur consentement.

B : LES EXCEPTIONS A LA REGLE DE L'UNANIMITE DANS LE CADRE DE L'ŒUVRE DE COLLABORATION

170. La gestion, de manière individuelle, de l'œuvre de collaboration par les coauteurs concerne principalement deux situations bien précises : la première concerne la défense du droit moral tandis que la seconde porte sur l'exploitation des contributions individuelles.

171. La gestion individuelle du droit moral. D'abord, la possibilité donnée aux coauteurs de défendre de manière individuelle leur droit moral sur l'œuvre de collaboration est logique car il serait difficile juridiquement de priver les coauteurs de cette possibilité alors même que les contributeurs, dans le cadre d'une œuvre collective, en bénéficient.

172. C'est sans doute pour cette raison que la doctrine, à l'instar de la jurisprudence, admet que la défense du droit moral de l'auteur puisse relever exclusivement et de manière individuelle du consentement de l'auteur et cela que l'œuvre soit individuelle, collective ou de collaboration. La position ainsi adoptée trouve son fondement juridique au sein de l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle et

[244] Anne BOISSARD, Côme CHAZAL, « Pratique contentieuse. Mise en cause des coauteurs de l'œuvre de collaboration. Nouvelles jurisprudences et aspects pratiques », *Comm. com. électr.,* n° 10, oct. 2018, comm. n° 16.

particulièrement en son troisième alinéa qui met l'accent sur le caractère inaliénable du droit moral[245].

173. La jurisprudence, à maintes reprises, n'a eu de cesse d'appliquer cette disposition à tout auteur d'une œuvre de collaboration qui défend son droit moral dans le cadre d'une procédure sans obtenir le consentement de ses coauteurs. Ainsi, il a été jugé par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence que le droit moral de l'auteur d'une œuvre de l'esprit étant inaliénable, l'obligation pour l'un « des auteurs de mettre en cause les autres ne concerne que la défense des droits patrimoniaux, et n'existe pas pour le droit moral[246] ». Cette solution est logique et en conformité avec l'esprit et la lettre de l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle. Par exemple, le nom et la qualité d'auteur étant personnels, on voit mal comment, pour les défendre, l'auteur serait tenu d'obtenir le consentement de ses coauteurs. Dans le même ordre d'idées, la Cour de cassation a qualifié d'indivision le nom d'un groupe de musique dont les membres étaient scindés en deux formations[247]. Cette qualification implique l'application des règles de l'indivision, c'est-à-dire le consentement de tous les indivisaires pour toutes les actions concernant la défense du respect du nom du groupe. Toutefois, en cas de litige entre les membres, seul le consentement des membres qui assure réellement la direction du groupe compte. En ce sens, il a été rappelé que « la dénomination collective de l'ensemble d'un groupe de musiciens est la propriété indivise des membres du groupe. En cas de séparation, à défaut d'accord entre les coindivisaires sur l'usage du pseudonyme indivis, il convient de rechercher laquelle des formations assure la permanence du projet artistique servant de support au pseudonyme collectif[248] ».

174. Limites de la gestion individuelle du droit moral. Dans le même sens, malgré la logique qui se dégage de la solution excluant la règle de l'unanimité dans la défense du droit moral des auteurs pris individuellement, un arrêt de la 1re chambre civile de la Cour de cassation est venu brouiller les paramètres en rajoutant une

[245] Selon l'alinéa 3 de l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle, le droit moral de l'auteur (droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre) « *est perpétuel, inaliénable et imprescriptible* ».
[246] Aix-en-Provence, 2e ch., 4 sept. 2008, n° 06/12061 et *JurisData* n° 2008-003942. Pour la Cour, le fait de publier sur un site internet l'ouvrage « Kama Sutra Plaisirs et Positions Amoureuses » sans l'autorisation de l'un des auteurs ni mention de son identité constitue une violation de son droit moral.
[247] Civ. 1re, 11 juin 2009, n° 08-12.063 ; *Dalloz actualité*, 24 juin 2009, note Sébastien de LA TOUANNE.
[248] Paris, 19 janv. 2021, n° 18/07991 ; JurisData n° 2021-006548.

condition dont la satisfaction peut se révéler difficile, voire impossible. En effet, il a été jugé que « si le coauteur d'une œuvre de collaboration peut agir seul pour la défense de son droit moral, c'est à la condition que sa contribution puisse être individualisée ; dans le cas contraire, il doit, à peine d'irrecevabilité, mettre en cause les autres auteurs de l'œuvre ou de la partie de l'œuvre à laquelle il a contribué[249] ».

175. La position jurisprudentielle ainsi rappelée pose comme condition la preuve selon laquelle la contribution de l'auteur qui agit en défense de son droit moral puisse être individualisée. A ce propos, dans le cadre de la définition de l'œuvre de collaboration, les auteurs s'accordent pour soutenir que « la qualification d'œuvre de collaboration n'impose pas que les contributions de chaque auteur forment un tout où il n'est plus possible d'identifier la prestation de chacun[250] ». Dès lors, la mise en œuvre de la nouvelle règle paraît simple. C'est notamment le cas lorsqu'on est en présence d'une chanson pour la création de laquelle il peut être facile d'identifier l'auteur de la musique et celui des paroles. Dans cette hypothèse, le compositeur de la musique peut facilement rapporter la preuve du caractère individuel de sa contribution et de voir jugée recevable son action fondée sur l'atteinte à son droit d'auteur. L'intérêt pour lui, dans une telle situation est de se passer de la mise en cause de ses coauteurs afin de recueillir leur consentement à la procédure.

176. Cela dit, en poussant un peu plus loin la réflexion, on peut se rendre compte rapidement que, contrairement à l'œuvre collective, la différenciation des contributions au sein d'une œuvre de collaboration n'est pas aussi facile qu'il n'y paraît. De l'avis général, la création de l'œuvre de collaboration est le fruit d'une « inspiration commune des auteurs pour la création d'une œuvre commune[251] ». Concrètement, la difficulté de l'application de ce nouveau critère peut se rencontrer dans le cadre d'une œuvre littéraire dans laquelle il existe une homogénéité rendant impossible toute possibilité de différenciation des contributions individuelles. Ainsi, l'application de manière *stricto sensu* de la nouvelle règle oblige tout auteur qui verra son droit d'autorisation violé ou encore l'absence de toute mention relative à son identité dans le cadre de l'exploitation de l'œuvre de collaboration, à recueillir le consentement de

[249] Civ., 1re, 21 mars 2018, n° 17-14.728, *JurisData* n° 2018-004135 ; *Légipresse,* 2018 p.187 ; V. spéc. Frédéric POLLAUD-DULIAN, « Indivisibilité de chansons et courtes citations : écrire la biographie d'un auteur sans citer son œuvre ? », *RTD com*. 2020, p. 89.
[250] Nicolas BINCTIN, « *Droit de la propriété intellectuelle* », 6e éd., LGDJ, 2020, p. 117.
[251] Nicolas BINCTIN, « *Droit de la propriété intellectuelle* », 6e éd., LGDJ, 2020, p. 117.

ses coauteurs pour que soit jugée recevable toute action fondée sur l'atteinte à son droit moral. A partir de cet exemple, on observe une forme d'atteinte au caractère individuel du droit moral et de manière indirecte à la limitation de la liberté dont dispose l'auteur sur son consentement. Car, de l'indivisibilité qui sied à l'exploitation patrimoniale de l'œuvre de collaboration, on assite à l'avènement d'une indivisibilité dans la défense du droit moral.

177. En résumé, on vient de démontrer que la liberté des auteurs de l'œuvre de collaboration pour défendre leur droit moral n'est que théorique, étant donné que la tendance jurisprudentielle actuelle invite à plus de prudence dans l'analyse de la notion de gestion individuelle du droit moral. La prudence doit également être de mise à propos de l'exploitation par chacun des coauteurs des contributions individuelles. Ceci, à raison de la nature ambiguë de l'expression consacrée par l'article L. 113-3 du Code de la propriété intellectuelle qui consacre la possibilité pour chaque auteur d'exploiter, sous forme de recueil par exemple, ses contributions personnelles. En effet, le dernier alinéa de l'article précité prévoit que « *lorsque la participation de chacun des coauteurs relève de genres différents, chacun peut, sauf convention contraire, exploiter séparément sa contribution personnelle, sans toutefois porter préjudice à l'exploitation de l'œuvre commune* ». L'analyse ainsi que la compréhension de la formule utilisée aurait été simple n'eut été la présence de la notion de « *genres différents* » qui n'est pas définie et dont il est difficile de cerner les différents contours.

Conclusion du chapitre 1

178. En conclusion de ce chapitre, il ressort que l'aptitude de l'auteur à exprimer son consentement dans le cadre des règles du droit de la priorité littéraire et artistique dépend des paramètres qui tournent essentiellement autour de l'originalité. De ce fait, la situation de l'auteur est singulière avant que le juge ne se prononce sur la question à l'occasion d'un litige. Avant que l'originalité de l'œuvre ne soit confirmée, il reste dans une zone d'incertitude juridique dont il ne sent les effets qu'à l'occasion d'un litige. Ainsi, le caractère subjectif de la notion d'originalité fait que la qualité d'auteur est une donnée aléatoire. En faisant un parallèle avec le droit consumériste, on remarque par

exemple que les notions de consommateur, de professionnel et de non-professionnel[252] ne sont pas subjective et de ce fait, elles ne rendent pas aléatoire la situation du consommateur. Par ailleurs, l'exercice du consentement peut se révéler difficile lorsque l'œuvre n'est pas une émanation individuelle, mais le fait de plusieurs personnes (œuvres de collaboration, œuvre collective, dans une certaine mesure l'œuvre composite). Pour la gestion et l'exploitation de ces œuvres, si la règle de l'unanimité est parfois de mise, il arrive tout de même parfois que le consentement soit individualisé pour chacun des participants. C'est notamment le cas lorsque le droit moral est en cause.

[252] Article préliminaire du Code de la consommation : « *Pour l'application du présent code, on entend par :*
1° 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 ;
2° Non-professionnel : toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles ;
3° Professionnel : toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel ;
4° Producteur : le fabricant d'un bien, l'importateur d'un bien dans l'Union européenne ou toute autre personne qui se présente comme producteur en apposant sur le bien son nom, sa marque ou un autre signe distinctif ».

Chapitre 2 : Le consentement de l'auteur comme condition de validité des contrats d'exploitation

179. De manière générale, la conclusion d'un contrat est précédée d'une phase de négociation encadrée par la loi. L'intégrité du consentement des parties est une condition *sine qua non* à la réussite de cette phase. En effet, le droit commun fait dépendre l'effectivité de tout contrat à la validité du consentement des parties. Ainsi, après l'énumération par l'article 1128 du Code civil des conditions nécessaires à la validité du contrat, l'article suivant, en l'occurrence l'article 1129 du Code civil, précise que « *conformément à l'article 414-1*[253]*, il faut être sain d'esprit pour consentir valablement à un contrat* ». En d'autres termes, l'insanité d'esprit empêche la conclusion du contrat en ce sens qu'elle entache sa validité.

180. Cela dit, cette affirmation, aussi péremptoire qu'elle puisse paraître, est à relativiser car il existe des situations où des personnes considérées comme incapables, en ce sens qu'elles ne jouissent pas pleinement des droits et devoirs qui leur sont reconnus, peuvent conclure des contrats. Le consentement de ces personnes est encadré par des mesures juridiques prévues par le législateur sous le contrôle du juge. Ces mesures de protection, nombreuses et variées, s'adaptent autant que faire se peut à chaque type d'incapacité. A l'instar de toutes les disciplines spécialisées, le droit de la propriété littéraire et artistique essaye de se conformer aux mécanismes qui découlent de ces mesures de protection dans la conclusion des contrats de droit d'auteur. Dans un premier temps, afin de mieux comprendre la manière par laquelle ces mesures sont reçues en droit d'auteur, il conviendra d'analyser les droits de l'auteur dans le cadre des incapacités (section 1). Ensuite, dans un second temps, l'analyse portera sur l'intégrité du consentement de l'auteur en dehors de toute situation d'incapacité juridique (section 2).

Section 1 : L'auteur et l'aptitude au consentement

181. La création du régime juridique de l'incapable répond à une volonté de préserver l'intérêt des personnes présentant une vulnérabilité, mais aussi d'éviter

[253] Selon l'article 414-1 du Code civil, « *pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit. C'est à ceux qui agissent en nullité pour cette cause de prouver l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte* ».

qu'elles soient coupées du monde réel. A ce titre, les incapacités renvoient avant tout à une question principale : celle de l'aptitude d'une personne reconnue titulaire de droits et d'obligations à les exercer. En droit d'auteur, la notion de titularité se confond souvent avec celle de la qualité d'auteur (**§1**) d'où la nécessité d'opérer une distinction avant d'aborder le consentement de l'auteur incapable du fait de sa minorité (**§2**) et le consentement de l'auteur majeur protégé (**§3**).

§1 : La titularité et le consentement en droit d'auteur

182. La titularité des droits est souvent confondue avec la qualité d'auteur en ce sens que les deux qualités se retrouvent habituellement sur la tête de la même personne. Cette réalité traduit une réalité : celle qui qui veut que le créateur soit en même temps le titulaire des droits. En suivant cette logique, la qualité d'auteur ne peut pas être considérée comme une donnée entièrement disponible que les parties peuvent s'attribuer arbitrairement[254] en ce sens qu'elle « est indissolublement attachée à la personne du créateur[255] ». Cette remarque découle de l'esprit de l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que « *l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous* ». Cette disposition, à l'instar des articles L. 113-2 et L. 121-2 du Code de la propriété intellectuelle, a été qualifiée par la Cour de cassation « d'impérative », ce qui implique que « la volonté contractuelle est impuissante à [la] modifier[256] ».

183. Qualité d'auteur et titularité des droits. Cela dit, la réalité impose que l'on accepte de faire la distinction entre qualité d'auteur et titularité des droits. Le créateur peut, dans le cadre de l'exploitation de son œuvre, céder tout ou une partie de ses droits patrimoniaux. Dans cette hypothèse, bien que le cessionnaire ne puisse pas

---

[254] A ce propos, il a été jugé que « la détermination de la qualité d'auteur d'une œuvre protégée relève exclusivement de la loi et non des règles posées par les sociétés d'auteurs en vue de la fixation du montant des redevances ». V. Civ., 1re, 29 mars 1989, n° 87-14.895 ; *RIDA,* oct. 1989, p. 262 ; Dans le même sens, il a été rappelé que «la détermination de la qualité d'auteur d'une œuvre protégée relève exclusivement de la loi, de sorte que (…) la seule la seule déclaration faite auprès de la SCAM en vue de la fixation du montant des redevances n'avait pu investir [le déclarant] de cette qualité et que la protection de ses droits était subordonnée à la reconnaissance de l'originalité du document litigieux ».V. Civ., 1re ,15 octobre 2014, n° 10-12.065, *La liste Golda* ; *RTD com*., 2014, p. 804, Frédéric POLLAUD-DULIAN.

[255] Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2014, n°329.

[256] Civ. 1re, 6 mai 2003, n° 01-02.237 ; *Comm. com. électr*. 2003, comm. 56, note Christophe CARON.

revendiquer la qualité d'auteur, il est tout de même investi de certains droits patrimoniaux dans la limite de ce qui est prévu dans le contrat de cession.

184. De ce fait, la titularité des droits patrimoniaux doit être considérée comme une donnée détachable de la personne de l'auteur[257]. Cela se vérifie particulièrement après le décès de l'auteur. Alors que la qualité d'auteur est intransmissible, la titularité demeure quant à elle transmissible. En ce sens, les héritiers d'un auteur n'acquièrent pas la qualité d'auteur, mais ils deviennent titulaires des droits patrimoniaux et les gestionnaires du droit moral de l'auteur. En ce sens, l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que « *l'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre. Ce droit est attaché à sa personne. Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible. Il est transmissible à cause de mort aux héritiers de l'auteur. L'exercice peut être conféré à un tiers en vertu de dispositions testamentaires* ». L'article L. 123-1 du même code s'inscrit dans la même logique en précisant que « *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. Au décès de l'auteur, ce droit persiste au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années qui suivent* ». Quant à la jurisprudence, elle est encore plus explicite sur le principe de la transmissibilité des droits d'auteurs aux héritiers. Par exemple, il a été jugé par la Cour d'appel de Versailles que « le caractère perpétuel de ce droit, qui est transmissible à cause de mort, ne peut être précisément sauvegardé que par le jeu, sans limitation de temps, de la dévolution successorale qui lui procure, de génération en génération, des dépositaires (…) héritiers *ab intestat* ou légataires universels, qui continuent la personne de l'auteur et recueillent l'héritage incluant ce droit sous réserve de l'utilisation éventuelle, par l'un de ces dépositaires, de la possibilité légale d'en conférer à un tiers le simple exercice par des dispositions testamentaires spéciales[258] ». On observe que les ayants droit peuvent ne pas être les héritiers en ligne directe. Il est constamment jugé que « le légataire universel a vocation à recevoir l'universalité héréditaire, et, en particulier, à devenir titulaire, même en présence d'héritiers réservataires, du droit moral de l'auteur[259] ». En tout état de cause, l'exemple des ayants droit illustre parfaitement la distinction entre titularité des droits et la notion de qualité d'auteur. Si les deux qualités peuvent se trouver sur la

[257] Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2014, n°329.
[258] Versailles 3 oct. 1990 ; *D.* 1990, p.253 ;
[259] Civ. 1re, 17 déc. 1996, n°94-18985 ;

tête du créateur de l'œuvre, les ayants droit ne peuvent revendiquer qu'une qualité : celle de la titularité.

185. Titularité et droit moral de l'auteur. À la mort de l'auteur, si le sort des droits patrimoniaux ne pose pas trop de difficultés, l'exercice du droit moral soulève souvent des questions. En effet, ce droit, discrétionnaire du vivant de l'auteur, cesse de l'être à sa mort en ce sens que les héritiers peuvent désormais être amenés à se justifier sur les décisions le concernant. En effet, les droits moraux deviennent ainsi des « droits-fonction ». C'est-à-dire des droits qui « sont donnés à une personne pour être exercés dans l'intérêt d'autres personnes ou dans un intérêt qu'il partage avec d'autres[260] ». A raison de leur nature et à l'instar de l'autorité parentale par exemple, ils sont susceptibles d'abus de la part de ceux qui en sont investis. Comme le souligne le professeur Louis Josserand, ils « répondent à des intérêts qui sont extérieurs au titulaire, non seulement dans la réalité, mais aussi en apparence : exercés dans une pensée égoïste, ils sont détournés de leur but, ils sont faussés et les actes accomplis dans cette direction irrégulière engagent la responsabilité de leur titulaire en tant qu'actes injustifiés, donc abusifs[261] ». Pour limiter les abus en droit d'auteur, il important de rappeler que les droits qui sont attachés à l'œuvre « ne sont pas reconnus par la loi à leur titulaire pour satisfaire leur intérêt propre, mais pour qu'ils soient exercés dans l'intérêt de l'auteur ou de leurs auteurs s'il s'agit d'une œuvre collective[262] ». Aussi, ce ne sont pas tous les droits moraux qui sont exerçables par les héritiers. Par exemple, le droit de retrait, qui permet à l'auteur de mettre un terme à l'exploitation de l'œuvre, et le droit de repentir, qui lui permet d'effectuer des modifications sur une œuvre existante[263], ne peuvent être exercés par les ayants droit. Comme le souligne le professeur Fréderic Pollaud-Dullian, sauf volonté clairement exprimée par l'auteur de son vivant, les héritiers ne peuvent exercer le droit de repentir

[260] V. le Commentaire par Frédéric POLLAUD-DULIAN de Civ. 1re, 14 mai 1991, *Raymond Chiavarino dit Marie c. Sté parisienne d'éditions SPE* ; *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 47, 20 novembre 1991, II 21760.

[261] Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Dalloz, 2e éd., 1939, n° 310.

[262] Delphine MARTIN, *La dévolution successorale des droits d'auteur*, th., PAF, 2013, n°299.

[263] Article L. 121-4 du Code de la propriété intellectuelle : « *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 originairement choisi et aux conditions originairement déterminées* ».

et le droit de retrait en ce sens qu'ils « ne sauraient s'arroger le droit d'accomplir un acte qui relève de la création et qui doit demeurer purement personnel à l'auteur[264] ».

186. L'exercice du droit moral par les ayants droit doit donc respecter la finalité propre à ce droit : celle du respect de la personnalité de l'auteur et de son œuvre. Il ne doit pas non plus être utilisé dans le seul but de nuire aux tiers. Cette exigence, valable pour l'auteur de son vivant[265], est encore plus prononcée pour les héritiers. Sur la question, la doctrine, dans sa majorité, estime que seuls « le droit de divulgation, le droit au respect et le droit à la paternité survivent à l'auteur et se transmettent[266] ». Par exemple, s'agissant de l'exercice du droit de divulgation *post mortem,* la volonté des héritiers peut ne pas correspondre à la volonté[2] de l'auteur. Cette situation conduit souvent à des cas d'abus de droit. Par exemple, sauf exception, seul l'auteur a le droit de divulguer son œuvre[267]. Selon l'article L. 121-3 du Code de la propriété intellectuelle, « *en cas d'abus notoire dans l'usage ou le non-usage du droit de divulgation de la part des représentants de l'auteur décédé visés à l'article L. 121-2, le tribunal (Ord. n° 2019-964 du 18 sept. 2019, art. 35, en vigueur au 1er janv. 2020) « judiciaire » peut ordonner toute mesure appropriée. Il en est de même s'il y a conflit entre lesdits représentants, s'il n'y a pas d'ayant droit connu ou en cas de vacances ou de déshérence. Le tribunal peut être saisi notamment par le ministre chargé de la culture* ». Alors que « le droit de divulgation *post-mortem* doit s'exercer au service de

---

[264] Fréderic Pollaud-DULLIAN, *Le droit d'auteur*, 2e éd., Economica, 2014, n° 577. La jurisprudence s'était déjà prononcée dans le même sens. V. Trib. civ. Seine, 15 varil 1964, *D.* 1964, p. 746 ; *Gaz. Pal.*, 1964-2-23, concl. GULPHE ; Paris, 9 juin 1964, *JCP*, éd. G, 1965-II-14172, obs. André FRANÇON.

[265] Civile 1, du 14 mai 1991, 89-21.701 : « Mais attendu que le 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 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 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 ».

[266] Fréderic POLLAUD-DULLIAN, *Le droit d'auteur*, 2e éd., Economica, 2014, n° 576.

[267] Article L. 121-2 Code de la propriété intellectuelle : « *L'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre. Sous réserve des dispositions de l'article L. 132-24, il détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci.*

Après sa mort, le droit de divulgation de ses œuvres posthumes est exercé leur vie durant par le ou les exécuteurs testamentaires désignés par l'auteur. A leur défaut, ou après leur décès, et sauf volonté contraire de l'auteur, ce droit est exercé dans l'ordre suivant : par les descendants, par le conjoint contre lequel n'existe pas un jugement passé en force de chose jugée de séparation de corps ou qui n'a pas contracté un nouveau mariage, par les héritiers autres que les descendants qui recueillent tout ou partie de la succession et par les légataires universels ou donataires de l'universalité des biens à venir.

Ce droit peut s'exercer même après l'expiration du droit exclusif d'exploitation déterminé à l'article L. 123-1. — [L. no 57-298 du 11 mars 1957, art. 19.] ».

l'œuvre, en accord avec la volonté de l'auteur telle que révélée et exprimée de son vivant[268] », l'abus de droit en matière de divulgation en droit d'auteur est le constat par le juge d'une méconnaissance de la volonté de l'auteur par l'héritier qui se trouve inscrit dans une logique de défense d'intérêts étrangers à celui de l'auteur. Ainsi, dès lors que le refus d'exercer le droit de divulgation correspond à la volonté du *de cujus*, il n'y aura pas d'abus de droit. Par exemple, il a été jugé que « ne commet pas d'abus dans le non-usage du droit de divulgation l'héritier d'un créateur qui s'oppose à la publication sous une forme écrite de cours donnés par un auteur qui avait clairement manifesté son attachement à la distinction entre la forme orale et la forme écrite, qui considérait comme indispensable de revoir très soigneusement le texte de ses interventions avant qu'elles soient publiées et qui avait déjà plusieurs fois expressément indiqué qu'il refusait toute publication en l'état[269] ». En revanche, les « héritiers d'un écrivain (en l'espèce Boris Vian) qui s'opposent sans motif légitime à l'exploitation de l'œuvre cinématographique tirée d'un roman, alors qu'ils ont dans le passé accepté voire recherché cette divulgation commettent un abus notoire dans le non-usage de ce droit[270] ». De même, il a été jugé qu'est « abusive, l'opposition de l'enfant d'un auteur à l'édition française d'un roman rédigé en espagnol, alors que la traduction ne fait l'objet d'aucune critique précise et circonstanciée et que du vivant de l'auteur le traducteur avait entrepris la traduction en vue d'une publication[271] ».

187. En résumé, le titulaire des droits, autre que le créateur, est tributaire de la volonté de l'auteur dans l'expression de son consentement à raison de la transmission incomplète sur sa tête de l'ensemble des droits attachés à l'œuvre. La volonté de l'auteur ne pose pas de difficulté toutes les fois où elle a été exprimée de manière claire et précise. Les difficultés apparaissent en cas d'ambiguïté sur ses souhaits. A cet égard, le titulaire des droits doit se fonder sur la volonté présumée du *de cujus* avant toute prise de décision, ce qui est souvent source de conflits avec les tiers qui peuvent ne pas avoir la même interprétation, et surtout les mêmes intérêts.

---

[268] TGI Paris, 30 mars 2007 ; *D.* 2007. 2370, note Judith ICKOWICZ; *Comm. com. éloctr*. 2007, n° 92, note Christophe CARON ; V. également : Civ., 1re, 24 oct. 2000, *Malausséna ; D.* 2001, jurispr. p. 918, note Christophe CARON ; *RTD com*. 2001, 94, obs. André FRANÇON.

[269] Paris, 24 nov. 1992 ; *RIDA* janv. 1993, p. 191 et 161, obs. André KEREVER.

[270] TGI Paris, 17 janv. 1990, *Héritiers Boris Vian* ; *JurisData* n° 1990-040516.

[271] Toulouse, 2e ch., 24 janv. 2001, *Arce* ; *JurisData* n° 2001-141007.

188. Par ailleurs, l'effectivité de la titularité des droits d'auteurs se mesure à la possibilité de la personne qui en est investi à l'exercer. Cette personne pouvant être mineure, majeure ou encore d'une autre nature, c'est-à-dire une personne morale.

189. Titularité et capacité d'exercice de l'auteur mineur. Pour le mineur, la question demeure délicate étant donné qu'il est à la fois sujet de droit, comme tout être humain, mais aussi soumis à davantage d'obligations vis-à-vis à des adultes (parents ou responsable juridiquement). L'idée selon laquelle l'enfant doit avant tout être soumis à plus de devoirs que de droits trouve encore écho dans la société eu égard au fait que les parents sont investis de « droits-fonctions » fondés sur l'autorité parentale.

190. La réalité de la vie de l'enfant mineur se traduit sur le plan juridique par une incapacité avec pour conséquence « un aspect restrictif de la liberté[272] ». Aussi exceptionnelle[273] et temporaire soit elle, l'exercice par le mineur des droits d'auteur n'est pas comparable à celle du majeur. Sa situation fait que « la protection des droits, droit d'expression, droit d'auteur, de liberté d'expression revêt des spécifiés par rapport à l'adulte[274] ». Si pour le majeur la question de la qualité d'auteur, mais surtout celle de la capacité à gérer les droits d'auteurs, ne se pose pas, il en est autrement pour le mineur. Cela étant, comme il sera évoqué dans les lignes qui suivent, l'enfant mineur bénéficie de la liberté de conscience, d'expression et de création toutes les fois qu'il a la possibilité de matérialiser « ses manières de sentir, ses manières de percevoir, ses manières de percevoir le monde qui l'entoure[275]». Une fois l'œuvre créée et reconnue comme telle, l'exercice des droits qui y sont attachés implique l'accompagnement des parents à raison du rôle éducatif qui leur incombe, alors que pour le majeur, la question du contrôle des actes qu'il est amenée à accomplir ne se pose que dans le cadre des mesures de projections des majeurs.

191. Titularité et personne morale. Pour le cas spécifique des personnes morales, la loi leur reconnait la qualité de titulaire de droits d'auteur et non la qualité

---

[272] Nicole COCQUEMPOT-CAULIER, « Enfants artistes, diversité des dons, égalité des protections », *Journal du droit des jeunes*, 2011/7, n° 307, p. 13-18.

[273] Selon l'article 1145 alinéa 1er du Code civil (anciennement 1123), « *toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi* ». En effet, en droit des contrats, la capacité est envisagée comme le principe et l'incapacité comme une exception.

[274] Nicole COCQUEMPOT-CAULIER, « Enfants artistes, diversité des dons, égalité des protections », *Journal du droit des jeunes*, 2011/7, n° 307, p. 13-18.

[275] Philippe-Jean PARQUET, *L'enfant, la famille et l'argent, le point de vue d'un psychiatre*, LGDJ, colloque LERADP, Université de Lille 2, 1991, p.36.

d'auteur. Par exemple, à propos des œuvres collectives, l'alinéa 3 de l'article L. 113-2 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que l'œuvre collective peut être « *créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé* ». Il ressort de cette disposition une ambiguïté sur la question de reconnaissance de la qualité d'auteur à la personne morale. Cela dit, la jurisprudence à travers différentes solutions utilise le qualificatif de titulaire de droits. Par exemple sur le terrain de la preuve du droit d'auteur, il a été jugé qu'il « est désormais admis que la personne morale qui exploite sous son nom une œuvre à l'élaboration de laquelle ont contribué plusieurs participants est, jusqu'à preuve du contraire, présumée titulaire sur l'œuvre du droit de propriété incorporelle quelle que soit la qualification de cette dernière[276] ». Encore plus explicite, un arrêt de 2014 est venu affirmer clairement « qu'une personne morale ne peut avoir la qualité d'auteur[277] ». Le principal intérêt de la distinction réside dans le fait qu'avec la simple qualité de titulaire, il est impossible de se voir reconnaître des droits moraux sur l'œuvre.

192. La notion de titularité étant exposée, il convient d'analyser concrètement l'exercice des droits dans le cadre de l'incapacité frappant une personne à raison de son jeune âge et d'une incapacité qui toucherait une personne majeure dont l'état nécessite la mise en place d'une protection juridique.

§2 : Le consentement de l'auteur incapable mineur

193. L'approche du consentement touchant le mineur incapable juridiquement recoupe deux réalités qui méritent d'être éclairées : celle liée à la protection de son consentement (A) et celle liée à son degré d'autonomie dans le cadre de la manifestation de ce consentement (B).

[276] Civ. 1re, 24 mars 1993, n° 91-16.543 ; *RTD Com.* 1995 p.418, obs. André FRANÇON.
[277] Civ. 1re, 15 janvier 2015, n°13-23.566 ; Dans le même sens, il a été jugé que la présomption de qualité d'auteur « ne peut bénéficier qu'aux auteurs personnes physiques, les personnes morales en étant exclues ». V. Paris, 14 avr. 2023, n° 21/09779 ; *LEPI* janv. 2024, n° DPI202a9, note Anne-Emmanuelle KAHN.

A : LA PROTECTION DU CONSENTEMENT DE L'AUTEUR MINEUR

194. L'incapacité juridique liée à la minorité est une volonté du législateur en ce sens que l'on considère généralement que le jeune âge, voire le très jeune âge, ne permet pas d'avoir une capacité de discernement permettant à la personne concernée d'avoir un recul suffisant pour mesurer la portée de ses engagements.

195. La minorité, une question de réalité. La période de la vie humaine, qui s'étend de la naissance à la majorité, soumet l'individu qui en est l'objet à un régime de protection qui a pour conséquence une incapacité juridique d'exercice[278]. L'incapacité juridique ainsi établie empêche le mineur de donner son consentement concernant tous les actes de la vie qui sont considérés comme graves. A l'inverse, les actes de la vie courantes peuvent être accomplis par le mineur seul. L'article articles 388-1-1 du Code civile alinéa premier le précise en soulignant que « *l'administrateur légal représente le mineur dans tous les actes de la vie civile, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes* »[279]. Si les actes de la vie courante ne sont pas limitativement énumérés, ils ont pour principale caractéristique d'être moins impactant sur le patrimoine du mineur. Par exemple, en matière de donation, alors que l'article 902 du Code civil dispose que « *toutes personnes peuvent disposer et recevoir soit par donation entre vifs, soit par testament, excepté celles que la loi en déclare incapables* », il a été jugé que «la nullité édictée par l'article 911 du Code civil[280], sanctionnant la violation d'une incapacité spéciale de recevoir privant la personne visée du droit de bénéficier d'une libéralité, ne s'applique pas à la donation faite à un mineur non émancipé, capable de recevoir au sens de l'article 902 du code civil, et qui

[278] Dans son vocabulaire juridique, Gérard CORNU précise, à propos de la définition de la minorité, que c'est « l'état dans lequel se trouve l'individu qui, n'ayant pas atteint l'âge de la majorité civile (18 ans), est soumis à un régime de protection et frappé d'incapacité d'exercice… ». V. Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 13e éd. PUF, 2020.

[279] Dans le même sens, l'article 408 du Code civil applique la même règle au tuteur du mineur. Selon le premier alinéa de la disposition, « *le tuteur prend soin de la personne du mineur et le représente dans tous les actes de la vie civile, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise le mineur à agir lui-même* ».

[280] Article 911 du Code civil : « *Toute libéralité au profit d'une personne physique, frappée d'une incapacité de recevoir à titre gratuit, est nulle, qu'elle soit déguisée sous la forme d'un contrat onéreux ou faite sous le nom de personnes interposées, physiques ou morales.*
Sont présumés personnes interposées, jusqu'à preuve contraire, les père et mère, les enfants et descendants, ainsi que l'époux de la personne incapable »

n'est atteint que d'une simple incapacité générale d'exercice de ses droits[281] ». A *contrario*, la conclusion d'un contrat portant sur l'achat d'un véhicule n'est pas considérée comme un acte d'administration. En effet, il a été jugé que si « le mineur peut passer seul des actes de la vie courante, autorisés par la loi ou l'usage, il ne saurait en être ainsi des actes tels que l'achat d'une voiture automobile, qui entraine des risques particuliers, et pour lesquels l'administrateur légal représente le mineur conformément à la loi[282] ».

196. Avant de procéder à l'examen de la question spécifique liée à la possibilité pour le mineur de conclure des actes liés au droit de la propreté littéraire et artistique, on s'attèlera tout d'abord à répondre à la question de savoir si un mineur, dont le consentement est sous contrôle, peut avoir la qualité d'auteur au sens du droit de la propriété littéraire et artistique. Car, au-delà de la question relative à la possibilité pour lui de donner son consentement, l'autre question consiste à savoir si le statut de mineur est compatible avec la création d'une œuvre de l'esprit.

197. Minorité et création artistique. Posée de cette manière, la question traduit l'idée qui consiste à savoir si l'influence de la capacité juridique sur le consentement de la personne est de nature à rejaillir sur sa création artistique. La réponse est, sur le plan pratique, négative. Car, les exemples de créations dont les auteurs sont des mineurs sont légion étant donné que le Code de la propriété intellectuelle ne subordonne pas la qualité d'auteur à la capacité juridique. En pratique, dans la plupart des cas, l'observation des créations artistiques ne permet pas de déceler le statut juridique de leur auteur encore moins une quelconque caractéristique puérile en ce sens que le talent et le génie ne sont point tributaires de l'âge. Wolfgang Amadeus Mozart n'a-t-il pas composé ses premières pièces dès six ans ? Le jeune âge, voire le très jeune âge, n'est pas ou ne devrait pas être un obstacle à la qualité d'auteur contrairement à une opinion doctrinale minoritaire qui considère que « les incapables, pour être des auteurs, doivent être doués de discernement. Dès lors, le très jeune enfant (*l'infans*) ou les personnes totalement dénuées de volonté, à cause d'une maladie mentale, ne

[281] Civ. 1re, 7 janv. 1982, n° 80-15.294 ; *D.* 1983, p. 205, note Michel GRIMALDI ; *RTD civ*. 1983, p.173, obs. Jean PATARIN.
[282] Civ. 1re, 9 mai 1972, n° 70-10.361 ; *R.* 1971-1972, p. 13.

devraient pas pouvoir créer au sens du droit d'auteur, faute d'avoir la volonté de se situer dans un processus créatif[283]».

198. Par ailleurs, il n'existe pas de règles spéciales régissant les créations artistiques réalisées par les mineurs. Le seul corps de textes qui aborde la question, de manière incidente, c'est le Code du travail. Le principe en la matière est une interdiction de travailler pour les mineurs. A ce titre, l'article L. 4153-1 du Code du travail dispose que, sauf exception, il « *est interdit d'employer des travailleurs de moins de seize ans* ». L'interdiction concerne exclusivement le travail qui mettrait le mineur dans une situation de subordination. Elle n'englobe pas l'activité créative d'œuvre de l'esprit du mineur. Par exemple, on peut se demander comment une telle interdiction peut être effective sur un enfant de moins de 16 ans qui déciderait de créer une œuvre artistique. Au-delà des exceptions prévues aux articles L. 4153-1du Code du travail[284], on voit mal comment peuvent s'exercer les mécanismes d'une autorisation expresse à un enfant qui déciderait, de sa propre initiative, de se mettre soudainement à créer des œuvres artistiques.

199. Cela dit, dans le même ordre d'idées, l'article L.7124-1 du Code du travail pose un dispositif assez original sur le travail des enfants de moins de 16 ans dans les entreprises de spectacles, cinématographique *etc*. Dans ces domaines, cette disposition subordonne l'exercice de toutes activités par les enfants de moins de 16 ans à l'obtention d'une « *autorisation individuelle préalable, accordée par l'autorité administrative* ». La condition ainsi exigée fait apparaitre une forme de tutelle légale imposée par le législateur au profit de l'administration. Il s'agit là d'une limitation du consentement de l'auteur mineur. Or, même si dans ce contexte, le mineur est souvent employé en tant que simple artiste de complément, on ne devrait pas perdre de vue le fait que, pris en tant que tel, son statut n'est pas forcément appelé à demeurer figé. Sa situation peut migrer vers celui d'artiste interprète qui lui permettra de bénéficier de

[283] Christophe CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, éd. n°6, LexisNexis, n°53, p. 57.

[284] L'article L. 4153-1 du Code du travail pose une interdiction de principe sur le travail des mineurs de moins de 16 ans tandis que l'article L. 7124-1 du même code, spécifique au travail des enfants dans le milieu artistique, pose une interdiction assortie de nombreuses exceptions en fonction des domaines concernés. Ainsi, cette dernière disposition subordonne tout exercice d'une activité de spectacle des enfants de moins de 16 ans à l'obtention d'une « *autorisation individuelle préalable, accordée par l'autorité administrative* ».

la protection des droits voisins du droit d'auteur conformément[285] à l'article L. 212-2 du Code la propriété intellectuelle qui précise que « *l'artiste-interprète a le droit au respect de son nom, de sa qualité et de son interprétation* ». Dans le deuxième alinéa de la même disposition, il est rappelé que « *ce droit inaliénable et imprescriptible est attaché à sa personne* ». Ainsi donc, il n'est pas possible de voir dans la condition posée par le Code du travail une quelconque obligation pour le mineur ou de son représentant d'obtenir une autorisation pour créer. La décision de créer une œuvre artistique relève de l'unique volonté du mineur.

200. Passée cette mise au point, l'idée de considérer les créations artistiques des enfants comme étant des œuvres de l'esprit est profondément ancrée dans le droit français. L'enfant peut être auteur d'une œuvre de l'esprit et bénéficier de tous les droits qui y sont attachés, à savoir : le droit moral et le droit patrimonial, même si l'exercice de ce dernier droit de manière pleine et entière peut être retardé jusqu'à sa majorité sur certains aspects.

201. Droit d'auteur et pré-majorité. A ce titre, le droit d'auteur peut être considéré, à juste titre comme un droit précurseur de ce que l'on peut qualifier aujourd'hui de « pré-majorité ». Car, si les articles 388-1 du Code civil et suivants admettent l'idée de reconnaitre des effets à certains actes réalisés par le mineur, c'est à la condition que ce dernier soit capable de « discernement ». Or, la singularité du droit de la propriété littéraire et artistique en la matière est qu'il ne pose aucune restriction.

---

[285] La notion d'artiste de complément n'est pas définie légalement. L'article L. 212-1 du Code de la propriété intellectuelle qui se contente, pour son régime juridique, de renvoyer aux « *usages professionnels* ». Ce renvoi ne donne, certes, pas de critères précis, il a cependant le mérite « d'assurer une certaine souplesse » (Carine BERNAULT et Jean-Pierre CLAVIER, *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, ellipses 2015, p. 35.) dans la transition du statut d'artiste de complément vers celui d'artiste interprète. D'ailleurs, à ce propos, la jurisprudence a eu l'occasion de préciser dans deux décisions rendues le même jour par la 1re chambre civile de la Cour de cassation que le caractère secondaire d'un rôle n'est pas un critère de nature à handicaper l'artiste de complément d'accéder à la qualité d'artiste interprète. V. Civ. 1re, 6 juill. 1992, n°97-40.572 et 96-43.749 : *D. 2000*, p. 209, obs. Jerry SAINTE-ROSE. Toujours, dans le même ordre d'idées, la jurisprudence a précisé clairement qu'il appartient au juge de définir d'autres critères de qualification autre que ceux retenus dans le contrat de travail ou le bulletin de paie « en raison de la qualification erronée que pourrait donner, volontairement ou non, l'une ou l'autre des parties au contrat ». V. Paris, 18 fév. 1993 : *D.* 1993, p. 397, obs. Isabelle WEKSTEIN-STEG; *RID* oct. 1993, p. 214.

202. L'explication qui sied à ce positionnement relève du fait que la création d'une œuvre tient avant tout d'une question de fait. Le droit n'intervient qu'ultérieurement pour juger de l'admissibilité de la création dans la catégorie des œuvres de l'esprit. A ce propos d'ailleurs, on ne le rappellera jamais assez, l'article L. 111-2 du Code la propriété intellectuelle est on ne peut plus clair quand il dispose que « *l'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur* ». La lecture attentive de cette disposition ne permet, à aucun moment, de dire que l'acquisition de la qualité d'auteur dépend de l'aptitude des personnes à jouir de leurs droits et à les exercer pleinement.

203. Il ressort de cette analyse une réalité : celle qui permet de soutenir que ni le sexe, ni l'âge, ni la position sociale d'une personne ne peuvent être des obstacles à la reconnaissance de la qualité d'auteur. Admettre le contraire, reviendrait à reconnaitre le mérite comme critère d'appréciation de l'œuvre de l'esprit. Or, ce critère est « dépourvu de pertinence en droit d'auteur[286] ». Le constat ainsi dressé est unanimement partagé par la doctrine majoritaire étant donné qu'en « matière de droit d'auteur, on part de l'examen de l'œuvre pour remonter jusqu'à son auteur afin de lui attribuer des droits, peu importe alors que cet auteur soit capable civilement ou pas[287] ». En d'autres termes, la personne de l'auteur importe ou doit importer peu. La seule chose qui doit être prise en compte, c'est l'œuvre. Si celle-ci est originale au sens artistique du terme, l'on se doit de reconnaître la qualité d'auteur au créateur.

204. Toutefois, il est important de préciser que ce positionnement de la jurisprudence et de la doctrine ne signifie aucunement que le discernement est totalement exclu dans l'appréciation du consentement du mineur. La pré-majorité reconnue au mineur par le droit de la propriété littéraire et artistique dépend de la faculté pour ce dernier d'apprécier sainement les choses. Autrement dit, le mineur doit faire preuve d'un minimum d'intelligence lui permettant de défendre ses droits. Les évènements tels la folie, la maladie ou encore le handicap, qui peuvent être de nature

[286] Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, 2e éd. Economica, n°128.

[287] Régès Caroline, « *Incapacité juridique et droit d'auteur* », Mémoire, Université d'Avignon et des pays de Vaucluse, p. 28.
http://gleize.free.fr/Incapacit%E9%20juridique%20et%20droit%20d%27auteur.pdf

à abolir toute faculté de discernement chez un individu, ont pour conséquence de retirer au mineur la qualité de « pré-majeur ».

205. Par ailleurs, si l'âge de raison est une question de fait, cette assertion est encore plus vraie en droit d'auteur. D'abord, il est évident que la raison, dès lors qu'elle n'est pas altérée et qu'elle permet à l'auteur jeune, voire très jeune, de créer une œuvre de l'esprit, accorde au mineur la possibilité d'être pleinement titulaire des droits d'auteur. Dans le même temps, la titularité des droits d'auteur, voire la qualité d'auteur ne peut, objectivement, être refusée à une personne pour cause d'insanité d'esprit étant donné qu'on peut être fou et propriétaire d'un immeuble tout comme on peut être fou, en asile, et peindre ou écrire. Les exemples en la matière sont nombreux. Ainsi, *Aurélia ou le rêve de la vie* a été écrit par Gérard de Nerval entre 1853 et 1854 dans la clinique du Docteur Émile Blanche, « pour se purger de ses émotions » ; Isidore Ducasse, sous le pseudonyme de Comte de Lautréamont, « écrira *Les chants de Maldoror*, enfermé entre les quatre murs d'un asile et de sa folie[288] ». Dans le même ordre d'idées, Denis Diderot suggérait que « les grands artistes ont un petit coup de hache dans la tête[289] ». Au-delà de ces exemples, il n'est pas certain que la créativité artistique ait pour principale cause la folie même si celle-ci peut être un élément stimulant. En d'autres termes, « il n'y a pas de liens directs de causalité entre troubles mentaux et créativité. En revanche, [le] cerveau, avec ses milliards de connections nécessaires à l'émergence de la conscience et à la connaissance, est fragile, sensible à des dérapages qui, à la fois, peuvent être à l'origine de troubles mentaux et de fulgurances littéraires ou scientifiques – bref, à l'origine de la créativité[290] ».

206. Pour revenir sur le consentement du mineur ne souffrant d'aucun handicap, on peut observer quelques inquiétudes sur un plan purement pratique. Car, la reconnaissance d'un droit à un individu est une chose. Son exercice en est une autre. Concrètement, il s'agit de savoir comment fonctionnent les mécanismes mis en place

[288] Marie-Christine PIATTI & Anne Emmanuelle KAHN, « Remise des prix 2012 au master 2 « Droit de la PI – Droit du design » : Des créations singulières. La main, le corps et l'esprit », *Propriété industrielle* n° 12, déc. 2012, alerte 76.
[289] Cette phrase est à l'origine de l'ouvrage de Raphaël Gaillard, *Un coup de hache dans la tête, Folie et créativité*, Grasset, 2022.
[290] V. la chronique de Pascal COUCHEPIN, « Un coup de hache dans la tête *», Le Regard Libre*, 2022/7, n°87, p. 7-7.

pour aider le mineur à exprimer et protéger son consentement dans le cadre de l'exercice de ses droits intellectuels.

207. Il s'agit de savoir clairement si dans la mise en œuvre de ses droits de propriété littéraire et artistique, le mineur dispose d'une autonomie semblable à celle qui lui permet de faire création d'une œuvre de l'esprit et d'en être titulaire.

B : L'AUTONOMIE DU CONSENTEMENT DE L'AUTEUR MINEUR

208. La mise en œuvre des droits du mineur en droit de la propriété littéraire et artistique comporte des spécificités lui assurant une certaine autonomie sans pour autant que ces spécificités l'éloignent complètement du droit commun des incapacités. Les spécificités dont il s'agit concernent fondamentalement la place du mineur dans la gestion patrimoniale, voire extrapatrimoniale de ses œuvres.

209. Le principe d'un consentement personnel. Pour rappel, l'article L. 132-7 du Code de la propriété intellectuelle pose un principe au sein de son alinéa 1er qui prévoit qu'en matière de gestion des biens en droit d'auteur, « *le consentement personnel et donné par écrit de l'auteur est obligatoire* ». Le principe ainsi édicté, au lieu d'être tempéré voir relativisé par le législateur est plutôt renforcé par l'alinéa suivant du même texte qui précise que, « *sans préjudice des dispositions qui régissent les contrats passés par les mineurs et les majeurs en curatelle, le consentement est même exigé lorsqu'il s'agit d'un auteur légalement incapable, sauf si celui-ci est dans l'impossibilité physique de donner son consentement* ». La disposition est intéressante en ce qu'elle dispense l'auteur qui se trouve dans l'impossibilité physique de donner son consentement. Concrètement, il s'agit des cas tels que « le coma, l'état végétatif et la démence sans intervalles de lucidité[291] ». Par exemple, a été remise en cause, la validité du contrat d'édition portant sur le *Scaphandre et le papillon* écrit par le journaliste Jean-Dominique Bauby qui ne pouvait s'exprimer que par des battements de paupières. En application des dispositions relatives à la représentation des mineurs et des majeurs, il a été jugé que l'éditeur, en l'occurrence les éditions Robert Laffon, pouvait conclure le contrat d'édition avec l'assistance du représentant de l'auteur[292]. Toutefois, il faut préciser que l'infirmité physique ne peut être une cause d'annulation

[291] Frédéric DULIAN-POLLAUD, *Le droit d'auteur*, 2e éd., Economica, 2014, n°1354.
[292] Paris, 10 févr., 2010, *Éditions Robert Laffont c/ Bauby et de La Rochefoucaud ; Propr. intell.* avr. 2010, p. 717, obs. Alexis LUCAS ; *RTD com.* 2010, p. 708, obs. Frédéric POLLAUD-DULIAN.

du contrat que s'il est prouvé qu'elle a une incidence notable sur l'expression du consentement. Par exemple, la capacité de tester a été reconnue à une personne qui « avait une lucidité et une façon de se faire comprendre suffisantes malgré ses difficultés d'élocution[293] ». A l'inverse, en cas d'impossibilité intellectuelle ou d'insuffisance intellectuelle, la solution est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond qui devront prendre en compte le critère fondé sur la gravité du trouble. C'est le cas par exemple d'une personne atteinte de troubles neurodégénératifs de type Alzheimer[294].

210. Par ailleurs, la formule utilisée dans l'article L. 132-7 du Code de la propriété intellectuelle n'est pas sans rappeler l'article L. 121-2 du même code en son alinéa deuxième qui prévoit que « *l'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre. Sous réserve des dispositions de l'article L. 132-24*[295]*, il détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci* ».

211. A la lecture de ces deux textes, nombreux sont les auteurs qui considèrent la précision qui en découle comme étant le corollaire de l'article L. 132-7 précité et que faute de « consentement personnel », toute opération juridique sur l'œuvre encourt la nullité[296]. Dès lors, se pose la question de savoir si cette exigence est de nature à s'appliquer à toutes les opérations envisageables en droit d'auteur. A cette interrogation, certains répondent négativement et affirment que l'alinéa 2 de l'article L. 132-7 qui impose le « recueil du consentement personnel de l'auteur en dépit de son incapacité, doit être cantonné » au seul contrat d'édition[297].

---

[293] Civ. 1re, 20 févr. 1968, *Propriétés intellectuelles*, n° 74.
https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006976788/

[294] Civ. 1re, 6 janvier 2010, n°08-14.002 ; Civ. 1re, 17 févr. 2010, n° 08-20.950 ; *Dr. fam.* 2010, comm. 108.

[295] Article L. 132-24 du Code de la propriété intellectuelle : « *Le contrat qui lie le producteur aux auteurs d'une œuvre audiovisuelle, autres que l'auteur de la composition musicale avec ou sans paroles, emporte, sauf clause contraire et sans préjudice des droits reconnus à l'auteur par les dispositions des articles L. 111-3, L. 121-4, L. 121-5, L. 122-1 à L. 122-7, L. 123-7, L. 131-2 à L. 131-7, L. 132-4 et L. 132-7, cession au profit du producteur des droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle.*
Le contrat de production audiovisuelle n'emporte pas cession au producteur des droits graphiques et théâtraux sur l'œuvre.
Ce contrat prévoit la liste des éléments ayant servi à la réalisation de l'œuvre qui sont conservés ainsi que les modalités de cette conservation ».

[296] Michel VIVANT, Jean-Michel BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 4e éd., Dalloz, 2019, p. 726.

[297] *Ibid.*

212. Cette ligne doctrinale, radicale dans son expression, doit cependant être relativisée. Même si le texte est situé dans un chapitre du Code de la propriété intellectuelle consacré à certains contrats et dans une section portant sur le contrat d'édition, cela ne suffit pas à exclure son application dans d'autres domaines relevant du droit d'auteur. Ainsi, il est tout à fait envisageable d'exiger le « *consentement personnel* » de l'auteur mineur à chaque fois que se posent les questions liées à l'exercice du droit de divulgation, du droit de représentation, de reproduction ou encore dans une certaine mesure les droits de retrait et de repentir *etc*. Car, il est important de souligner que l'exigence du consentement personnel participe grandement au renforcement des garde-fous qui accompagnent l'auteur dans l'exploitation de son œuvre. Pour illustrer cette analyse, on observe une complémentarité entre l'exigence du consentement personnel du mineur avec le principe de spécialité des cessions ou encore avec l'interdiction de céder globalement les œuvres futures.

213. En tout état de cause, en dehors de toute décision jurisprudentielle permettant de trancher cette question, l'intérêt du mineur commande à ce que l'on se refuse à faire une sélection des opérations juridiques sur ses droits intellectuels qui mériteraient son consentement. Faire le choix du contraire, ferait courir le risque de créer une concentration des pouvoirs entre les mains du représentant légal. D'ailleurs, comme le font observer les tenants d'un cantonnement de l'exigence du consentement au seul contrat d'édition, « l'incapable sera impuissant à vaincre le refus opposé par le représentant de conclure un contrat d'exploitation[298] » alors même que, dans le même temps, l'inverse serait possible. Cette hypothèse illustre bien la manière dont le pouvoir du représentant peut revêtir un caractère absolu et contreviendrait totalement avec l'esprit des textes qui régissent le droit d'auteur. Cet esprit est à la fois protecteur, émancipateur et responsabilisant en ce sens que c'est l'une des rares disciplines où il peut être reconnu à un individu la titularité des droits et, dans une certaine mesure, de leur exercice nonobstant les facteurs liés à l'âge ou la santé. L'hypothèse serait d'autant plus regrettable que, même dans le cadre des rapports entre les parents et leur enfant mineur, la loi recommande fortement que le mineur soit associé dans toute prise de décision le concernant. En ce sens, le dernier alinéa de l'article 371-1 du Code civil

[298]Carine BERNAULT, André LUCAS et Agnès LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique,* 5e éd., LexisNexis, n°751.

dispose que *« les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité »*. Bien que la disposition ne donne pas de détails concernant la nature des décisions évoquées, on ne peut concevoir que ces dernières puissent porter uniquement sur les aspects purement éducatifs de l'enfant sans toucher les opérations concernant la gestion patrimoniale de ses biens.

214. Néanmoins, la thèse soutenant le cantonnement du consentement personnel du mineur au seul contrat d'édition n'est pas tout à fait dénuée de fondement. Elle peut être justifiée par l'idée selon laquelle l'auteur doit être protégé contre lui-même aussi bien sur le terrain du droit moral que sur le terrain des droits pécuniaires[299] et plus particulièrement, comme dans le cas traité ici, si ce dernier est mineur. Le fait de limiter le champ d'intervention du consentement du mineur à certaines opérations permettrait alors de limiter les hypothèses d'abus.

215. Même si le mineur, vulnérable au regard de son âge, a besoin d'être assisté dans toute prise de décision en rapport avec l'exploitation de ses œuvres artistiques et littéraires, l'idéal serait qu'il soit associé autant que faire se peut à la prise des décisions par son représentant. Ce faisant, l'esprit qui gouverne le droit des biens intellectuels, à savoir la protection et l'autonomisation de l'auteur, ne sortirait que renforcé.

216. Le mineur et l'assistance de ses représentants. Dans le cadre de la gestion de son patrimoine, en principe, l'administration des biens du mineur relève naturellement des parents[300]. En ce sens, l'article 382 du Code civil pose le principe prévoyant un exercice commun de l'administration légale par les deux parents toutes les fois où ils continuent d'exercer tous les deux l'autorité parentale. Ainsi, indique l'article, *« l'administration légale appartient aux parents. Si l'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents, chacun d'entre eux est administrateur légal. Dans les autres cas, l'administration légale appartient à celui des parents qui exerce l'autorité parentale »*. La confiance que la loi fonde aux parents en leur confiant l'administration légale des biens de leur enfant découle de la notion même de filiation,

---

[299]Bernard EDELMAN, *La propriété littéraire et artistique,* PUF, Coll. « *Que sais-je ?* », 2008, p. 55.

[300] Sauf si les parents sont privés de l'autorité parentale comme dans le cadre de l'article 373 du Code civil à propos du père ou de la mère « *qui est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause* ». Dans la même logique, concernant la gestion des biens, la jurisprudence a eu l'occasion de préciser que des parents « placés sous tutelle ne peuvent être administrateurs légaux des biens de leurs enfants. Une tutelle aux biens doit donc être organisée ». V. TGI St Omer, 3 mai 1989, *JurisData* n° 1989-603951 *; JCP N 1990, II, 89,* obs. Thierry FOSSIER.

qu'elle soit naturelle ou adoptive. La relation filiale qui existe entre l'enfant et ses parents impose à ces derniers une mission non seulement d'éducation, mais aussi et surtout, de saine gestion patrimoniale[301]. Cette analyse se recoupe parfaitement avec le contenu de la notion d'autorité parentale[302]. En d'autres termes, les parents sont les représentants naturels de leurs enfants même si ce rôle peut être confié à une autre personne ou à une structure. Dans le cadre de l'exercice de leur mission, la loi leur reconnaît un certain nombre de pouvoirs que le professeur Josserand range dans la catégorie des « droits à esprit altruiste[303] » qui sont susceptibles d'abus.

217. Acte de disposition et acte d'administration. Concrètement, dans le cadre de la gestion du patrimoine de l'enfant, il faut se référer à l'article 496 du Code civil qui organise les relations entre le mineur et son tuteur. Selon cette disposition, « *le tuteur représente la personne protégée dans les actes nécessaires à la gestion de son patrimoine. Il est tenu d'apporter, dans celle-ci, des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt de la personne protégée. La liste des actes qui sont regardés, pour l'application du présent titre, comme des actes d'administration relatifs à la gestion courante du patrimoine et comme des actes de disposition qui engagent celui-ci de manière durable et substantielle est fixée par décret en Conseil d'Etat*[304] ». Afin de mieux cerner les relations entre le mineur et son tuteur, il faut faire la distinction entre les actes d'administration et les actes de disposition. Il convient de rappeler qu'un acte d'administration est une opération de gestion normale de patrimoine ou tout « acte ordinaire d'exploitation d'un bien ou d'une masse de biens englobant l'expédition des affaires courantes et la mise en valeur naturelle d'un bien (…)[305] ». Suivant cette définition, on serait tenté de dire qu'il est tout à fait possible pour le mineur de prendre seul un tel acte en ce sens que la finalité est la préservation et l'amélioration de son patrimoine. Et qu'à l'inverse, l'acte de disposition ne peut, par

[301] En ce sens, l'article 385 Code civil le souligne en des termes très précis : « *L'administrateur légal est tenu d'apporter dans la gestion des biens du mineur des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt du mineur* ».

[302] Au sein de l'alinéa 1er de l'article 371-1 Code civil, l'autorité parentale est définie comme un « *ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant* ». Cette définition, même si elle est laconique dans sa formulation, constitue la boussole qui doit guider les parents dans toutes prises de décisions relatives à l'administration des biens de l'enfant.

[303] Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Dalloz, 2e éd., 1939, n° 310.

[304] Décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du code civil.

[305] Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 14e éd., PUF, 2022, p. 34.

principe, être pris par le mineur seul en ce sens qu'il concerne « toute opération grave qui entame ou engage un patrimoine, pour le présent ou l'avenir dans ses capitaux ou sa substance (…)[306]». Cependant, en droit d'auteur, eu égard au caractère protectionniste des règles et surtout la complexité des implications des contrats, la protection du mineur par son représentant ou le juge doit être observée aussi bien en matière d'actes de disposition qu'en matière d'actes d'administration. Aussi, la distinction entre acte d'administration et de disposition n'est pas une chose aisée à réaliser en ce sens que les deux aspects du droit d'auteur, que sont le droit moral et le droit patrimonial, ne peuvent servir d'éléments de différenciation. Cela dit, par exemple, en se basant sur les critères dégagés par le Décret du 22 décembre 2008, le recouvrement ou le paiement d'une somme d'argent relativement à l'exploitation d'une oeuvre de l'esprit entre dans la catégorie des actes d'administration. Tandis que la cession, la donation, ou « la conclusion d'un contrat d'exploitation d'un droit ou d'un meuble incorporel » ne peut être accompli qu'avec l'accompagnement des parents ou du tuteur désigné.

218. L'étendue du pouvoir du représentant. De l'analyse qui précède, le pouvoir de représenter le mineur ressemble à un mandat que les parents tiennent de la loi[307]. De ce mandat, outre les obligations dont ils sont tenus, les parents disposent d'un pouvoir de gestion des biens du mineur qui cohabite avec les droits du mineur. La conciliation de ces éléments antagonistes, qui rythment les relations entre l'enfant et ses parents, peut laisser poindre des difficultés en droit d'auteur notamment en ce qui concerne le droit de divulgation, qui est, il faut le rappeler, un droit moral attaché à la personne de l'auteur fût-il mineur. A ce propos, des auteurs s'étaient déjà posés la question lors de l'entrée en vigueur de la loi de 1957 sur le droit d'auteur. Ainsi, le professeur André Huguet exprimait son inquiétude de la manière suivante : « Est-ce que le titulaire de la puissance paternelle peut empêcher la publication des œuvres de son enfant ou de son pupille en invoquant son *droit de correction*, son droit de veiller

[306] Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 14e éd., PUF, 2022, p. 355.

[307] Le mandat est un permet au mandant de conférer à « une personne qui en accepte la charge le pouvoir et la mission d'accomplir pour elle et son nom (à titre de représentant) un acte juridique ». V. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit*. La comparaison que nous effectuons entre la notion de représentant légal et celle du mandat tient simplement à la fonction de représentation que les deux ont en commun ainsi que de l'effet juridique des actes qui sont pris.

à la bonne éducation du mineur[308] » ? Autrement formulée, il est question de savoir si les parents peuvent se fonder sur l'autorité parentale pour s'opposer à l'exercice par le mineur de son consentement à la divulgation de son œuvre. L'interrogation mérite d'être posée en ce sens que la divulgation de l'œuvre consiste à la faire sortir du mode confidentiel pour la communiquer au public. L'éventuel succès que rencontrera l'œuvre exposera par ricochet le mineur à la sphère médiatique, ce qui peut être de nature à perturber son éduction.

219. Les limites du pouvoir du représentant. La réponse que l'on peut apporter à cette interrogation se trouve déjà dans le texte de l'article L. 121-2 du Code de la propriété intellectuelle qui prévoit que « *l'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre* ». En se fondant sur cette disposition, le mineur ne sera pas tenu de tenir compte d'un éventuel refus des parents de consentir à la divulgation. On peut être d'avis, compte tenu de son caractère personnaliste, car relevant du droit moral de l'auteur, que le droit de divulgation ne puisse être exercé par le représentant légal seul même avec l'accord du juge[309]. Le fait de faire fi du consentement des parents dans ce contexte peut laisser planer, pour certains, l'idée d'une insécurité juridique sur le sort des contrats signés à cette occasion. A ce propos, les auteurs s'accordent pour dire que tout contrat signé dans un tel contexte n'encourt pas forcément la nullité. C'est d'ailleurs tout l'intérêt de considérer, comme on l'a souligné précédemment, que l'article L. 132-7 alinéa 1er est le corollaire de l'article L. 121-2 alinéa 1er du Code la propriété intellectuelle.

220. L'efficacité du consentement donné par le mineur seul se vérifie aussi par le caractère imparfait du mandat dont est investi son représentant légal. Car si la nature juridique des rapports entre les parents et leur enfant ressemble fort au contrat de mandat classique, il subsiste néanmoins une différence fondamentale entre les deux. Selon l'article 1984 du Code civil, « *le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* ». Or, dans le cas du mineur, celui-ci n'a donné aucun pouvoir à son représentant légal. Tout le pouvoir dont ce dernier dispose découle des textes de lois.

---

[308] André HUGUET, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur : étude sur la loi du 11 mars 1957*, LGDJ, 1962, n°65, p.46.

[309] Carine BERNAULT, Andrés LUCAS, Agnès LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 5e éd. LexisNexis, 2017.

Et, en l'absence de tout mécanisme de contrôle permanent du représentant légal dans l'exécution de sa mission, le droit de la propriété intellectuelle en général et en particulier le droit de la propriété littéraire et artistique, se doit de préserver les acquis qu'il tient des textes. Les acquis dont il s'agit concernent son autonomie par rapport au droit commun qui se décline de deux manières : la reconnaissance d'une pré-majorité au mineur suivie de la possibilité pour lui de se soustraire aux pouvoirs de son représentant.

221. La notion de pré-majorité concerne la possibilité pour le mineur d'exercer seul certains droits qui peuvent toutefois avoir une incidence notable dans sa vie ou dans son patrimoine. Par exemple, l'exercice du droit de divulgation de l'œuvre ne peut être que du ressort du mineur au sens de l'article L. 121-2 du Code de la propriété intellectuelle qui, dès le début de son premier alinéa, indique que « *l'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre* ». Toutefois, l'exercice de certains droits moraux implique que le mineur soit assisté. C'est le cas par exemple du droit de retrait et de repentir qui sont des actes assimilables à des actes de disposition. Selon l'article L. 121-4 du Code de la propriété intellectuelle, « *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 originairement choisi et aux conditions originairement déterminées* ». Une analyse rapide de cette disposition permet de constater que le droit de retrait et de repentir, bien que relevant des aspects moraux du droit d'auteur, peuvent entraîner des conséquences patrimoniales graves dans le cadre de leur exercice par le mineur. Donc, si l'on peut penser que le mineur exerce seul son droit moral, certains aspects de ces droits doivent être exercés avec le représentant ou le juge d'autant plus que le deuxième alinéa de l'article L. 132-7 du Code de la propriété intellectuelle prévoit par exemple que le consentement personnel de l'auteur est obligatoire en matière de contrat d'édition, mais que cette règle doit être observée « *sans préjudice des dispositions qui régissent les contrats passés par les mineurs et les majeurs en curatelle (…)* ».

222. En tout état de cause, la reconnaissance de la pré-majorité au mineur participe à la limitation des pouvoirs du représentant légal et des cocontractants qui peuvent être amenés à abuser de leur position au détriment des intérêts du mineur. L'affaire Jordy, auteur du célèbre tube « *dur dur d'être bébé* », en est une illustration. En effet, le père du jeune Jordy, alors âgé de 4 ans, avait cédé les droits sur la chanson de son fils à la maison de disques « *Sony-BMG* ». Une fois majeur, constatant qu'aucune somme ne lui avait été reversée au titre de ses droits, le jeune finit par poursuivre son père ainsi que la maison de disque en justice. En première instance, la maison de disque fût condamnée au paiement de 820 000 euros de dommages et intérêts. Selon les termes du jugement, « en exploitant des enregistrements phonographiques et vidéographiques de *Dur dur d'être un bébé*, *Pochette Surprise, Potion magique, Allison, Les boules et It's Christmas* sans autorisation de Jordy Lemoine, artiste-interprète, Sony-BMG s'était rendue coupable de contrefaçon ». Les juges soulignent surtout que Jordy avait « incontestablement été privé, indûment, du droit d'autoriser l'exploitation des interprétations en cause[310] ». Cette solution, confirmée en appel[311], conforte l'idée de faire participer le mineur dans toute prise de décision en relation avec l'exploitation de ses œuvres. Comme il a été souligné précédemment, le mineur, à partir d'un certain âge, peut être capable d'accomplir certains actes classables dans la catégorie des actes graves. Etant donné qu'il « est impossible de placer sur le même plan la petite enfance et l'adolescence. L'autonomie progressive du mineur est à prendre en compte[312]». La prise en compte de cette autonomie se trouve au cœur du droit des mineurs. Par exemple, l'article 388-1 du Code civil prévoit que « *dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet. Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande. Lorsque le mineur refuse d'être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus. Il peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne* (…)». En d'autres termes, le mineur, dans une telle hypothèse, n'a pas besoin

[310] TGI Paris, 10 avr. 2009, n° 06/17778 ; « Chanteur Jordy : condamnation de Sony-BMG », *RLDI*, n° 48, 1er av. 2009.
[311] Paris, 16 févr. 2011, n° 09/09393.
[312] Nicole COCQUEMPOT-CAULIER, « Enfants artistes, diversité des dons, égalité des protections », *Journal du droit des jeunes*, 2011/7, n° 307, p. 13-18.

d'être accompagné. Il lui appartient de présenter seul sa demande au juge pour être entendu[313].

223. Toujours dans le même registre, il faut rappeler que rien n'interdit que les parents (ou le tuteur) d'un mineur capable de discernement lui concèdent un mandat lui permettant de prendre des actes seul en utilisant le mécanisme prévu par l'article 1990 du Code civil qui dispose que le « *mineur non émancipé peut être choisi pour mandataire ; mais le mandant n'aura d'action contre lui que d'après les règles générales relatives aux obligations des mineurs*[314] ». Cette possibilité fait cohabiter « l'administration légale des parents et une représentation conventionnelle accordée au mineur qui peut être plus ou moins étendue en fonction du type du mandat, à savoir s'il est général ou spécial[315] ».

224. Aussi, il est important de souligner l'intérêt que représente la préservation de cette autonomie dans le contexte actuel. Un contexte qui s'inscrit dans un

---

[313] Il a été jugé que « la demande d'audition du mineur doit être présentée au juge par l'intéressé ; [Une]cour d'appel n'était pas tenue de répondre, par une décision spécialement motivée, à une attestation rédigée par un tiers faisant indirectement état du souhait de l'enfant d'être entendu … ». Civ. 1re, 19 sept. 2007, n° 06-18.379 ; *Dr. fam.* 2007, n° 192, note Pierre MURAT ; V. également Civ. 1re, 24 oct. 2012, n° 11-18.84 ; *RTD civ.* 2013, p.106, obs. Jean HAUSER.

[314] La validité d'un tel mandat dans notre hypothèse ne souffre d'aucune difficulté d'autant plus qu'une ancienne jurisprudence avait déjà jugé qu'un « mandat peut être donné à un incapable dont les actes accomplis pour le compte du mandant échappent aux causes de nullité qui vicieraient les mêmes actes accomplis par l'incapable pour son propre compte ». V. Cass. civ., 5 déc. 1933 : *DH* 1934, p. 49.

[315] Frédérique Julienne, « Le mineur, acteur de la vie économique ? », *Dr. fam.,* nov. 2010, n° 11, étude 31.

Par ailleurs, on pourrait imaginer l'hypothèse d'un mandat donné au mineur pour accomplir tous les actes qui sont en relation avec son droit moral ainsi que tous les actes relatifs à l'exploitation de son œuvre à l'exception des actes complexes et dangereux tels que la fiducie ou encore dans une certaine mesure les actes qui sont de nature à aboutir à une cession globale des œuvres futures prohibée par l'article L. 131-1 du Code de la propriété intellectuelle. La réserve sur ce dernier point tient au fait que la nullité qui découle de la violation d'une telle cession est relative (Paris, 1er déc. 2006, *Sandal Calzatore* : *PIBD* 2007, 847, III, 187). Aussi, la jurisprudence valide la plupart des contrats portant cession des œuvres futures toutes les fois où les œuvres en question sont identifiables avec suffisamment de précisions. La philosophie qui guide ce courant jurisprudentiel s'appuie sur l'article L. 113-3 du Code la propriété intellectuelle qui institue le principe de spécialité dans les contrats de cession en droit d'auteur. Ainsi, il a été jugé, par exemple, qu'était valide la clause d'un « contrat de travail organisant la cession automatique des œuvres des salariés, au fur et à mesure de la production d'éventuels travaux, sans préjudice de la règle prohibant la cession globale des œuvre futures et de celle relative à la preuve du domaine d'exploitation des droits cédés (Lyon, 28 nov. 1991 : *JurisData* n° 1991-603538 ; *Gaz. Pal.* 1992, 1, p. 275, note FORGERON) ». Cela dit, cette hypothèse est hautement improbable en ce sens qu'il est difficile de faire du mineur le mandataire pour son propre compte.

« mouvement global favorable à la reconnaissance d'une pré-majorité des mineurs[316] » au point que l'on se dirige vers un abaissement de l'âge de la majorité.

225. L'exemple du droit pénal des mineurs. Sur le plan pénal par exemple, il n'est pas interdit que le mineur soit traité comme un majeur au regard de la gravité des faits qu'on lui reproche. C'est ce qui ressort de l'article L. 121-7 Code de la justice pénale des mineurs (CJPM) qui autorise le juge des mineurs, par une décision spécialement motivée, à refuser toutes mesures d'atténuation des peines « *à titre exceptionnel et compte tenu des circonstances de l'espèce et de la personnalité du mineur ainsi que de sa situation* (…) ». Dans le même ordre d'idées, la réforme du 26 février 2021[317] sur la justice des mineurs a introduit la notion « de présomption de non-culpabilité » pour les mineurs âgés de moins de 13 ans[318]. Autrement dit, le mineur de moins de 13 ans auteur d'un crime ou un délit est présumé ne pas être capable de discernement. La mesure peut paraître laxiste et en contradiction avec le raisonnement précédent. Cependant, c'est oublier qu'elle institue en réalité, non pas une présomption irréfragable, mais plutôt une présomption simple. Elle est donc sévère en pratique d'autant plus que la définition de la notion de discernement relève fondamentalement de l'ordre du subjectif. En droit d'auteur, le mineur auteur d'actes de contrefaçon ne pourrait, par exemple, pas échapper à des poursuites à raison de sa minorité.

226. Ces rappels permettent de conforter la logique, certes militante, qui s'inscrit dans le cadre de la préservation de l'autonomie du droit d'auteur qui, dès le départ, a jugé utile de responsabiliser le mineur là où le droit commun continue à l'infantiliser. Cette analyse est d'autant plus pertinente que la tentative de définition de la notion de discernement par le droit pénal des mineurs recoupe grandement les grandes lignes qui gouvernent le consentement du mineur en droit de la propriété littéraire et artistique. En effet, le dernier alinéa de l'article L. 11-1 du Code pénal de la justice des mineurs dispose que le mineur capable de discernement c'est celui « *qui a compris et voulu son acte et qui est apte à comprendre le sens de la procédure pénale dont il fait l'objet* ». En mettant cette formulation au service de la vision autonomiste du mineur,

---

[316] Frédérique JULIENNE, « Le mineur associé », *RTD com.* 2015, p. 199.

[317] V. l'article 4 de la loi n° 2021-218 du 26 février 2021 ratifiant l'ordonnance n° 2019-950 du 11 septembre 2019 portant partie législative du code de la justice pénale des mineurs.

[318] Selon l'alinéa 2 de l'article L. 11-1 du CJPM, « *les mineurs de moins de treize ans sont présumés ne pas être capables de discernement. Les mineurs âgés d'au moins treize ans sont présumés être capables de discernement* ».

on peut tout à fait affirmer que, c'est parce que le mineur est tout à fait capable de comprendre et de vouloir ses agissements qu'il crée une œuvre de l'esprit. Dès lors, il devient inopportun de passer outre son consentement dans l'administration de ses créations intellectuelles par son tuteur.

227. L'exemple de la place du mineur dans les associations. Au titre des exemples sur la dynamique qui accompagne la politique de responsabilisation du mineur, on ne peut omettre de citer la place qu'occupe désormais le mineur dans les associations. En effet, l'article 2 *bis* de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association dispose dans son alinéa 1er que « *tout mineur peut librement devenir membre d'une association*[319] (…) ». Si le 2e alinéa subordonne la constitution et l'administration d'une association par l'obtention à un « *accord écrit et préalable de son représentant légal* » pour les mineurs de moins de seize ans, le dernier alinéa de la même disposition reconnait un pouvoir plein au mineur âgé de plus de seize ans en lui permettant de « *librement participer à la constitution d'une association et être chargé de son administration dans les conditions prévues à l'article 1990 du code civil* ». Outre le fait que cette mesure participe à l'émancipation du mineur, elle a aussi une autre incidence positive sur le fonctionnement des associations. En ce sens qu'elle en exclut désormais *de facto*, du moins pour les mineurs de plus de seize ans, les « représentants légaux au cœur de la gouvernance[320] ». On peut espérer que la même solution puisse recevoir application en droit des sociétés afin que le mineur puisse apporter ses droits dans une société sans attendre l'autorisation de ses parents ou de son représentant légal[321]. Toujours sur les instruments financiers, le Code monétaire et financier dans son article L. 221-3 alinéa 2 va plus loin en disposant que « *les mineurs sont admis à se faire ouvrir des livrets A sans l'intervention de leur représentant légal* ». Il s'agit là d'une véritable reconnaissance de la pré-majorité du mineur sur un droit semblable au droit sur les biens intellectuels. Plus loin, la même

[319] On doit cette évolution à la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté. Avant cette loi, l'article 2 bis dans son alinéa 1er indiquait simplement que « *les mineurs de seize ans révolus peuvent librement constituer une association* ».

[320] Jean-Michel MARMAYOU, Fabrice RIZZO, *Groupements sportifs : organisation juridique des clubs – Association sportive- capacité et consentement*, Rép. soc., Sept. 2019.

[321] En effet, l'article L. 121-2 du Code du Commerce n'autorise le mineur à exercer le commerce que sous la condition d'être émancipé avec « *autorisation du juge des tutelles au moment de la décision d'émancipation et du président du tribunal judiciaire s'il formule cette demande après avoir été émancipé* ». Aussi, conformément à l'article 387-1 du Code civil, le mineur ne peut effectuer d'apport en société sans l'autorisation de son représentant légal.

disposition précise que les mineurs peuvent disposer librement des montants déposés dans ses comptes « *après l'âge de seize ans révolus et sauf opposition de la part de leur représentant légal* ». La formulation adoptée renvoie à une autorisation du représentant légal en aval du processus de décision qui dépend de la seule initiative du mineur. Dans d'autres législations d'ailleurs, les obligations qui pèsent sur le représentant légal vis-à-vis du mineur font de ce dernier un véritable majeur. Ainsi, en droit belge, le représentant légal doit, chaque année, présenter l'état de la gestion des biens au mineur[322].

228. Les exemples développés peuvent tout à fait être transposés en droit d'auteur, notamment dans les rapports qu'entretient le mineur avec son représentant légal. Ainsi, par exemple, l'exercice du droit de divulgation ou encore la conclusion de contrat de cession de droit d'auteur peut relever du seul consentement du mineur en fonction de son âge. L'intervention du représentant légal ne doit, dans cette configuration, consister qu'à éviter les abus de la part des tiers. Par exemple, s'agissant des actes considérés comme graves, pour les mineurs âgés de plus de 13 ans[323] jusqu'à 16 ans, il s'agit de maintenir le principe du double consentement : celui du mineur et de son représentant. Pour ceux âgés de plus de 16 ans et qui sont sains d'esprit, il s'agit de leur reconnaître le maximum d'autonomie en termes de gestion.

229. En résumé, le fait de réduire la majorité pénale ou encore de traiter le mineur comme un agent économique accompli est l'indicateur d'une société renonciatrice d'une politique d'infantilisation au profit d'une politique de responsabilisation du mineur qui doit jouir sainement et pleinement de ses droits dans ses rapports avec les tiers. D'ailleurs, on observe la même logique à propos des majeurs protégés.

§3 : Le consentement de l'auteur majeur protégé

230. Toute personne à qui l'on reconnaît la titularité d'un bien intellectuel est amenée un jour à donner son consentement dans le cadre de la gestion de sa création

[322] Selon l'article 413 du Code civil belge, « *Chaque année, le tuteur dépose au dossier de la procédure le compte de sa gestion. Ce compte est également remis au subrogé tuteur et au mineur âgé de quinze ans…* ». Le droit suisse abonde dans le même sens. Ainsi, l'alinéa second de l'article 210 du Code civil suisse prévoit que le représentant légal « *renseigne la personne concernée sur les comptes et lui en remet une copie à sa demande* ».

[323] L'idée est calquée sur le deuxième alinéa de l'article L. 11-1 du Code de la justice des mineurs qui dispose que « *les mineurs de moins de treize ans sont présumés ne pas être capables de discernement. Les mineurs âgés d'au moins treize ans sont présumés être capables de discernement* ».

artistique. L'expression de ce consentement est fonction de l'état de santé physique[324] ou psychique de la personne comme le suggère l'article 425 alinéa 1er du Code civil qui prévoit que « *toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier d'une mesure de protection juridique* (…) ». Il doit être démontré que l'altération des facultés cognitives et corporelles empêchent réellement la personne d'exprimer son consentement. Il est d'ailleurs constamment jugé que « l'ouverture d'une mesure de protection juridique exige la constatation, par les juges du fond, soit de l'altération des facultés mentales de l'intéressé, soit de l'altération de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté[325] ». En effet, le cadre dans lequel le consentement est exprimé dépend du degré de la capacité physique et intellectuelle de la personne concernée. Une personne dont les capacités cognitives sont limitées n'exprimera pas son consentement de la même manière qu'une personne qui jouit pleinement de ses facultés intellectuelles.

231. L'analyse sur ce sujet portera sur la valeur du consentement donné dans le cadre des mesures juridiques de protections prévues. Pour commencer, l'accent sera mis sur la sauvegarde de justice qui, en réalité ne crée pas d'incapacité (A), de la tutelle (B) et de la curatelle (C).

---

[324] A ce propos, doit être opérée, une distinction entre les conséquences sur le consentement en droit d'auteur du handicap qui découle de l'inaptitude physique et les effets découlant de l'inaptitude psychique.
En effet, si l'inaptitude psychique en droit d'auteur empêche l'auteur, fût-il majeur, de jouir pleinement de son consentement, tel n'est pas le cas lorsque l'on est en présence d'une inaptitude physique. Dans cette dernière hypothèse, le fait d'avoir un bras ou un pied en moins par exemple, n'est pas de nature à empêcher l'auteur de créer et donc d'être titulaire de droit de la propriété intellectuelle. A cet égard, le handicap peut d'ailleurs avoir une autre conséquence inattendue sur le consentement. Car, au lieu de le supprimer ou de le limiter, comme c'est le cas dans l'hypothèse d'une abolition des facultés de discernement, l'inaptitude physique va tout simplement faire éclater le consentement en faisant naître d'autres auteurs. Ainsi par exemple, très âgé, ne pouvant plus utiliser ses mains, Renoir avait fait exécuter des œuvres par un de ses élèves qui a fini par acquérir la qualité de coauteur et par ricochet le droit d'exiger son consentement pour toute exploitation. Pour justifier sa solution dans cette affaire, la Cour de cassation, à travers sa chambre civile, a estimé que les œuvres litigieuses comportaient « l'empreinte personnelle » de l'élève (Civ., 1re, ,13 nov. 1973 ; *D.* 1974, 533, obs. Claude Colombet ; *JCP G 1975, II, 18029, note* M.-C. MANIGNE.). Ainsi, l'auteur atteint d'un handicap de nature corporelle, qui le contraint à faire exécuter son œuvre par une tierce personne, risque de voir son œuvre qualifiée de collaboration et donc de se voir adjoindre un coauteur. De cette manière, on assiste à une forme de fractionnement du consentement ou des droits d'auteur par le simple fait de l'incapacité physique.
[325] Civ. 1re, 21 nov. 2018, n° 17-22.777 ; *D.* 2018, p. 2306 ; *AJ fam.* 2019, p. 42, obs. Emilie PECQUEUR.

A : LA VALEUR DU CONSENTEMENT DANS LE CADRE D'UNE SAUVEGARDE DE JUSTICE

232. La sauvegarde de justice est un régime de protection plus léger que la tutelle et la curatelle. Le majeur placé sous ce régime conserve « l'exercice de ses droits » tout en ayant besoin d'être protégé dans les actes de la vie civile[326]. Mesure temporaire, elle est « destinée aux malades dont la guérison rapide peut être envisagée[327] ». Elle peut être aussi l'antichambre de la tutelle ou de la curatelle.

233. Une mesure non incapacitante en principe. La sauvegarde de justice est prononcée par le juge[328]. D'ailleurs, il ne décide de la curatelle que s'il lui est impossible de décider de la sauvegarde de justice. C'est ce qui résulte de l'article 440 du Code civil qui dispose que « *la curatelle n'est prononcée que s'il est établi que la sauvegarde de justice ne peut assurer une protection suffisante* ». La sauvegarde, loin de constituer une mesure d'incapacité, permet à la personne concernée « de continuer à gérer son patrimoine ». Toutefois, si « les contrats qu'il conclut sont défavorables, ceux-ci pourront être réduits ou rescindés pour lésion[329] ». Ainsi, la mesure ne conduit à aucune forme d'assistance concrète comme pour la curatelle ou la tutelle. La personne concernée jouit pleinement de ses droits et obligations. L'article 435 alinéa 1er est d'ailleurs catégorique précise que « *la personne placée sous sauvegarde de justice conserve l'exercice de ses droits* » sauf pour les actes « *pour lequel un mandataire spécial a été désigné (…)* ». En conséquence, en droit d'auteur, la personne placée sous ce régime est appelée à exercer pleinement ses prérogatives attachées aussi bien à ses droits patrimoniaux qu'à celles attachées à son droit moral.

234. A propos de son droit moral, la « protection de sa personne n'étant pas assurée[330] » sous ce régime, tous les éléments considérés comme une prolongation de sa personne ne peuvent être couverts par la sauvegarde de justice. En suivant cette

---

326 Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, *opt. cit*.
327 Gilles GOUBEAUX et Pierre VOIRIN, « *Droit civil : introduction au droit, personnes, famille, personnes protégées, biens, obligations, sûretés* », LGDJ, 40e éd., p. 814.
328 Selon le 1re alinéa de l'article 433 du Code civil, « *le juge peut placer sous sauvegarde de justice la personne qui, pour l'une des causes prévues à l'article 425, a besoin d'une protection juridique temporaire ou d'être représentée pour l'accomplissement de certains actes déterminés* ».
329 Annick BATTEUR, Laurence MAUGER-VIELPEAU, « *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés* », LGDJ, 11e éd., 2021, n° 1411.
330 Annick BATTEUR, Laurence MAUGER-VIELPEAU, « *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés* », LGDJ, 11e éd., 2021, n° 1411.

logique, l'exercice des droits de divulgation, de retrait ou encore de repentir ne peuvent en principe être couverts. Seuls les actes relevant du volet patrimonial sont concernés, sous une certaine condition, par la mesure de sauvegarde.

235. Cependant, la protection dont il s'agit ne devient concrète en général qu'*a posteriori* des actes pris par la personne concernée. En cela, la sauvegarde de justice peut être considérée comme une mesure facilitatrice de pré-constitution de preuves d'éventuels abus des tiers vis-à-vis de la personne protégée. Autrement dit, la mesure peut produire des conséquences aux actes exécutés au préjudice de la personne protégée. Par exemple, l'auteur d'une œuvre de l'esprit peut tout à fait conclure des contrats dans le cadre de l'exploitation de son œuvre et être protégé *a posteriori* toutes les fois où il serait victime d'abus de la part de ses cocontractants. Le deuxième alinéa de l'article 435 du Code civil le rassure sur ce point en précisant que les engagements contractés par la personne protégée « *pendant la durée de la mesure peuvent être rescindés pour simple lésion*[331] *ou réduits en cas d'excès alors même qu'ils pourraient être annulés en vertu de l'article 414-1. Les tribunaux prennent notamment en considération l'utilité ou l'inutilité de l'opération, l'importance ou la consistance du patrimoine de la personne protégée et la bonne ou mauvaise foi de ceux avec qui elle*

[331] Pour illustration, il a été jugé que l'appréciation d'une telle lésion incombe au juge du fond qui est tenu de prendre « en considération l'utilité de l'opération, la consistance du patrimoine de la personne protégée et la bonne foi du cocontractant eu égard à la période d'une durée très limitée pendant laquelle le majeur avait été placé sous sauvegarde de justice ». V. Civ., 1re, 4 déc. 2013, n° 12-28.656 ; *D.* 2014, p.2264, obs. David NOGUERO. Toutefois, lésion de l'article 425 du Code civil est spécifique à la personne placée sous sauvegarde de justice. Elle n'est pas à confondre avec celle prévue à l'article L. 131-5 du Code de la propriété intellectuelle (qui sera abordée dans la partie consacrée aux contrats de cession de droit d'auteur dans la seconde dans le chapitre suivant) qui dispose que « *I. En cas de cession du droit d'exploitation, lorsque l'auteur a subi un préjudice de plus de sept douzièmes dû à une lésion ou à une prévision insuffisante des produits de l'œuvre, il peut provoquer la révision des conditions de prix du contrat.*
Cette demande ne peut être formée que dans le cas où l'œuvre a été cédée moyennant une rémunération forfaitaire.
La lésion est appréciée en considération de l'ensemble de l'exploitation par le cessionnaire des œuvres de l'auteur qui se prétend lésé.
II. L'auteur a droit à une rémunération supplémentaire lorsque la rémunération proportionnelle initialement prévue dans le contrat d'exploitation se révèle exagérément faible par rapport à l'ensemble des revenus ultérieurement tirés de l'exploitation par le cessionnaire. Afin d'évaluer la situation de l'auteur, il peut être tenu compte de sa contribution.
III. Les I et II sont applicables en l'absence de disposition particulière prévoyant un mécanisme comparable dans le contrat d'exploitation ou dans un accord professionnel applicable dans le secteur d'activité.
La demande de révision est faite par l'auteur ou toute personne spécialement mandatée par lui à cet effet.
IV. Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux auteurs de logiciels ».

a contracté ». Pour le droit d'auteur, cette façon d'envisager les choses peut emporter l'adhésion même si les critiques sur une éventuelle remise en cause du principe de la sécurité juridique des opérations contractuelles peuvent être entendues.

236. Le sort des actes en cas de lésion. En cas de lésion, l'action en rescision pour légion est tout à fait possible. Pour illustration, en s'appuyant sur l'alinéa 2 de l'article 435 du Code civil précité, il a été jugé que l'appréciation d'une telle lésion incombe au juge du fond qui est tenu de prendre « en considération l'utilité de l'opération, la consistance du patrimoine de la personne protégée et la bonne foi du cocontractant eu égard à la période d'une durée très limitée pendant laquelle le majeur avait été placé sous sauvegarde de justice[332] ». Cette action en rescision pour lésion est propre à la personne placée sous sauvegarde de justice[333] et est susceptible de s'appliquer à l'auteur qui en fait l'objet.

237. La spécificité de la lésion en droit d'auteur. Cela dit, elle n'est pas de nature à exclure l'action pour lésion de l'article L. 131-5 (I) du Code de la propriété intellectuelle qui dispose qu'en « *cas de cession du droit d'exploitation, lorsque l'auteur a subi un préjudice de plus de sept douzièmes dû à une lésion ou à une prévision insuffisante des produits de l'œuvre, il peut provoquer la révision des conditions de prix du contrat* ». Cette lésion est spécifique au droit d'auteur et donc différente de celle prévue à l'article 1674 du Code civil[334]. Elle ne peut être mise en œuvre que lorsque « *l'auteur a subi un préjudice de plus de sept douzièmes dû à une lésion ou à une prévision insuffisante des produits de l'œuvre* ». Concrètement, l'action n'est déclenchable que s'il est prouvé que l'auteur a subi « plus de la moitié de ce qu'il aurait dû obtenir (…) sans que ne soit pris en compte le résultat de l'exploitation ultérieure[335] ». Même si, comme l'indique l'article L. 131-5 (I) alinéa 3 du Code de la propriété intellectuelle, le juge est invité à apprécier la lésion « *en considération de l'ensemble de l'exploitation par le cessionnaire des œuvres de l'auteur qui se prétend*

---

[332] Civ., 1re, 4 déc. 2013, n° 12-28.656 ; *D.* 2014, p.2264, obs. David NOGUERO.

[333] Il a été jugé, sur la base de l'ancien article 491-2 du Code civil (aujourd'hui 435 du Code civil, que l'action en rescision n'est « applicable qu'au majeur qui, à la date de l'acte litigieux, était placé sous la sauvegarde de justice ». V. Civ. 1re, 17 juill. 1979, n°77-12.199.

[334] Article 1674 Code civil : « *Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value* ».

[335] Chistophe CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 5e éd., LexisNexis, 2017, n°432.

lésé ». Par ailleurs, la spécificité de la lésion en droit d'auteur se vérifie par le choix de la sanction. Si en droit commun, c'est la rescision qui est retenue comme mode de sanction, en droit d'auteur, le premier alinéa de l'article L. 131-5 opte pour une « *révision des conditions du prix du contrat* ». Autrement dit, le but recherché est d'obtenir une augmentation du montant versée à l'auteur. Aussi, la sanction ne peut consister en une conversion de la rémunération forfaitaire en une rémunération proportionnelle[336].

238. Par ailleurs, il est important de préciser que jusqu'à l'ordonnance du 12 mai 2021, l'action fondée sur la lésion en droit d'auteur ne concernait que les contrats de cession conclus sur la base d'une rémunération forfaitaire[337]. En effet, cette ordonnance a transposé la directive 17 juin 2019[338]. Ainsi, l'article L. 131-5, II prévoit que « *l'auteur a droit à une rémunération supplémentaire lorsque la rémunération proportionnelle initialement prévue dans le contrat d'exploitation se révèle exagérément faible par rapport à l'ensemble des revenus ultérieurement tirés de l'exploitation par le cessionnaire. Afin d'évaluer la situation de l'auteur, il peut être tenu compte de sa contribution* ». Une lecture attentive de l'article L. 131-5 du Code de la propriété intellectuelle montre que la transposition de l'article 20 de la Directive de

---

336 Paris, 9 déc. 1992, *RIDA* avr. 1994, p.228.

337 Article L. 131-4 du Code de la propriété intellectuelle : « *La cession par l'auteur de ses droits sur son oeuvre peut être totale ou partielle. Elle doit comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation.*
Toutefois, la rémunération de l'auteur peut être évaluée forfaitairement dans les cas suivants :
1° La base de calcul de la participation proportionnelle ne peut être pratiquement déterminée ;
2° Les moyens de contrôler l'application de la participation font défaut ;
3° Les frais des opérations de calcul et de contrôle seraient hors de proportion avec les résultats à atteindre ;
4° La nature ou les conditions de l'exploitation rendent impossible l'application de la règle de la rémunération proportionnelle, soit que la contribution de l'auteur ne constitue pas l'un des éléments essentiels de la création intellectuelle de l'œuvre, soit que l'utilisation de l'œuvre ne présente qu'un caractère accessoire par rapport à l'objet exploité ;
5° En cas de cession des droits portant sur un logiciel ;
6° Dans les autres cas prévus au présent code.
Est également licite la conversion entre les parties, à la demande de l'auteur, des droits provenant des contrats en vigueur en annuités forfaitaires pour des durées à déterminer entre les parties ».

338 Article 20 §1 de la Directive 2019/790 du parlement européen et du conseil du 17 avril 2019 : « En l'absence d'accord collectif applicable prévoyant un mécanisme comparable à celui énoncé dans le présent article, les États membres veillent à ce que les auteurs et les artistes interprètes ou exécutants ou leurs représentants aient le droit de réclamer à la partie avec laquelle ils ont conclu un contrat d'exploitation des droits ou aux ayants droits de cette partie, une rémunération supplémentaire appropriée et juste lorsque la rémunération initialement convenue se révèle exagérément faible par rapport à l'ensemble des revenus ultérieurement tirés de l'exploitation des œuvres ou des interprétations ou exécutions ».

2019 n'est pas tout à fait exacte dans les termes. En effet, au lieu d'exiger « une rémunération supplémentaire appropriée et juste », le législateur national a préféré opter pour une « *rémunération supplémentaire* ». Ce choix est en contradiction avec la vision du droit européen qui entend par « rémunération appropriée », l'application d'un taux de redevance qui reflète la « valeur économique réelle[339] » des droits d'auteur cédés. Ainsi, se prononçant sur un recours du Comité pluridisciplinaire des artistes auteurs et des artistes autrices et la Ligue des auteurs professionnels, le Conseil d'Etat a annulé l'ordonnance du 12 mai 2021 « en tant qu'elle ne prévoit pas que les auteurs cédant leurs droits exclusifs pour l'exploitation de leurs œuvres ont le droit de percevoir une rémunération appropriée[340] ».

239. Les actes pris par le mandataire spécial. Selon le premier alinéa de l'article 435 du Code civil, « *la personne placée sous sauvegarde de justice conserve l'exercice de ses droits. Toutefois, elle ne peut, à peine de nullité, faire un acte pour lequel un mandataire spécial a été désigné en application de l'article 437* » du Code civil. En d'autres termes, « la personne placée sous sauvegarde de justice conserve l'exercice de ses droits[341] » à l'exception de ceux confiés par le juge au mandataire spécial. La liste des actes que le mandataire judiciaire doit accomplir vise l'hypothèse dans laquelle les conditions de la curatelle ou de la tutelle sont réunies. Selon le deuxième alinéa de l'article L. 437 du Code civil, « *le juge peut désigner un mandataire spécial, dans les conditions et selon les modalités prévues aux articles 445 et 448 à 451, à l'effet d'accomplir un ou plusieurs actes déterminés, même de disposition, rendus nécessaires par la gestion du patrimoine de la personne protégée. Le mandataire peut, notamment, recevoir mission d'exercer les actions prévues à l'article 435* ». Cela dit, au regard du caractère temporaire de la mesure, celle-ci peut-

[339] Considérant n°73 de la Directive 2019/790 du parlement européen et du conseil du 17 avril 2019 : «La rémunération des auteurs et artistes interprètes ou exécutants devrait être appropriée et proportionnelle à la valeur économique réelle ou potentielle des droits octroyés sous licence ou transférés, compte tenu de la contribution de l'auteur ou de l'artiste interprète ou exécutant à l'ensemble de l'œuvre ou autre objet protégé et de toutes les autres circonstances de l'espèce, telles que les pratiques de marché ou l'exploitation réelle de l'œuvre ».

[340] André LUCAS, « Transposition insuffisante de l'article 18 de la directive (UE) n° 2019/790 posant le principe d'une rémunération appropriée », *LEPI* janv. 2023, n° DPI201g7 ; *D. actu.* 7 déc. 2022, obs. Wang ; *RTD com.* 2023. 343, obs. Frédéric POLLAUD-DULIAN.

[341] Au visa des articles 435 et 414-1 du Code Civil, il a été jugé que « la personne placée sous sauvegarde de justice conserve l'exercice de ses droits [et que] c'est à ceux qui agissent en nullité pour insanité d'esprit de prouver l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte ». V. civ., 1re, 24 févr. 2015, n° 15-14.328.

elle être compatible avec le droit d'auteur ? En d'autres termes, l'auteur, sous sauvegarde avec désignation d'un mandataire spécial, peut-il remettre en cause les actes accomplis par le mandataire à la fin de la sauvegarde ? La réponse peut être affirmative, notamment lorsqu'il est prouvé que les actes en question ne vont pas dans le sens de la protection de l'auteur sous sauvegarde.

240. Par ailleurs, le traitement de la question de la rescision pour lésion s'applique à toutes les mesures de protection à l'instar du mandat de protection future ou encore de la curatelle. Les actes concernés sont cependant les actes pris seul par la personne sous mesure de protection.

241. Le mandant de protection future. Le mandat de protection future « est un pouvoir donné à l'avance à une autre personne d'avoir à représenter le mandant dans un certain cadre s'il arrive qu'un jour il ne soit plus en mesure de gérer ses propres affaires[342] ». Cette définition est issue de l'article 477 du Code civil créé par la loi du 5 mars 2007[343].

242. Concrètement, l'article 477 du Code civil prévoit deux types de mandats de protection future : outre le mandat que toute personne majeure ou mineure émancipée peut établir, le troisième alinéa de l'article précité permet aux parents d'un enfant, qui fait l'objet d'une altération de ses facultés mentales ou corporelle l'empêchant de manifester sa volonté, de désigner par acte notarié, « *un ou plusieurs mandataires chargés de le représenter* ». Cette désignation, précise la disposition « *prend effet à compter du jour où le mandant décède ou ne peut plus prendre soin de l'intéressé* ».

243. Le mandat de protection future permet à une personne de décider non seulement de la personne qui va l'assister pendant la période où elle ne sera pas en mesure d'exprimer valablement son consentement, mais aussi des prérogatives qu'elle lui confie. Le principal enseignement réside dans le fait que c'est une véritable alternative à la curatelle et la tutelle qui sont des mesures décidées judiciairement et dont le contenu échappe au contrôle de la personne concernée, étant donné que c'est le juge qui décide de son contenu.

---

342 Laurence PECAUT-RIVOLIER, « Le mandat de protection future », *D.* 2009, p. 216.
343 Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs (entrée en vigueur le 1er mars 2009).

244. Par ailleurs, le mandat de protection future peut être une mesure de nature à permettre à l'auteur d'autoriser son futur représentant à prendre des mesures qui lui sont normalement exclusivement réservées. On peut penser par exemple au droit de divulgation ou encore au droit de retrait qui permet à l'auteur de faire cesser la diffusion de son œuvre. En revanche, on ne pense pas que le droit de repentir pourra être exercé par le représentant étant donné que ce droit, au sens de l'article L. 121-4 du Code de la propriété intellectuelle, permet uniquement à l'auteur d'apporter des modifications à l'œuvre postérieurement à sa divulgation. En conséquence, le représentant qui exerce le droit de repentir porte une atteinte au droit au respect de l'œuvre nonobstant le fait qu'il agit dans le cadre du mandat de protection future. Outre cette précision et en fonction du contenu de son mandat, le mandataire peut ne pas être tenu de respecter la distinction entre acte de d'administration et acte de disposition. En effet, dans la mesure où le contenu de sa mission a été défini par le mandant pendant la période où ce dernier jouissait de toutes ses facultés mentales, la mission du mandataire peut toucher à la fois les actes de disposition et les actes d'administration. Cette analyse découle du fait que les articles 1984 à 2010 du Code civil, qui traitent de la nature et de la forme du mandat de droit commun, sont tout à fait applicables au mandant de protection future. Ainsi, les missions du mandataire doivent être suffisamment précises pour qu'entrent dans son champ de compétence à la fois les actes d'administration et les actes de disposition. Cette réflexion s'appuie sur l'article 1988 du Code civil qui prévoit que « *le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration. S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès* ».

245. Cela étant, il faut souligner le fait que les actes qui sont pris par l'auteur du mandat de protection future sont susceptibles d'être rescindés pour lésion. C'est ce qui ressort de l'article 488 du Code civil qui dispose que « *les actes passés et les engagements contractés par une personne faisant l'objet d'un mandat de protection future mis à exécution, pendant la durée du mandat, peuvent être rescindés pour simple lésion ou réduits en cas d'excès alors même qu'ils pourraient être annulés en vertu de l'article 414-1. Les tribunaux prennent notamment en considération l'utilité ou l'inutilité de l'opération, l'importance ou la consistance du patrimoine de la personne protégée et la bonne ou mauvaise foi de ceux avec qui elle a contracté* ». La même logique est applicable à l'habilitation familiale.

246. En somme, la sauvegarde de justice, le mandat de protection future ou sont, à l'instar des autres mesures de protection qui seront abordées par la suite, des mécanismes qui concourent tous à la préservation des intérêts de la personne vulnérable. L'accomplissement de cette mission s'effectue sous le contrôle du juge, que ce soit pour les mesures décidées par la personne concernée comme le mandat de protection future ou encore celles qui sont entièrement dépendant de l'office du juge[344] à l'instar de la curatelle.

B : LA VALEUR DU CONSENTEMENT DANS LE CADRE D'UNE CURATELLE

247. A propos de la curatelle, l'article 440 du Code civil dispose que « *la personne qui, sans être hors d'état d'agir elle-même, a besoin, pour l'une des causes prévues à l'article 425[345], d'être assistée ou contrôlée d'une manière continue dans les actes importants de la vie civile peut être placée en curatelle* ». La curatelle est donc un « régime de protection de certains majeurs souffrant de déficiences physiques ou mentales, consistant à faire assister par un curateur la personne protégée pour accomplir les actes réputés les plus graves[346] ». Par rapport à la tutelle, la curatelle est un régime moins intrusif dans la vie du majeur protégé. Le rôle du curateur est cantonné au « conseil et le contrôle dans les actes les plus graves de la vie civile[347] ». Autrement dit, l'accomplissement de certains actes ne nécessite pas une assistance du curateur étant donné que le curatélaire n'est pas « *hors d'état d'agir[348]* » par lui-même.

248. C'est pour cette raison que le législateur a permis au curatélaire de conclure seul les actes que le tuteur peut conclure seul dans le cadre d'une tutelle. Il s'agit donc

---

344 Il a par exemple été jugé qu'en « présence d'un mandat de protection future signé mais non encore mis à exécution, il appartient au juge des tutelles de rechercher si la protection juridique ainsi préalablement organisée par le mandant permet ou non de préserver suffisamment les intérêts personnels et patrimoniaux de la personne à protéger ». V. Paris, 14 janv. 2013, n° 12/03648 ; *D.* 2013. 2196, obs. LEMOULAND, NOGUERO et PLAZY; *AJ fam.* 2013 p. 509, obs. MASSIP.

345 L'alinéa 1er de l'article 425 du Code civil prévoit que « *toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier d'une mesure de protection juridique prévue au* » chapitre relatif aux mesures de protection juridique des majeurs qui couvre les articles 425 à 494-12 du même code.

346 Gilles GOUBEAUX et Pierre VOIRIN, « *Droit civil : introduction au droit, personnes, famille, personnes protégées, biens, obligations, sûretés* », LGDJ, 40e éd., p. 814.

347 Gérard CORNU, « *Vocabulaire juridique* », *op. cit.*

348 Selon l'alinéa 1er de l'article 440 du Code civil, « *la personne qui, sans être hors d'état d'agir elle-même, a besoin, pour l'une des causes prévues à l'article 425, d'être assistée ou contrôlée d'une manière continue dans les actes importants de la vie civile peut être placée en curatelle* ».

de tous les actes conservatoires, d'administration et certains actes de disposition qui sont sans conséquence notable sur son patrimoine. Cela ressort de l'articles 467 du Code civil dans son alinéa 1er qui dispose que « *la personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur, faire aucun acte qui, en cas de tutelle, requerrait une autorisation du juge ou du conseil de famille* ». Appliquée au droit d'auteur, cette disposition permet au majeur protégé d'exercer la plupart des mesures relatives à la gestion et à l'exploitation des biens intellectuels. Il peut ainsi, au titre du droit moral par exemple, donner seul son consentement aux actes qui n'ont pas de conséquences notables sur son patrimoine comme les actions relatives au respect du droit de paternité, de l'intégrité de l'œuvre *etc*. L'exercice de certains actes de nature à préserver ou à enrichir son patrimoine aussi peut être effectué sans l'assistance du curateur. C'est le cas des actions en contrefaçon de droit d'auteur par exemple. En somme, dans certaines circonstances, il ne serait pas dangereux d'accepter que le majeur sous curatelle puisse exercer les actes relatifs à des éléments qui sont considérés comme étant la prolongation de sa personnalité.

249. L'autre interprétation qui découle de l'alinéa 1er de l'article 467 du Code civil porte sur le fait que certains actes ne peuvent être pris avec le seul consentement du majeur protégé. Il s'agit des actes relatifs au droit patrimonial de l'auteur. Au nombre de ces actes, figurent principalement les actes de disposition. Ainsi, on peut être d'avis que soient exclus de son champ d'autonomie décisionnelle les actes relatifs au contrat de cession par exemple. En effet, comme on le verra dans les développements ultérieurs, la cession est la reine des opérations juridiques des biens intellectuels. Elle tire sa particularité de sa complexité qui empêche d'ailleurs de la faire rentrer dans l'une des catégories juridiques contractuelles nommées. A ce propos, elle est d'ailleurs considérée par certains auteurs comme une fiducie. En ce sens, par exemple, en matière d'édition, l'éditeur de l'œuvre « est tenu de mettre en valeur l'œuvre et de l'exploiter[349] ». Cette obligation ressemble sur ce point à la définition que donne

[349] Michel VIVANT, Jean-Michel BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.,* n°768. L'obligation d'exploitation ne concerne pas que le contrat d'édition (article L. 132-12 du Code de la propriété intellectuelle) et le contrat de production audiovisuelle (article L. 132-27 du Code de la propriété intellectuelle). Ainsi, aujourd'hui, la même la même obligation est valable aujourd'hui à propos de l'exploitation numériques des livres indisponibles (article L. 134-4 II du Code de la propriété intellectuelle). Plus récemment, a été acté la règle du *use « it or lose it »* (on s'en sert ou on le perd) dans le Code de la propriété intellectuel. Pour le droit d'auteur par exemple, l'article L. 131-5-2 I prévoit que « *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* ».

l'article 2011 du Code civil de la fiducie[350]. Il s'agit donc d'une opération dangereuse que la loi exclut, à juste titre, du seul consentement de l'auteur majeur sous curatelle. Le deuxième alinéa de l'article 468 du Code civil est catégorique à ce propos quand il précise que « *la personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur conclure un contrat de fiducie ni faire emploi de ses capitaux* ». La même disposition dans son second alinéa exige l'assistance du curateur « *pour introduire une action en justice ou y défendre* ».

250. Actions en justice et consentement du curatélaire. La lecture que l'on peut faire de ce dernier point est que toutes actions en justice, qu'elles portent sur les actes d'administration, de conservation et de disposition, doivent être accomplies avec l'assistance du curateur. Loin d'emporter l'adhésion, ce positionnement s'inscrit dans la même logique que l'article 475 alinéa 1er du Code civil qui prévoit le principe selon lequel « *la personne en tutelle est représentée en justice par le tuteur* [351]». Cette règle peut être critiquée à deux égards.

251. En premier lieu, il contribue à brouiller davantage la frontière entre acte d'administration et de disposition. Cela peut faire échec à l'efficacité en matière de réactivité dans la défense des droits du majeur protégé. Car, toutes les fois où ce dernier est témoin de violation d'un de ses droits, il sera tenu de rechercher l'assistance du curateur pour pouvoir ester valablement en justice. Pourtant, la jurisprudence, sous l'empire de la loi du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, faisait preuve d'un véritable réalisme. Ainsi, alors même que l'ancien article 510-2 du Code civil disposait que « *toute signification faite au majeur en curatelle doit l'être aussi à son curateur, à peine de nullité* », il a été jugé que « le majeur en curatelle peut,

[350] Selon l'article 2011 du Code civil, « *la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires* ».

[351] Selon l'article 475 du Code civil, « *La personne en tutelle est représentée en justice par le tuteur. Celui-ci ne peut agir, en demande ou en défense, pour faire valoir les droits extra-patrimoniaux de la personne protégée qu'après autorisation ou sur injonction du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué. Le juge ou le conseil de famille peut enjoindre également au tuteur de se désister de l'instance ou de l'action ou de transiger* ».

sauf application des dispositions particulières des articles 511[352] et 512[353] du Code civil, exercer seul les actions relatives à ses droits patrimoniaux et défendre à de telles actions ». Aussi, poursuit la Cour de cassation, « l'obligation d'information contenue dans l'article 510-2 du Code civil selon lequel toute signification au majeur en curatelle doit, à peine de nullité, l'être aussi à son curateur, est sans incidence sur la capacité d'agir en justice de la personne protégée qui s'apprécie selon le critère posé par l'article 464 du Code civil[354] ». Cette solution reflète parfaitement l'esprit de la curatelle dont le rôle est de permettre « la mise en place d'un dispositif d'assistance du majeur et non de représentation[355] ». Sous l'impulsion des reformes intervenues en 2007 et 2009, la jurisprudence a évolué et a acté la suppression de l'autonomie du majeur protégé en matière d'action en justice. Ainsi, il été jugé, en application de l'article 468 alinéa 3 du Code civil, que doit être cassée la décision condamnant « le majeur protégé au paiement de diverses sommes sans qu'il résulte des énonciations du jugement ni d'aucune autre pièce de la procédure que celui-ci ait été assisté de son curateur[356] ». Si la solution peut être salutaire pour le majeur protégé toutes les fois où son patrimoine ou ses droits personnels risquent d'être atteints sérieusement, il aurait été plus judicieux que le législateur lui permette d'exercer seul les actions en justice ayant pour objet la défense ou la protection de ses droits. Car, le choix de la solution catégorique retenue par l'alinéa 3 de l'article 468 du Code civil constitue un frein à l'impératif de

---

[352] Article 511 C. civ. (anciennement) : « *En ouvrant la curatelle ou dans un jugement postérieur, le juge, sur l'avis du médecin traitant, peut énumérer certains actes que la personne en curatelle aura la capacité de faire seule par dérogation à l'article 510 ou, à l'inverse, ajouter d'autres actes à ceux pour lesquels cet article exige l'assistance du curateur.*

[353]Article 512 C. civ. (Anciennement) : « *En nommant le curateur, le juge peut ordonner qu'il percevra seul les revenus de la personne en curatelle, assurera lui-même, à l'égard des tiers, le règlement des dépenses et versera l'excédent, s'il y a lieu, à un compte ouvert chez un dépositaire agréé.*

Le curateur nommé avec cette mission rend compte de sa gestion chaque année au juge des tutelles ».

[354] Article 464 C. civ. (anciennement) : « *Le tuteur peut, sans autorisation, introduire en justice une action relative aux droits patrimoniaux du mineur. Il peut de même se désister de cette instance. Le conseil de famille peut lui enjoindre d'introduire une action, de s'en désister ou de faire des offres aux fins de désistement, à peine d'engager sa responsabilité.*

Le tuteur peut défendre seul à une action introduite contre le mineur, mais il ne peut y acquiescer qu'avec l'autorisation du conseil de famille.

L'autorisation du conseil de famille est toujours requise pour les actions relatives à des droits qui ne sont point patrimoniaux ».

[355] Lamy Droit des personnes et de la famille, n° 248-53. La Cour de cassation a d'ailleurs eu l'occasion de préciser que le rôle du curateur est d'assister le majeur protégé et non de le représenter. V. notamment Civ., 1re, 10 juillet 1990, n° 89-11.213 : *AJ Famille* 2012 p.86, *obs*. Luc BRIAND.

[356] Civ. 1re, 4 nov. 2020, n° 19-17.442 : *RJPF*, n° 1, 1er janv. 2021.

célérité dans la protection non seulement des droits patrimoniaux, mais aussi extra-patrimoniaux de la personne et particulièrement en droit matière de droits d'auteur.

252. Ensuite, l'exigence d'une assistance du curateur dans le cadre des actions en justice est contraire à l'adage *accessorum sequitur principale*[357]. Par exemple, c'est en vertu de cette règle que le contrat de cautionnement prend fin une fois qu'est éteinte la dette garantie[358] ; c'est aussi en vertu de cette règle que sont qualifiées de possessoires, les actions en revendication de la possession ; c'est aussi en vertu de cette règle que les meubles affectés pour l'exploitation d'un immeuble par nature se voient appliqués le régime juridique des immeubles par nature. Mérite donc d'être posée, la question qui permet de savoir pourquoi, en matière de curatelle, les caractéristiques des actes d'administration, de conservation ne peuvent-elles pas rejaillir sur les actions déclenchées pour leur défense ? Plus précisément, l'on peut se demander pourquoi dans le cadre de la curatelle, le majeur protégé ne peut ester ou se défendre en justice pour toute action portant sur les actes d'administration ? Une réponse convaincante autre que celle reposant sur la protection du majeur protégé n'est pas aisée à trouver. Ce, d'autant plus que le majeur sous curatelle, comme souligné précédemment, n'est pas totalement privé de toutes ses capacités intellectuelles.

253. La particularité de la nature des biens intellectuels prise dans sa généralité permet d'espérer que la jurisprudence prenne en compte la spécificité du droit d'auteur qui, par principe, responsabilise l'auteur qu'il soit mineur ou majeur protégé. En s'inscrivant dans cette perspective, l'esprit des mesures de protection serait respecté. Un esprit qui n'est autre qu'un accompagnement de la personne protégée vers une autonomie totale en termes d'accomplissement de la plupart des actes juridiques.

254. En résumé, on constate que les mesures de protection portent au fond sur le rôle que joue la personne appelée à assister ou à représenter la personne protégée. Ainsi d'une autonomie sous surveillance dans le cadre de la sauvegarde de justice, on assite à un accroissement progressif du rôle du curateur avec davantage d'autonomie accordée au majeur protégé en ce sens que le curateur « n'administre et n'agit pas lui-même ; tout son rôle se borne à donner ou à refuser son consentement aux différents

---

357 Règle selon laquelle, l'accessoire suit le principal.

358 Article 2313 Code civil : « *L'obligation de la caution s'éteint par les mêmes causes que les autres obligations.*
Elle s'éteint aussi par suite de l'extinction de l'obligation garantie ».

actes accomplis par l'incapable[359] ». Ce qui différent de la tutelle où on assiste à un renforcement des pouvoirs du tuteur.

C : LA VALEUR DU CONSENTEMENT DANS LE CADRE D'UNE TUTELLE

255. La tutelle des majeurs, régime de protection le plus intrusif, est un régime « sous lequel peut être placé un majeur qui, en raison d'une altération de ses facultés personnelles, a besoin d'être représenté d'une manière continue dans les actes de la vie civile[360] ». Le régime juridique de la tutelle des majeurs est exposé au sein des articles 425[361] et 440 et suivants du Code civil.

256. L'analyse qui va suivre ne portera pas sur l'aptitude du majeur à être titulaire d'une œuvre de l'esprit et donc de droits intellectuels. Ce choix est dicté par deux raisons. Tout d'abord, le majeur frappé d'incapacité ne perd pas la qualité d'auteur. Ensuite, la mesure de protection ouverte à propos d'un majeur incapable « n'a aucune incidence sur la titularité des droits d'auteur sur les œuvres créées avant sa mise en place et ne remet pas en cause l'inspiration créatrice de la personne pour l'avenir »[362].

257. L'autonomie du majeur sous tutelle. Il est à noter que depuis la réforme du 5 mars 2007[363], les mesures de protection sont moins invasives dans la vie de l'incapable. Le législateur a entendu préserver le plus possible les droits liés intrinsèquement à la personne en favorisant, à chaque fois que faire se peut, l'expression de sa volonté. Ce faisant, la loi n'a fait que suivre une tendance jurisprudentielle qui considérait les mesures de protection comme des mesures qui « ont pour objet, d'une façon générale, de pourvoir à la protection de la personne et

---

[359] Marcel PLANIOL, *op. cit.,* n°2178.

[360] Gérard Cornu, « *Vocabulaire juridique* », *opt. cit.*

[361] Selon l'article 425 du Code civil alinéa 1er, « *Toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier d'une mesure de protection juridique prévue au présent chapitre* ». Si la tutelle est décidée par exemple, elle aura pour objectif nous dit le second alinéa, « *la protection tant de la personne que des intérêts patrimoniaux de celle-ci. Elle peut toutefois être limitée expressément à l'une de ces deux missions* ».

[362] Thibault Douville, *Le droit d'auteur du majeur protégé », in « Nouveau droit des majeurs protégés*, Dalloz, 2012, p. 125. Pour plus de développements sur la question de la titularité, *Conf.* para. 1 de ce chapitre.

[363] Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs. Cette loi se veut respectueuses de la préservation des libertés individuelles et oblige les acteurs concernés dans la prise d'une mesure de protection à examiner graduellement toutes les mesures applicables.

des biens de l'incapable[364] ». La réforme de 2007 a ainsi donné naissance à l'article 415 du Code civil qui insiste, dans son alinéa troisième *in fine*, sur le fait que les mesures de protections doivent avoir pour finalité de favoriser « *dans la mesure du possible, l'autonomie* » de la personne protégée. Ce positionnement est tout à fait conforme aux recommandations du Conseil de l'Europe qui invite les Etats membres à une « préservation maximale de la capacité » des personnes sous mesures de protection. Ainsi, le législateur est invité, « *dans toute la mesure du possible, à reconnaître que différents degrés d'incapacité peuvent exister et que l'incapacité peut varier dans le temps. Par conséquent, une mesure de protection ne devrait pas automatiquement conduire à une restriction totale de la capacité juridique. Toutefois, une limitation de cette dernière devrait être possible lorsqu'elle apparaît de toute évidence nécessaire à la protection de la personne concernée*[365] ». Dans le même sens, le second alinéa de l'article 428 du Code civil précise que la mesure doit être « *proportionnée et individualisée en fonction du degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé* ». La CEDH, dans une décision de 2008, a jugé que violait « l'article 8 de Convention européenne des droits de l'homme, une législation qui, ne connaissant que la capacité ou l'incapacité totale, ne dispose d'aucune solution intermédiaire permettant de proportionner la mesure à la situation de l'intéressé[366] ».

258. Cette évolution législative rejoint la vision du droit de la propriété littéraire et artistique qui a, dès l'adoption de la loi de 1957, reconnu plus d'autonomie voire d'indépendance au majeur incapable. La vision autonomiste ainsi exprimée résulte de la nature hybride du droit d'auteur en ce sens qu'il est composé d'un droit moral et d'un droit patrimonial. Le droit moral du droit d'auteur comprenant le droit au nom, le droit de repentir, le droit de retrait, le droit de divulgation, le droit au respect de l'œuvre. Ces attributs étant intrinsèquement liés à la personne de l'auteur, toute décision les concernant doit sinon venir directement de l'auteur, sinon recueillir son assentiment.

259. Cette analyse trouve un appui au sein de l'article 458 du Code civil qui précise dans son premier alinéa que, « *sous réserve des dispositions particulières prévues par*

[364] Civ., 1re, 18 avril 1989, n° 87-14.563 : *RDSS*. 1990, obs. Françoise MONEGER ; *JCP G 1990, II, 21467*, note Thierry FOSSIER.
[365] Conseil de l'Europe, Recommandation n° R (99) 3 du comité des ministres aux États membres sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables adoptée le 23 février 1999.
[366] CEDH, sect. I, 27 mars 2008, C. c/ Russie, n° 44009/05.

la loi, l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée ». L'œuvre de l'esprit étant considérée comme une prolongation de la personne de son auteur, tout acte en principe relatif à son utilisation doit recueillir le consentement de celui qui la créé. Cette vision épouse parfaitement la vision française de la matière. Une vision qui considère l'œuvre comme « le reflet ou l'expression de la personnalité de son auteur : tant que l'œuvre subsiste et peut être au public, c'est une part de la personne de l'auteur qui survit avec elle[367] ». Sur cette base, repose l'argument qui défend le caractère perpétuel du droit moral de l'auteur. A ce propos d'ailleurs, on peut rappeler l'argument du professeur Desbois qui précisait à juste titre que le caractère perpétuel du droit moral se « justifie par la longévité de l'œuvre, qui survit à l'extinction du monopole et continue de porter l'expression de la personnalité de l'auteur[368] ». Même mort donc, ces droits restent attachés à la personne de son auteur étant donné que l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle précise que le droit moral de l'auteur est « *perpétuel, inaliénable et imprescriptible* ». A ce titre, ces droits doivent être exercés au service de la personnalité de l'auteur même s'ils perdent de leur intensité avec le temps.

260. Ainsi, le majeur sous tutelle peut tout à fait conserver son autonomie décisionnelle sans être accompagné par son tuteur dans le cadre de l'accomplissement des actes ayants trait au droit moral de l'auteur. A ce propos, le dernier alinéa de l'article 458 du Code civil liste d'ailleurs un certain nombre d'actes qui « *sont réputés strictement personnels* » et qui ne peuvent être pris que par le majeur protégé. Il s'agit de la « *déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant* ». En faisant une analyse croisée entre cette disposition et certains composants du droit d'auteur, on peut estimer par exemple que le droit de divulgation qui consiste à porter l'œuvre à la connaissance du public est comparable à une déclaration de naissance. En résumé, la tutelle n'a pas pour vocation de perturber le schéma général relatif au fonctionnement du droit de la propriété littéraire et artistique.

---

[367] Frédéric POLLAUD-DULIAN, *« Le droit d'auteur »*, 2e éd. Economica, n°574.
[368] Henri DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 3e éd., Dalloz, 1978, n°382.

261. Insanité d'esprit totale et consentement. Cela dit, peut se poser le cas spécifique de la question relative à l'absence de consentement consécutif à un état d'insanité d'esprit complet. Si la gestion des droits patrimoniaux de la personne concernée ne pose pas de difficultés, celle relative aux droits moraux soulève des interrogations. En effet, peut-on laisser l'auteur exercer librement le droit de retrait, le droit de repentir ou encore le droit de divulgation sachant qu'il souffre d'une insanité d'esprit ? Par exemple, quelle attitude faudrait-il adopter face à un auteur souffrant de démence qui décide de détruire ses créations ? La réponse à cette question peut être calquée sur celle qui a été construite autour de l'adoption d'une personne qui n'est pas en mesure de donner son consentement. Ainsi, en 2008, il a été jugé par exemple que « le consentement d'un majeur protégé à sa propre adoption qui est un acte strictement personnel ne peut être donné en ses lieu et place par son tuteur[369] ». Il ressort de cette solution une prééminence du consentement de la personne par rapport à son intérêt. Etant donné qu'une personne qui souffre d'une insanité d'esprit peut parfaitement avoir un intérêt à être adopté au même titre qu'un enfant de moins de 13 ans. En suivant la logique de la solution jurisprudentielle de 2008 précitée, « le majeur protégé inapte à exprimer un consentement se trouverait discriminé sur la base de son âge, puisqu'une personne dans la même situation qui aurait moins de 13 ans pourrait être adoptée sans qu'il soit nécessaire de recueillir son consentement. Il serait également discriminé à raison de son état de santé, puisqu'un majeur protégé plus autonome, ou une personne en bonne santé, pourrait consentir à sa propre adoption[370] ». C'est sans doute cet argument qui a convaincu les juges avesnois lorsque leur a été posée la question de l'adoption d'un majeur qui n'était pas en mesure de manifester matériellement son consentement. En effet, le TGI d'Avesnes-sur-Helpe a estimé qu'une interprétation *stricto sensu* de l'article 458 du Code civil conduit à une discrimination au détriment du majeur handicapé mental et qu'au regard « des article 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, il doit être considéré qu'une requête en adoption simple d'un majeur protégé, incapable de donner son consentement, doit être accueillie favorablement si la situation personnelle et particulière de la personne le justifie[371] ». En d'autres termes, l'intérêt de la personne concernée doit pouvoir primer sur le principe de son consentement. Cette approche se

[369] Civ. 1re, 8 oct. 2008, n° 07-16.094, *D.* 2008. AJ 2663, obs. Vincent ÉGEA.
[370] Julie MATTIUSSI, « Adoption simple d'un majeur protégé : quand l'intérêt prime le consentement », *AJ fam*. 2018, p.674.
[371] TGI Avesnes-sur-Helpe, 13 juin 2018 ; *AJ fam*. 2018, p.674, obs. Julie MATTIUSSI.

trouve aujourd'hui consacrée par l'ordonnance du 5 octobre 2022[372] à travers l'article 350 du Code civil qui prévoit désormais que « *le tribunal peut prononcer l'adoption, si elle est conforme à l'intérêt de l'adopté, d'un mineur âgé de plus de treize ans ou d'un majeur protégé, l'un et l'autre hors d'état d'y consentir personnellement, après avoir recueilli l'avis d'un administrateur ad hoc ou de la personne chargée d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne* ». L'extrapolation de cette solution permet une application tout à fait envisageable sur l'auteur majeur qui serait dans l'impossibilité matérielle de donner son consentement. Etant donné que si par principe, « les actes conclus sont susceptibles d'annulation pour insanité d'esprit au moment de l'acte(…)[373] », il est tout à fait possible d'envisager leur confirmation toutes les fois où il est prouvé qu'ils ont été pris dans l'intérêt strict de l'auteur.

262. Actes de disposition, actes d'administration et consentement. L'autre principale difficulté que l'on rencontre à propos des incapacités appliquées au droit d'auteur est la distinction entre acte de disposition et acte d'administration. Si dans d'autres disciplines juridiques, l'intérêt de la distinction peut être double, en droit de la propriété littéraire et artistique, trois interrogations peuvent être soulevées. Il s'agit tout d'abord de connaitre la nature juridique des actes applicables aux attributs du droit moral de l'auteur, notamment lorsque le droit moral implique des conséquences patrimoniales. Ensuite, à propos du droit patrimonial, quels sont les actes qui peuvent être qualifiés de disposition et quels sont ceux qui peuvent être qualifiés d'administration. Ces interrogations ont le mérite d'être posées en ce sens qu'elles permettent de déterminer avec précision les actes que peut prendre seul ou non le tuteur.

263. La détermination des actes de disposition et d'administration repose naturellement sur les critères dégagés par le droit des personnes protégées. Le décret du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle[374] propose des définitions permettant de différencier l'acte

[372] Ordonnance n° 2022-1292 du 5 octobre 2022 prise en application de l'article 18 de la loi n° 2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption.
[373] Annick BATTEUR, Laurence MAUGER-VIELPEAU, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés* », *op. cit.*, n° 1415.
[374] Décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du Code civil.

d'administration de l'acte de disposition. Ainsi, constituent des actes d'administration, selon l'article 1er de ce décret, les « *les actes d'exploitation ou de mise en valeur du patrimoine de la personne protégée dénués de risque anormal* ». L'article suivant définit les actes de disposition comme « *les actes qui engagent le patrimoine de la personne protégée, pour le présent ou l'avenir, par une modification importante de son contenu, une dépréciation significative de sa valeur en capital ou une altération durable des prérogatives de son titulaire* ».

264. L'analyse croisée et appliquée au droit d'auteur de ces deux définitions peut laisser penser que la classification des actes en actes d'administration et de disposition est aisée. En effet, on peut être tenté de mettre tous les actes relatifs à l'exploitation patrimoniale des œuvres artistiques dans la catégorie des actes de disposition et de considérer le reste des autres actes comme des actes d'administration. Dans cette logique, les actes graves tels que la cession, la concession ou encore les actes à titre gratuit seront considérés comme des actes de disposition.

265. Aussi, on peut être tenter de classer tous les actes relatifs au droit moral dans la catégorie des actes d'administration. Cependant, ce serait oublier qu'en droit d'auteur, la frontière entre le droit moral et le droit patrimonial est parfois extrêmement fine. Le plus souvent, l'exercice du droit patrimonial dépend fortement de l'accomplissement par l'auteur d'un attribut du droit moral. Comment, par exemple, conclure un contrat de cession sans que l'œuvre ne soit divulguée ? Or, le droit de divulgation est un attribut du droit moral qui ne peut, en principe, être exercé que par l'auteur. En soit, la divulgation d'une œuvre est un acte grave. Cette interrogation conforte la qualification de droits-fonction retenue à propos de certains attributs du droit moral. Pour rappel les droits-fonctions sont « ceux qui sont donnés à une personne pour être exercés dans l'intérêt d'autres personnes ou dans un intérêt qu'il partage avec d'autres[375] ».

266. Aussi, l'exercice par l'auteur d'un droit moral peut perturber l'existence d'un droit patrimonial déjà cédé. Pour preuve, on peut citer la mise en œuvre par l'auteur de son droit de retrait ou de repentir. La nature même de ces attributs du droit moral

[375] V. le Commentaire par Frédéric POLLAUD-DULIAN de Civ. 1re, 14 mai 1991. *Raymond Chiavarino dit Marie c. Sté parisienne d'éditions SPE* ; *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 47, 20 novembre 1991, II 21760.

les empêche d'être classés dans l'une ou dans l'autre catégorie. D'ailleurs, l'article L. 121-4 du Code de la propriété intellectuelle illustre parfaitement cette analyse. En ce sens qu'il prend en compte les conséquences patrimoniales qu'implique la mise en œuvre de ces deux attributs du droit moral de l'auteur. Ainsi, précise l'article, même après la cession de son droit d'exploitation, si l'auteur « *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 originairement choisi et aux conditions originairement déterminées* ». Ce texte permet de mettre en évidence les insuffisances de la loi de 2007[376] qui n'envisage pas de manière explicite les actes mixtes, personnels et patrimoniaux.

267. La classification en acte d'administration et acte de disposition ne peut donc reposer sur la distinction entre droit moral et droit patrimonial. Ce dernier droit étant incorporel par définition, l'application du droit commun des incapacités aboutit à qualifier de disposition tous les actes qui s'y réfèrent. Car, sont qualifiés, par l'annexe 2[377], colonne 2, I, 3° du décret du 22 décembre 2008, d'actes de disposition, la « *vente, l'échange, la dation de droits incorporels ; la conclusion d'un contrat d'exploitation d'un droit ou d'un meuble incorporel*[378] ».

268. Cela étant, on peut soutenir par principe, en application de l'alinéa 1er de l'article 505 du Code civil, que le tuteur ne peut prendre seul les actes relatifs aux droits d'auteur de l'auteur majeur sous tutelle. Il doit pour cela obtenir l'autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles[379] en ce sens que les dispositions évoquées ne l'incitent pas « à franchir la frontière des actes de disposition[380] ». En d'autres termes, par défaut, et au cas par cas, il peut passer les actes qui remplissent les critères d'actes

[376] Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.
[377] L'annexe n° 1 contient la « liste des actes regardés comme actes d'administration ou comme actes de disposition » tandis que dans l'annexe n°2 on retrouve « liste des actes regardés comme des actes d'administration ou de disposition sauf circonstances d'espèce ».
[378] Décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du Code civil.
[379] Art. 505 al. 2 C. civ., « *le tuteur ne peut, sans y être autorisé par le conseil de famille ou, à défaut, le juge, faire des actes de disposition au nom de la personne protégée* ».
[380] Thibault DOUVILLE, *« Le droit d'auteur du majeur protégé* », in « *Nouveau droit des majeurs protégés* », *op. cit* p. 126.

d'administration. Pour ce faire, il doit veiller à ce que ces actes n'aient pas de « conséquences importantes sur le contenu ou la valeur du patrimoine de la personne protégée, sur les prérogatives de celle-ci ou sur son mode de vie[381] ». Il est dès lors évident que ne peuvent faire partir de ces actes, les contrats d'exploitation du droit d'auteur telle la cession.

269. Cependant, les actes relatifs à la défense du respect de l'œuvre, à la préservation de l'intégrité de l'œuvre peuvent logiquement recueillir la qualification d'acte d'administration qui peuvent donc être passés seul par le tuteur. Car, ils ne sont pas de nature à amoindrir le patrimoine de l'auteur ni de nature à porter atteinte à son droit moral. Au contraire, ils ont pour objectif de faire respecter les droits de la personnalité de l'auteur[382]. Dans la même logique, l'article 504 du Code civil prévoit qu'en principe « *le tuteur accomplit seul les actes conservatoires et, sous réserve des dispositions du second alinéa de l'article 473[383], les actes d'administration nécessaires à la gestion du patrimoine de la personne protégée. Il agit seul en justice pour faire valoir les droits patrimoniaux de la personne protégée* (...) ». Il ressort de cette analyse que la valeur du consentement de l'auteur dans le cadre d'une tutelle dépend de la catégorie à laquelle l'acte en cause appartient. Les actes d'administration peuvent être accomplis par le tuteur seul toutes les fois où ils ne sont pas considérés comme

[381] V. l'article 1er *in fine* du décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du Code civil.

[382] Par exemple, il a été jugé que les héritiers de l'auteur d'un film en noir et blanc étaient recevables à s'opposer à la diffusion à la télévision française d'une version coloriée dudit film. Car, estime la Cour de cassation, « en France, aucune atteinte ne peut être portée à l'intégrité d'une œuvre littéraire ou artistique, quel que soit l'Etat sur le territoire duquel cette œuvre a été divulguée pour la première fois; la personne qui est l'auteur du seul fait de sa création est investie du droit moral institué à son bénéfice par l'article 6 de la loi du 11 mars 1957, ces règles sont des lois d'application impérative (Civ.1re, 28 mai 1991, n° 89-19.522, 89-19.725 : *JurisData* n° 1991-001486 ; André Françon, « Colorisation des films. Droit au respect des auteurs. Contrat régi par une loi étrangère ne reconnaissant pas ce droit. Loi française d'application impérative », *RTD com.* 1991, p.386.) ». Certes, l'intérêt principal de cet arrêt demeure l'application par le « droit international privé français qui impose sa conception de l'auteur, personne physique, comme sujet des prérogatives, notamment d'essence morale (Jean-Sylvestre Bergé, « Synthèse - Droit européen et droit international de la propriété littéraire et artistique », *JCl. Propriété littéraire et artistique*, 2022.) », cependant, il a le mérite de permettre à d'autres, en l'occurrence les héritiers, de défendre le droit moral de l'auteur décédé. Par extrapolation, cette solution peut tout à fait permettre au tuteur d'un auteur d'agir dans mêmes conditions

[383] Article 473 Code civil : « *Sous réserve des cas où la loi ou l'usage autorise la personne en tutelle à agir elle-même, le tuteur la représente dans tous les actes de la vie civile.*
Toutefois, le juge peut, dans le jugement d'ouverture ou ultérieurement, énumérer certains actes que la personne en tutelle aura la capacité de faire seule ou avec l'assistance du tuteur ».

strictement personnels au majeur sous tutelle. Tandis que les actes de disposition doivent être autorisés par le juge des tutelles. Cela dit, le choix de ces actes doit être guidé par l'impératif de concilier la préservation des droits patrimoniaux de l'auteur avec l'accomplissement de sa mission par le tuteur.

270. En résumé, le tuteur n'a pas vocation à être le remplaçant de la personne protégée, mais son représentant. Sur ce point d'ailleurs, l'article 475 du Code civil prévoit que « *la personne en tutelle est représentée en justice par le tuteur. Celui-ci ne peut agir, en demande ou en défense, pour faire valoir les droits extra-patrimoniaux de la personne protégée qu'après autorisation ou sur injonction du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué. Le juge ou le conseil de famille peut enjoindre également au tuteur de se désister de l'instance ou de l'action ou de transiger* ». La jurisprudence applique de manière stricte cette logique. Ainsi, par exemple, a été jugé irrecevable le pourvoi dirigé contre une personne sous tutelle sans que le tuteur ne soit visé[384]. Cela dit, se pose la question des actions en justice qui portent sur le droit moral de l'auteur. A ce niveau, on peut émettre deux solutions : soit l'acte en question n'a aucune incidence sur le droit patrimonial de l'auteur, dans cette hypothèse, le majeur protégé exerce seul l'action. C'est par exemple le cas en matière du respect du nom ou de l'intégrité de l'œuvre que l'on peut considérer comme des actes purement personnels à l'auteur au sens de l'article 458 du Code civil. D'ailleurs, en droit de la famille, il a été jugé par exemple que « l'appel d'une décision du juge des enfants qui restreint l'exercice des droits de l'autorité parentale d'un majeur protégé constitue un acte strictement personnel que celui-ci peut accomplir sans assistance ni représentation[385] ». Ensuite, si l'acte en cause à une incidence patrimoniale pour le majeur protégé, dans cette hypothèse, l'intervention du tuteur est nécessaire. En tout état de cause, celle-ci doit être nécessaire si la personne protégée est dans une incapacité matérielle de donner son consentement à l'image de ce que prévoit l'article 350 du Code civil[386].

[384] Civ. 3e, 4 mars 1998, n° 95-18.503.
[385] Civ. 1re, 6 nov. 2013, no 12-23.766 ; *RTD civ*. 2014, p. 84, obs. Jean HAUSER.
[386] Article 350 Code civil : « *Le tribunal peut prononcer l'adoption, si elle est conforme à l'intérêt de l'adopté, d'un mineur âgé de plus de treize ans ou d'un majeur protégé, l'un et l'autre hors d'état d'y consentir personnellement, après avoir recueilli l'avis d'un administrateur ad hoc ou de la personne chargée d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne* ».

271. Par ailleurs, les comportements adoptés par la personne sous tutelle lors d'une procédure judiciaire sont analysés isolément de ceux du tuteur. Sur ce point, il a été précisé qu'une « déclaration émanant du représentant légal d'une personne placée sous tutelle ne peut valoir aveu opposable à cette dernière[387] ». Autrement dit, la représentation du majeur protégé ne peut aucunement être accomplie à son détriment. On retrouve la même logique dans le cadre de l'habilitation familiale.

272. L'habilitation familiale. Le régime de l'habilitation familiale est exposé aux articles 494-1 à 494-12 du Code civil. Le mécanisme est immédiat étant donné qu'il répond à un besoin actuel et présent. Ensuite, sa mise en place ne dépend pas de la personne à protéger, mais du juge qui choisit la personne à habiliter parmi les membres de la famille de la personne concernée. En effet, l'article 494-1 du Code civil précise que, pour assister la personne vulnérable, « *le juge des tutelles peut habiliter une ou plusieurs personnes choisies parmi ses ascendants ou descendants, frères et sœurs ou, à moins que la communauté de vie ait cessé entre eux, le conjoint, le partenaire auquel elle est liée par un pacte civil de solidarité ou le concubin* (…) ».

273. Le consentement du représentant. Pour conclure cette section il est possible de soulever la question suivante : quel consentement donne le représentant (ou dans une certaine mesure l'assistant) dans l'accomplissement de sa mission ? Le sien ou celui du majeur protégé ? Une analyse des règles qui régissent ces questions permettent de dire qu'il exprime le consentement du majeur protégé tandis que l'assistant exprime son propre consentement. Dans les deux cas, il s'agit d'un consentement orienté vers la protection des intérêts du majeur protégés. En effet le rôle ou la fonction du représentant ressemble à une charge ministérielle à l'instar des professions réglementées. Ainsi, il a pour mission de prendre des décisions allant dans le sens de la préservation des intérêts de la personne frappée d'incapacité. Dans le souci de bien accomplir sa mission pour ne pas être en contravention avec la loi et engager sa responsabilité, il prend souvent des décisions en relation le consentement du majeur protégé. Même si, comme le souligne Marcel Planiol, il « n'exprime pas la volonté du représenté puisque celui-ci réputé légalement incapable d'en avoir une. Il exprime donc une volonté propre qui remplace celle de l'incapable[388] ». Pour schématiser la

[387] Civ. 1re, 2 avr. 2008, n°07-15.820 ; *RLDC* 2008/50, n°3037, obs. Jeanne ; *RTD civ*. 2008, p.452, obs. Jean HAUSER.
[388] Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome 1er, éd. 4, LGDJ, 1948, n°2175.

configuration, on peut dire que le représentant essaye d'exprimer le plus possible le consentement de la personne protégée tout en potentiellement engageant sa propre responsabilité.

Section 2 : L'auteur et l'intégrité du consentement

274. L'objet du droit de la propriété intellectuelle porte sur les biens intellectuels qui, eu égard à leurs spécificités, doivent s'adapter aux règles juridiques qui régissent la formation des contrats en droit commun. En tant que biens, ils peuvent faire l'objet de transactions en ce sens qu'ils sont admis dans le commerce juridique.

275. L'accomplissement des transactions sur les biens en général, et sur les biens intellectuels en particulier, nécessite que l'on ait l'aptitude d'être titulaire des droits et d'en jouir comme il a été démontré précédemment. Par principe donc, la loi fait de l'incapacité d'exercice et de jouissance des causes de nullité du contrat comme le précise l'article 1129 du Code civil qui dispose que « *conformément à l'article 414-1, il faut être sain d'esprit pour consentir valablement à un contrat* ». Cependant, le législateur ne se limite pas à ces deux éléments. Ainsi, une personne peut être pleinement capable, exempte de toute incapacité de jouissance ou d'exercice, et obtenir l'annulation d'un engagement pris vis-à-vis de son cocontractant. Afin d'éviter une telle issue, le consentement des parties doit d'être intègre, c'est-à-dire présenter une certaine qualité étant donné que « contracter, ce n'est pas seulement consentir, c'est consentir en pleine connaissance de cause et librement[389]». L'exigence d'un consentement libre et éclairé de l'auteur suppose que les parties s'engagent en pleine connaissance de cause sur les tenants et les aboutissants du contrat (§1) et qu'aucune situation particulière n'oblige l'une d'elle à s'engager (§2).

§1 : L'exigence d'un consentement libre et éclairé de l'auteur

276. Le Code de la propriété intellectuelle ne fait aucune référence à l'exigence d'un consentement libre et éclairé. Ses dispositions se contentent, souvent, d'énumérer les contrats d'exploitation des œuvres de l'esprit sans se préoccuper de leur validité. C'est donc tout naturellement que l'on se tourne vers les règles du droit commun pour traiter de cette question ainsi que de la spécificité qui peut en résulter à raison de la

[389] François TERRE, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE et François CHENEDE, *Droit civil Les obligations*, 12e éd., Dalloz, 2018, n°270.

particularité des biens traités. Ainsi, la logique invite à suivre l'ordre retenu par le législateur à travers l'article 1130 du Code civil[390].

277. Dans un premier temps, l'analyse portera sur l'erreur que peut commettre l'auteur dans le cadre d'une opération juridique portant sur son œuvre (**A**). Dans un second temps, il sera question de savoir dans quelle mesure cette erreur peut être provoquée par le cocontractant (**B**).

A : L'ERREUR DE L'AUTEUR

278. Eléments de définition. Le terme erreur dérive du latin *error* qui signifie « action d'errer çà et là ». Selon le petit Larousse, l'erreur est le fait de « se tromper, d'adopter ou d'exposer une opinion non conforme à la vérité, de tenir pour vrai ce qui est faux ». L'erreur, c'est donc le fait de se méprendre, c'est-à-dire, de prendre pour vrai ce qui est faux et pour faux ce qui est vrai. Dans un sens général, elle renvoie à l'état d'esprit d'une personne face à une situation à un moment donné de son existence. Cette vision recoupe grandement la définition juridique de la notion. C'est pourquoi, les juristes s'accordent pour soutenir que l'erreur c'est le fait de se tromper en accomplissant un acte sous l'empire d'une fausse représentation de la réalité contractuelle[391].

279. Le législateur ne définit pas la notion de manière explicite. Il se contente simplement d'indiquer dans quelle circonstance certaines catégories d'erreurs peuvent conduire à la nullité d'une convention. Abordant la notion, l'article 1132 du Code civil indique simplement que « *l'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant* ». Ce positionnement est de la même veine que la définition de l'ancien article 1110 du Code civil qui disposait que « *l'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. Elle n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la*

[390] Article 1130 alinéa 1er du Code civil : « *L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes* ».
[391] Gerard CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit*.

convention ». Avec la réforme du 10 février 2016[392], le législateur aurait dû aller un peu plus loin dans la définition pour que la notion soit d'avantage compréhensible, étant donné que l'imprécision dans la définition d'une notion juridique peut être de nature à perturber le principe de sécurité juridique dans les relations contractuelles. Par exemple, l'*errans*, qui n'en serait pas un en réalité, peut chercher à se soustraire d'un engagement qui ne tourne pas à son avantage. De ce point de vue, une définition législative précise se devrait de trouver un équilibre entre, d'une part, le souci de donner « l'efficacité à un engagement contractuel qui correspond à la volonté réelle de celui qui l'a pris et, d'autre part, celui de mettre un contractant à l'abri d'une nullité qu'il ne pouvait prévoir[393] ».

280. Néanmoins, la dernière réforme du droit des contrats a le mérite d'avoir précisé les domaines de l'erreur. Ce qui n'était pas le cas sous l'empire de l'ancienne loi. Ainsi, la loi encadre désormais l'erreur sur les qualités essentielles de la prestation[394], l'erreur sur les qualités essentielles de la personne lorsque le contrat est conclu en considération de la personne[395], l'erreur sur un simple motif lorsque les parties en « *ont fait un élément déterminant de leur consentement*[396] ». Dans la liste, il ne faut surtout pas voir une condamnation par loi de l'erreur obstacle[397].

281. En droit d'auteur, la question à laquelle on est amené à répondre est de savoir, parmi ces catégories d'erreurs, laquelle l'auteur d'une œuvre de l'esprit est-il susceptible de rencontrer ? L'analyse qui suit portera dans un premier temps sur

---

[392] Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations modifiée par la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018.

[393] François TERRE, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHENEDE, *« Droit civil Les obligations* », *op. cit*. p. 310.

[394] Article 1132 du Code civil : « *L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant* ».

[395] Article 1134 du Code civil : « *L'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant n'est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne* ».

[396] Article 1135 du Code civil : « *L'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la prestation due ou du cocontractant, n'est pas une cause de nullité, à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement.*
Néanmoins l'erreur sur le motif d'une libéralité, en l'absence duquel son auteur n'aurait pas disposé, est une cause de nullité ».

[397] On peut être d'avis avec la majorité de la doctrine qui refuse de voir dans le silence de la loi sur l'erreur obstacle comme un abandon de la notion. V. en ce sens François TERRE *adde.,* « *Droit civil Les obligations* », n°274 *op. cit*.

l'erreur obstacle qui semble avoir été oubliée par le législateur lors de la dernière réforme avant les autres catégories consacrées par la loi.

282. L'erreur obstacle et le consentement de l'auteur. L'erreur obstacle est celle qui fait que « l'accord ne s'est pas opéré parce que les parties n'ont pas, en réalité, voulu la même chose. Il manque au contrat une condition essentielle à sa formation : l'intention commune, l'entente véritable[398] ». Selon les termes employés par la Cour de cassation, il s'agit d'une erreur faisant « obstacle à la rencontre des volontés[399] ».

283. L'erreur obstacle peut se rencontrer dans l'élaboration des conventions en droit d'auteur à raison des règles très strictes qui les encadrent. Ainsi, par exemple, dans les contrats de cession de droit d'auteur, toute opération sur le droit moral peut être considérée comme une erreur obstacle en ce sens que ce droit est « *perpétuel, inaliénable et imprescriptible* » selon les termes de l'alinéa 3 de l'article 121-1 du Code la propriété intellectuelle. Toute transaction sur le nom, sur l'intégrité de l'œuvre ou sur l'exercice du droit de retrait ou de repentir peut être considérée par une partie comme une méprise totale sur le contenu du contrat en ce sens que la règle est d'ordre public. Par ailleurs, le contrat peut être considéré comme nul pour objet illicite conformément à l'article 1128 du Code civil qui prévoit qu'outre le consentement des parties et leur capacité à contracter, pour être valable, le contrat doit avoir « *un contenu licite et certain* ».

284. Qualités essentielles, valeur réelle de la chose et erreur. En dehors de cette particularité, l'erreur que l'auteur peut être susceptible de commettre sera analysée de la même manière que l'est l'erreur dans le droit commun des contrats. Ainsi, l'auteur qui invoque l'erreur pour vice de consentement sur les qualités essentielles de la prestation doit prouver que son erreur est excusable pour obtenir gain de cause. Le caractère inexcusable de l'erreur tient plus de la qualité de la personne qui l'invoque. L'erreur peut porter également sur la valeur réelle de l'œuvre, objet de la

[398] François TERRE, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHENEDE, *Les obligations*, Dalloz 2005, n° 209, p. 216.
[399] Civ. 3e, 21 mai 2008, n° 07-10772 ; *Bull. civ*. III, n° 92 ; *Contrats, conc. consom*. 2008, n°224, obs. Laurent LEVENEUR ; *D.* 2008, p. 2965.

cession. Dans une telle hypothèse, l'auteur qui fait une inexacte appréciation économique ne peut obtenir la nullité du contrat sur le fondement de l'erreur[400].

285. En effet, dans de pareilles circonstances, il serait illogique que l'auteur d'une œuvre d'esprit agisse sur ce fondement pour obtenir la nullité du contrat. L'œuvre étant issue de son travail artistique, il est censé avoir eu suffisamment de temps pour la connaître dans ses moindres contours et d'en déterminer la valeur. Il demeure le seul véritable expert du fruit de son travail artistique. De ce fait, il ne peut lui être permis de commettre des erreurs dans l'expression de son consentement dans le cadre d'une vente en dehors de l'hypothèse classique où il remettrait à son cocontractant une œuvre autre que celle cédée. Cependant, ce raisonnement peut ne pas être valable lorsqu'il s'agit du titulaire des droits qui n'a pas la qualité d'auteur.

286. L'erreur du titulaire des droits. Le titulaire des droits est considéré comme un simple propriétaire de biens sur qui les règles du droit commun du consentement peuvent recevoir application sans aucune restriction. En effet, comme il a été démontré précédemment[401], il acquiert sa titularité soit par contrat de vente, soit par la donation, soit par succession *etc*. A ce titre, il peut logiquement invoquer l'article 1132 du Code civil qui dispose que « *l'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant* ». Sur la question, le marché de l'art offre de nombreuses illustrations jurisprudentielles, à l'image du célèbres arrêt « Poussin » de 1978. En l'espèce, des époux avaient vendu une toile qu'un expert avait attribué à « l'Ecole des Carraches ». Lors de la vente, la réunion des musées nationaux a préempté et l'a exposé comme la toile « comme une œuvre originale de Nicolas Poussin », d'où la demande en nullité de la vente des époux sur le fondement de « l'erreur sur la qualité substantielle de la chose vendue ». La Cour d'appel de Paris, pour rejeter la demande, avait estimé qu'il « n'était pas prouvé que le tableau litigieux fut une œuvre authentique de Nicolas Poussin[402] ». Censurant cette

[400] Selon l'article 1136 du Code civil, « *l'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité* ».

[401] *Conf*. le para. 1er de ce chapitre.

[402] Cette solution avait convaincu une partie de la doctrine à l'image du professeur Phillipe MALINVAUD qui soulignait que « l'erreur s'appréciant nécessairement par référence à une vérité certaine, comment pouvait-on prétendre avoir commis une erreur, alors que nul ne connaissait la vérité (…)? Le vendeur

position, la Cour de cassation, au visa de l'ancien article 1110 du Code civil, estime que les juge d'appel auraient dû rechercher si « le consentement des vendeurs n'avait pas été vicié par leur conviction erronée que le tableau ne pouvait pas être une œuvre de Nicolas poussin[403] ». Autrement dit, dès le départ, la conviction des parties était fondée sur la certitude que le tableau ne pouvait pas être de Nicolas Poussin et que, s'il avait eu le moindre soupçon qu'il aurait pu l'être, elles auraient peut-être contracté mais pas dans les mêmes termes. La Cour de renvoi, qui s'est inclinée, résume parfaitement ce raisonnement lorsqu'elle souligne que les époux étaient « dans la conviction erronée qu'il ne pouvait s'agir d'une œuvre de Nicolas Poussin, alors qu'il n'est pas exclu qu'elle ait pour auteur ce peintre[404] ». Cette solution enseigne qu'un « aléa sur une qualité relative à un objet d'art peut, à lui seul, être constitutif d'une qualité substantielle. La prise en compte de cet aléa interdit au cocontractant de profiter abusivement de ses compétences personnelles dans le domaine de l'art[405] ». En droit d'auteur, il peut être difficile pour celui qui a la qualité d'auteur de revendiquer cet aléa. En tant que créateur de l'œuvre, il ne peut ignorer objectivement l'authenticité de ses créations, sauf erreur obstacle. L'aléa, dans ce cas précis, peut être revendiqué par le titulaire des droits sur l'œuvre, comme le cessionnaire ou les héritiers. Cette analyse se justifie aussi par le fait que le titulaire des droits bénéficie d'une protection supplémentaire lorsqu'il est en relation contractuelle avec un professionnel de l'art, alors qu'il peut être à l'origine de l'erreur de ce dernier. Toutefois, d'une manière générale, le caractère douteux de l'attribution peut être ignoré par le vendeur[406] ou par l'acheteur

287. L'erreur du cocontractant du titulaire des droits. Comme rappelé précédemment, l'erreur en tant que vice du consentement est très largement invoquée

---

ne pouvait pas avoir commis d'erreur, puisqu'il n'y avait pas de vérité ». V. TGI Paris, 13 déc. 1972, *D.* 1973, p. 410, note Jacques GHESTIN et Phillipe MALINVAUD.

[403] Civ. 1re, 22 févr. 1978 ; n° 76-11.551 ; *D.* 1978, p. 601, note Phillipe MALINVAUD ; *RTD civ.* 1979, p.126, obs. Yvon LOUSSOUARN.

[404] Versailles, 7 janv. 1987 ; *D.* 1987. jur. 485, note J.-L. AUBERT ; *Gaz. Pal.* 22 janv. 1987. 34 ; *RTD civ.* 1987, p. 741, obs. J. MESTRE.

[405] Jacques GHESTIN, « Le droit interne français de la vente d'objets d'art et de collection », *in La vente internationale d'œuvres d'art*, Institute of International Business Law and Practice, Faculté de droit, Université de Genève, 1985.

[406] Civ. 1re, 22 févr. 1978, n°76-11.551, *Affaire Poussin* : « Ayant à statuer sur la nullité de la vente d'un tableau pour erreur sur la substance, alléguée par le vendeur, la Cour d'appel doit rechercher si au moment de la vente, le consentement du vendeur n'a pas été vicié par sa conviction erronée, que le tableau ne pouvait pas être l'oeuvre du maître auquel l'acquéreur, la Réunion des musées nationaux qui avait exercé son droit de préemption, l'a par la suite attribué ».

dans le marché de l'art[407]. Le monde de l'art voit souvent passer des œuvres dont l'authenticité pose débat et nécessite le plus souvent l'intervention d'experts. Dans ce secteur, le consentement des intervenants est largement tributaire des résultats des expertises réalisées. Cependant, les expertises et les contre-expertises ne suffisent pas souvent à rendre excusable les imprudences commises par le cocontractant souvent considéré par la jurisprudence comme un professionnel. Ainsi, dans une affaire portant sur la vente d'une œuvre d'art réalisée par un peintre russe, l'acheteur s'est basé sur une expertise réalisée postérieurement à la vente. Par la suite, une lettre des membres du « Musée Russe d'Etat » a remis en cause la paternité du peintre russe sur l'œuvre. L'acheteur a alors demandé la nullité de la vente pour erreur. La Cour de cassation la lui refuse en précisant que la première expertise était postérieure à la vente. Ce qui sous-entend qu'elle aurait dû être réalisée avant. Ensuite, la Cour souligne que l'acheteur a été lui-même expert de l'art russe du XX^{e} siècle pour une galerie, qu'il était réputé avoir vu le tableau avant de l'acheter. Par conséquent, pour tous ces motifs, son erreur était inexcusable[408]. Cela dit, la jurisprudence n'est pas aussi stable sur la question. On remarque que c'est la qualité de celui qui invoque la nullité pour erreur qui conditionne le reste, c'est-à-dire le fait que les juges soient moins intransigeants avec un non-professionnel. Par ailleurs, les conflits sur l'authenticité peuvent être provoqués par celui qui, en principe, a la qualité d'auteur mais qui en réalité ne l'a pas, en ce sens qu'il n'a pas personnellement créé l'œuvre.

288. L'authenticité, qualité d'auteur et erreur. Les difficultés liées à l'authenticité d'une œuvre de l'esprit, en particulier une œuvre d'art, donnent lieu dans la plupart des situations à des demandes en nullité fondées sur l'erreur. Souvent, c'est l'erreur sur les qualités substantielles de l'œuvre qui est invoquée. Se pose la question de savoir si la paternité d'une œuvre est forcément liée à son exécution matérielle par l'auteur lui-même. Car, un auteur, renommé le plus souvent, peut signer une œuvre alors même qu'il ne l'a pas réalisée en personne. Dans une telle hypothèse, l'acquéreur sera-t-il recevable à invoquer l'erreur pour obtenir la nullité de la vente ? La position

[407] A ce propos, le professeur estime qu'il « est topique de constater que c'est le contentieux des ventes d'objets d'art qui a entraîné, pour une large part, l'évolution de la jurisprudence française en matière d'erreur sur la substance ». V. Jacques Ghestin, « Le droit interne français de la vente d'objets d'art et de collection », *in La vente internationale d'œuvres d'art*, Université de Genève, ICC Publishing, 1988, p. 137.

[408] Civ. 1re, 9 avr. 2015, n° 13-24.772 : *D.* 2016, p. 566, obs. Moustapha MEKKI; *RTD com.* 2015. 345, obs. B. BOULOC.

de la Cour de cassation sur cette question semble militer en faveur d'une réponse positive. En effet, dans l'arrêt rendu sur l'affaire des « Tableaux-pièges de Spoerri », la haute juridiction a précisé que « l'auteur effectif s'entend de celui qui réalise ou exécute personnellement l'œuvre ou l'objet, condition substantielle de leur authenticité dans le cadre d'une vente publique aux enchères[409] ». La solution est rendue sous le visa de l'ancien article 1110 du Code civil et de l'article 3 du décret n°81-255 du 3 mars 1981 qui prévoit clairement dans son alinéa premier « *qu'à moins qu'elle ne soit accompagnée d'une réserve expresse sur l'authenticité, l'indication qu'une œuvre ou un objet porte la signature ou l'estampille d'un artiste entraîne la garantie que l'artiste mentionné en est effectivement l'auteur*[410] ». En faisant appel à ce décret pour rendre la solution rapportée, la Cour de cassation va à l'encontre d'un principe cher en droit d'auteur consacrant une présomption de qualité d'auteur à la personne sous le nom de laquelle l'œuvre est publiée. L'article L. 113-1 du Code de la propriété littéraire et artistique est on ne peut plus clair sur le sujet quand il indique que « *la qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée* ». Or, dans l'espèce rapportée, si l'œuvre n'a pas été réalisée par Daniel Spoerri, car exécuté en « brevet » par un enfant, sa signature qui authentifie l'œuvre figure bien au dos du tableau. La solution peut soulever des interrogations en ce sens qu'elle tire son fondement d'un texte, en l'occurrence le décret du 3 mars 1981, qui est conçu non pas pour permettre de trouver les véritables auteurs d'une œuvre, mais « essentiellement à lutter contre les faussaires[411] ». En décidant de cette solution, la haute juridiction ouvre la voie à la suppression de l'anonymat auquel sont astreints les écrivains de l'ombre que sont les porte-plumes autrefois appelés « nègres » littéraires. Par ailleurs, le risque est de voir l'acquéreur d'une œuvre de l'esprit, par exemple dans le domaine littéraire, demander la nullité de la vente en arguant le fait qu'elle n'est pas de l'auteur véritable dont le nom l'a incité à l'acheter. Il est cependant peu probable que l'hypothèse arrive, mais il ne faut cependant pas l'exclure.

289. Cette solution dénote de la position de la Cour de cassation dans d'autres affaires. Par exemple, l'arrêt « Guino », cité dans le précèdent chapitre, en donne une parfaite illustration : Renoir qui n'a pas exécuté les sculptures de ses propres mains a

[409] Civ. 1re, 15 nov. 2005, n° 03-20.597 ; *JCPE* 2006. 2178, §1, obs. Alexandre ZOLLINGER.
[410] Décret n°81-255 du 3 mars 1981 sur la répression des fraudes en matière de transactions d'œuvres d'art et d'objets de collection.
[411] V. les observations d'Alexandre ZOLLINGER : *JCPE* 2006. 2178, §1

tout de même été reconnu aussi bien par les juges du fond que par la Cour de cassation comme coauteur[412]. Certains auteurs ont d'ailleurs parlé à juste titre d'une « création par direction et par contrôle[413] ». Il est donc tout à fait admis que la personne qui publie l'œuvre sous son nom soit reconnue comme auteur alors même qu'elle ne l'a pas exécutée personnellement. Sur ce sujet, on peut être d'avis que le législateur est plus en phase avec la pratique que la solution rapportée.

290. Pour autant, la position de la Cour de cassation n'est pas dénuée de fondement. Elle pourrait s'expliquer par un souci de garantie qui découle de la signature. La signature d'une personne sur un support étant considérée comme gage d'authenticité invitant le tiers à lui accorder sa confiance. Le nom de l'auteur est dans cette logique gage d'authenticité en ce sens que sa signature sur l'œuvre « est envisagée comme une garantie pour l'usager du droit ou le consommateur[414] ». C'est donc sur ce principe de sécurité juridique que la solution dans l'affaire « *des tableaux-pièges de Spoerri* » doit être cantonnée. Car, si l'acquéreur avait la possibilité de douter de l'identité du véritable auteur, il n'aurait, peut-être, pas donné son consentement dans les conditions ayant abouti au litige. En la matière, selon la formule classique, l'aléa chasse l'erreur en ce sens que « lorsqu'antérieurement à la vente d'un objet d'art, des réserves quant à son authenticité sont émises, le doute devient un aléa qui, accepté par les parties, exclut l'annulation du contrat s'il se réalise[415] ». Ainsi, la solution dégagée dans l'arrêt « Spoerri » ne peut pas être considérée comme posant un principe de nature à remettre en cause la présomption de qualité d'auteur reconnue à la personne sous le nom de laquelle l'œuvre a été divulguée. Elle est spécifique au cas d'espèce en ce sens qu'elle met l'accent, non pas sur ce que les parties auraient dû comprendre, mais sur ce qu'elles ont réellement compris[416]. Au final, tout se résume en une question de preuve comme il ressort de l'attendu final où la Cour de cassation reproche à la Cour d'appel de n'avoir pas tiré de conséquence « après avoir constaté que, contrairement aux mentions du catalogue de vente qui entraînaient la garantie que Daniel Spoerri

---

[412] TGI Paris, 11 janv. 1971 : *JCPG* 1971, p. 16, n° 697 ; CA Paris, 9 juill. 1971*, RIDA* 1973, n°76, p. 160 ; Civ. 1re ,13 nov. 1973, *D.* 1974, p. 533, obs. Claude COLOMBET.

[413] Sur l'affaire « des tableaux-pièges de Spoerri », v., Jean-Michel BRUGUIERE, « La Cour de cassation piégée par les tableaux de Spoerri ? » *RLDC* n°28, 1er juin 2006.

[414] *Ibid.*

[415] Morgan CAUVIN, « Du portrait… à l'autoportrait Ou l'erreur sur la paternité confrontée à la notion de notoriété », *RLDI*, n°43, 1re nov. 2008.

[416] François DURET-ROBERT, « Droit du marché de l'art », *Dalloz Action*, 2020/2021, n° 332.33.

était effectivement l'auteur de l'œuvre litigieuse, celle-ci n'était pas de la main même de l'artiste mentionné, mais avait été exécutée "en brevet" par un tiers, alors qu'il incombe au commissaire-priseur qui procède à une vente publique aux enchères de mentionner l'auteur effectif de l'œuvre offerte à la vente ».

291. Somme toute, on observe que l'erreur à l'origine de laquelle se trouve l'auteur n'est soit pas sanctionnée, soit moins sévèrement sanctionnée par rapport à l'erreur que provoquerait le cocontractant. Cette différence de traitement tient au fait que l'auteur est traité comme une personne faible, c'est-à-dire un non-professionnel, à l'image du consommateur vis-à-vis de son cocontractant qui est souvent considéré comme un professionnel.

B : LE DOL DU COCONTRACTANT DE L'AUTEUR

292. Le dol est un vice de consentement qui se matérialise par « toute tromperie par laquelle l'un des contractants provoque chez l'autre une erreur, en l'absence de laquelle le contrat n'aurait pas été conclu[417] ». Cette définition est un résumé de l'article 1137 du Code civil qui définit le dol comme le « *le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges* » ou « *la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie*[418] ». Contrairement à la notion d'erreur, le législateur a pris soin de définir le dol de manière beaucoup plus explicite.

293. L'auteur, traité comme une personne vulnérable. Le dol, pour reprendre la formule classique, est une erreur provoquée. Le consentement du cocontractant est obtenu grâce à des manœuvres qui, si elles étaient connues de l'autre, auraient peut-être empêché le contrat de voir le jour. En droit d'auteur, l'évocation de la notion oriente les débats principalement vers la protection de l'auteur, considéré comme vulnérable, à l'image de la situation voisine dans laquelle se trouve le consommateur vis-à-vis du producteur ou du professionnel. Cette comparaison n'est pas dénuée de pertinence en ce sens que l'auteur d'une œuvre de l'esprit, même si la création artistique est son activité principale, n'est souvent pas rompu aux techniques

---

[417] Gerard CORNU, « *Vocabulaire juridique* », op. *cit.*

[418] 1er et 2e alinéa de l'article 1137 du Code civil. Le dernier alinéa précise simplement que « *ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation* ».

contractuelles dont les codes et les *us* sont en revanches maitrisés et souvent dictés par les professionnels de chaque secteur, que ce soit le secteur de l'art, de l'industrie musicale ou cinématographique *etc*. C'est en ce sens que le législateur a jugé utile de renforcer les règles applicables aux contrats de cession de droit d'auteur. Les garde-fous instaurés sont de nature à empêcher que l'auteur soit victime de pratiques dolosives de la part du cocontractant.

294. Cependant, malgré l'encadrement strict des contrats dans le secteur, il arrive souvent que l'auteur d'une œuvre de l'esprit soit victime de manœuvres dolosives de la part de son cocontractant. Ces manœuvres peuvent porter sur la nature, la durée, l'étendue des doits cédés ou encore sur le mode ou le montant des rémunérations. Sur ce dernier point, par exemple, un producteur de film a été condamné sur le fondement du dol pour avoir dissimilé le véritable prix de cession et pour avoir payé un prix minoré à l'auteur. Pour annuler le contrat, le TGI de Paris a estimé que le fait de cacher le véritable prix de cession à l'auteur est une dissimilation, une tromperie qui constitue un fait qui, s'il avait été connu de l'auteur, l'aurait empêché de contracter[419].

295. Hypothèse du dol provoqué par l'auteur. Par ailleurs, il arrive aussi que le cocontractant de l'auteur soit victime de dol de la part de ce dernier. C'est notamment le cas dans l'hypothèse où l'œuvre de l'esprit, objet du contrat, ne respecte pas les conditions requises pour être qualifiée comme telle. Il s'agit des situations où l'œuvre ne respecterait pas les critères de la création artistique, en l'occurrence l'originalité et le reflet de la personnalité de l'auteur. Le non-respect de ces critères donne naissance à des œuvres contrefaisantes, plagiées. Par exemple, l'auteur d'une œuvre de l'esprit, qui ne reflétait pas sa personnalité, peut être poursuivi par le cocontractant. De même, une œuvre peut être le résultat d'un plagiat. Dans une telle hypothèse, le consentement du cocontractant est forcément vicié en ce sens qu'il a cru acquérir les droits sur une œuvre originale et non contrefaisante. Or il n'en est rien. Donc, le comportement de l'auteur peut provoquer chez son cocontractant une erreur non seulement sur les qualités substantielles de la chose, mais également sur la qualité de la personne. L'éditeur ou le cocontractant ayant légitiment cru contracter avec le véritable auteur (ou plus précisément avec le véritable titulaire des droits en ce sens que l'auteur n'est pas tenu de garantir l'originalité de son œuvre. Il ne garantit que le

[419] TGI Paris, 3e ch., 2 juin 1988 : *RIDA*, janv. 1989, p. 194.

lien qu'il entretien avec l'œuvre). Ce type d'erreur est d'ailleurs reconnue et sanctionnée par le législateur à travers l'article 1139 du Code civil qui dispose dans sa première phrase que « *l'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable* ». L'œuvre de l'esprit étant considérée comme une prolongation de la personne de son auteur, on peut légitimement penser que tout contrat conclu par l'auteur l'est en considération de cette qualité, du moins pour le cocontractant[420].

296. L'exemple de l'œuvre autodétruite de Banksy. Il peut arriver aussi que, de manière volontaire, l'auteur d'une œuvre de l'esprit soit à l'origine d'un dol en provoquant une erreur chez le cocontractant. On peut citer par exemple l'œuvre autodétruite de Banksy. Les faits de cette affaire sont à la fois simples et dignes d'une fiction. En effet, à l'issue de la vente de la toile *Girl with Balloon (la fille au Ballon),* cette dernière s'est autodétruite de moitié grâce à un système ingénieux de broyeuse que son auteur avait dissimulé à l'intérieur du cadre. La toile a été rapidement rebaptisée *Love is in the Bin* (l'amour est dans la poubelle). Passé le moment du choc, l'acheteuse a confirmé l'achat le lendemain non sans exprimer sa joie de posséder un bout de l'histoire[421]. Heureusement que l'histoire se termine bien pour les parties !

297. En effet, juridiquement, la situation aurait pu être autre que le dénouement constaté. Car, l'œuvre de départ mise aux enchères n'était plus la même. D'ailleurs, un des représentant de la maison des enchères « Alex Branczik » soulignait à juste titre que « Banksy n'a pas détruit une œuvre lors de la vente aux enchères, il en a créé une[422] ». Cette phrase résume à elle seule la véritable intention de l'auteur, qui était celle de ne pas vendre son œuvre initiale alors que le consentement de l'acquéreur n'était acquis que pour cette dernière. Le caractère insolite de l'affaire invite à se poser, sur le plan de l'analyse juridique, les questions suivantes : s'agit-il d'une erreur ? D'un dol ? Ou encore d'une non-conformité ?

298. Une erreur ? Tout d'abord, la qualification d'erreur peut être retenue notamment celle d'erreur sur les qualités essentielles de la prestation. En effet, l'article

---

[420] A ce titre, l'article 1134 du Code civil dispose que « *l'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant n'est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne* ».

[421] https://www.francetvinfo.fr/culture/arts-expos/peinture/oeuvre-autodetruite-de-banksy-l-039-acheteuse-a-acquis-quot-un-bout-d-039-histoire-de-l-039-artquot_3367773.html

[422] *Op. cit.*

1133 alinéa 1er prévoit que « *les qualités essentielles de la prestation sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté* ». En application de cette disposition, l'œuvre proposée par Bansky finalement n'est pas celle sur laquelle l'acheteuse avait l'intention d'acheter. En conséquence, la qualification d'erreur sur la prestation peut bien être retenue.

299. Un dol ? Ensuite, la qualification de dol peut aussi prospérer comme le prévoit l'alinéa 1er de l'article 1137 du Code civil qui dispose que « *le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges* ». En l'espèce, il est clair que si la collectionneuse avait été au courant de la manœuvre, elle n'aurait sans doute pas contracté ou du moins pas dans les mêmes conditions. Donc, la situation fait également état d'une réticence dolosive[423].

300. Dans le même ordre d'idées, la destruction ayant eu lieu après la vente, donc après cession. Il est possible d'y voir l'exercice par Bansky de son droit de repentir ou de retrait au sens de l'article L. 121-4 du Code de la propriété intellectuelle. Ainsi, le dol résulterait du fait que l'artiste ait dissimulé le fait qu'il avait déjà décidé d'exercer ce droit en le dissimulant à l'acheteuse.

301. Une non-conformité ? Enfin, la qualification de non-conformité peut également être retenue. Par définition, « le défaut de conformité provient d'une différence entre la chose convenue et la chose livrée trahissant l'inexécution, par le vendeur, de son obligation de délivrance[424] ». Selon l'article 1602 du Code civil, « *le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige. Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur* ». L'article suivant poursuit en précisant qu'il « *a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend* ». Or en l'espèce, Bansky s'était engagé à vendre la toile « Girl with » et non celle qui l'a remplacée après que le mécanisme ingénieux qu'il avait mis en place ait détruit l'œuvre de moitié. Plus loin, on peut estimer qu'il n'a pas délivré la chose convenue au

[423] L'alinéa 2e de l'article 1137 prévoit que « *Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie* ». Avant la réforme de 2016, la jurisprudence appliquait déjà ce type de dol. Ainsi, Il a par exemple été jugé que « le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter ». V. en ce sens Civ. 3e, 15 janv. 1971 : *Bull. civ.* III, n° 38 ; *RTD civ.* 1971. 839, obs. Yvon LOUSSOUARN.

[424] M. H, « Délivrance conforme et vices cachés : rappel de la distinction », *Dalloz actu étudiant*, 14 mars 2014 :https://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/delivrance-conforme-et-vices-caches-rappel-de-la-distinction/h/28a857c5143590586232 55dc6e326795.html

moment de la vente conformément à l'alinéa 1er de l'article 1614 du Code civil qui dispose que « *la chose doit être délivrée en l'état où elle se trouve au moment de la vente* ». A ce stade, pour mieux cerner les enjeux, il est important d'opérer une distinction avec la garantie des vices cachés.

302. Distinction avec la garantie des vices cachés. En effet, selon l'article 1641 du Code civil, « *le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus* ». L'application de ce texte aux litiges liés aux biens intellectuels ne souffre d'aucune ambiguïté en ce sens qu'il a été jugé que « la responsabilité édictée par l'article 1641 du Code civil s'applique en principe à la vente de toutes marchandises et de tous objet », en conséquence, « les juges du fond qui ont constaté qu'un piano avait été présenté, dans une vente aux enchères, comme étant en état de servir à condition de le réaccorder, alors qu'en réalité il était irréparable, peuvent en déduire qu'en l'espèce il y avait vice caché, pour lequel les commissaires-priseurs devaient garantie à l'acheteur[425] ». Dans la même logique, sur le fondement l'article 1604 du Code civil qui dispose que « *la délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur* », il a été jugé que « la notion de conformité ou non-conformité est inhérente à l'obligation de délivrance[426] ». De ce fait, l'acheteur n'est pas tenu d'accepter la chose différente de celle initialement convenue avec le vendeur[427]. Il n'est pas non plus tenu de conserver une chose qui se révèle différente de celle livrée à raison d'un vice caché. Cette analyse permet d'écarter, à propos de l'œuvre autodétruite de Bansky, l'application de la garantie des vices cachées, étant donné que l'œuvre en question ne s'est pas révélée « impropre à l'usage auquel on la destine (…) » comme l'exige l'article 1641 du Code civil. Mieux, la qualification d'œuvre de l'esprit a non seulement été maintenue, mais aussi celle-ci a vu sa valeur fortement augmentée.

303. Le cumul des actions. Par ailleurs se pose naturellement la question, sur le plan procédural, du cumul des actions fondée sur le vice de consentement (erreur et

[425] Civ. 1re, 16 févr. 1983, n° 82-10.348.
[426] Civ. 3e, 10 oct. 2012, n°10-28.309, 10-28.310.
[427] Il a été jugé que « le vendeur est tenu de délivrer une chose dont les caractéristiques correspondent à la commande et que l'acheteur ne peut être tenu d'accepter une chose différente ». V. Civ. 1re, 1er déc. 1987, n° 85-12.046.

dol) et non-conformité. Sur ce sujet, il est tout à fait possible de cumuler les actions fondées sur le vice de dol ou d'erreur avec la non-conformité. En ce sens, la Cour de cassation a censuré une Cour d'appel pour avoir rejeté ce cumul alors qu'étaient « recevables les actions fondées, d'une part, sur la non-conformité de la chose vendue et, d'autre part, sur l'erreur commise sur une qualité substantielle de cette chose (…)[428] ». Cette solution mérite d'être approuvée étant donné qu'en termes de sanction, elle permet au cocontractant victime de demander soit la nullité du contrat, soit sa résolution ou encore de cumuler les deux sanctions. Cette vision est, par exemple, partagée par le professeur Jacques Ghestin pour qui « les deux actions peuvent, dans un certain nombre d'hypothèses, s'exercer simultanément. Ou plus précisément, que le demandeur pourra opter entre les deux actions ou même exercer l'une à titre principal et l'autre à titre subsidiaire[429] ». En tout état de cause, le juge du fond demeure souverain sur l'appréciation du choix de la sanction la plus appropriée en fonction des éléments de preuves et de solutions apportés par les parties. C'est ce qui ressort d'un arrêt de la 3e Chambre civile de la Cour de cassation qui a précisé que « les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation pour fixer les modalités de réparation du préjudice provenant d'un défaut de conformité entre la chose contractuellement promise et la chose livrée[430] ». Toutefois, le cocontractant qui s'estime victime de non-conformité de la chose livrée peut demander des dommages et intérêts s'il justifie d'un préjudice[431] ou encore être dispensé du paiement d'une indemnité de dépréciation de la chose livrée[432] à raison de son utilisation en cas de résolution du contrat. En somme, dans cette espèce, « le consentement de l'acheteur est vicié en amont par l'erreur, voire par le dol du vendeur, lequel manque, en aval, à son obligation de délivrance d'une chose conforme[433]».

[428] Civ. 3e, 25 mars 2003, n° 00-22.058.

[429] Jacques Ghestin, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, thèse, reproduction de l'édition de 1961, LGDJ, 1971 ; « Anthologie du droit », LGDJ – Lextenso, 2013.

[430] Civ. 3e, 8 mars 2000, n° 98-15.345.

[431] Com. 19 déc. 2000, n° 98-14.108 ; *D.* 2002. somm. 1007, obs. Geneviève PIGNARRE (2e esp.)

[432] Civ. 1re, 19 févr. 2014, n° 12-15.520. Dans cet arrêt il a été jugé que « qu'après avoir prononcé la résolution de la vente, c'est à bon droit [qu'une Cour d'appel], qui n'avait pas à procéder à une recherche inopérante, a retenu que le vendeur était tenu de restituer le prix qu'il avait reçu, sans diminution liée à l'utilisation de la chose vendue ou à l'usure en résultant, justifiant ainsi légalement sa décision de ce chef ».

[433] Valérie VARNEROT, « Variations juridiques autour de l'œuvre autodétruite de Banksy », *Comm. Comm. électr.*, n°3, mars 2019, étude 6.

304. Certes, la confirmation de la vente par la suite est de nature à purger la vente de toute situation conflictuelle. En effet, toujours dans le registre de la non-conformité, l'acquéreur qui accepte sans réserve la chose ne peut agir sur le fondement de la garantie de non-conformité[434]. En l'espèce, la collectionneuse avait jugé utile de conserver l'œuvre malgré le fait que celle-ci s'était autodétruite.

305. Cela dit, l'exemple de la manœuvre est illustratif d'une pratique juridiquement peu orthodoxe à laquelle peuvent se livrer les acteurs du monde de l'art. Car, afin d'augmenter la cote d'une œuvre, l'auteur ou les intervenants sont parfois capables de tout. Désormais, pour augmenter la cote d'un artiste ou d'une œuvre, outre la méthode de raréfaction ou du soutien des proches lors des enchères, il faudrait peut-être compter sur ce type de pratiques similaires, regrettables et douteuses sur le plan juridique. Pour revenir aux faits de l'espèce, le parfait positionnement du cadreur au moment de l'autodestruction de l'œuvre dont les images ont été visionnées des millions de fois peuvent interroger[435]. L'interrogation est dotant plus légitime qu'en octobre 2021, l'œuvre autodétruite a été vendue aux enchères plus de dix-neuf fois le prix initial[436]. Ainsi, contrairement à une certaine presse qui fait état d'une performance artistique de la part de l'auteur, on est en droit de légitimement penser que les règles élémentaires de formation du contrat et de son exécution ne doivent aucunement être sacrifiées au profit d'une recherche effrénée de cotations avantageuses. Pour mieux encadrer ce type de pratique, on est d'avis avec certains auteurs, pour que « les pouvoirs législatif et judiciaire encadrent les potentielles dérives, particulièrement au vu des enjeux financiers, parfois considérables, qui en découlent[437] ».

306. En conclusion, l'auteur d'une œuvre de l'esprit, peut être victime de dol même si, de son côté, son comportement n'est pas entièrement dénué de toutes manœuvres

---

[434] Sur la question, il est de jurisprudence constante que « l'acceptation sans réserve de la marchandise vendue par l'acheteur lui interdit de se prévaloir du défaut de conformité ». V. Com., 1er mars 2005, n° 03-19.296. Dans le même sens, il a été jugé par exemple que « lorsque la marchandise a été vérifiée et réceptionnée sans réserve par un mandataire de l'acheteur, ce dernier ne peut refuser d'en effectuer le paiement en invoquant la non-conformité de la marchandise livrée ». V. Com. 12 févr. 1980, n°78-11.538.

[435] Jacques MESTRE, « Réflexions juridiques sur la cote », *RLDC*, n° 165, 1er déc. 2018.

[436] Le Parisien avec AFP, « L'œuvre auto-détruite de Banksy vendue à 18,5 millions de livres, un record pour l'artiste », 14 oct. 2021. V. https://www.leparisien.fr/culture-loisirs/loeuvre-auto-detruite-de-banksy-vendue-a-185-millions-de-livres-un-record-pour-lartiste-14-10-2021-M46L6ULHPFBOND5IS35QX34ROY.php.

[437] Pauline FLEURY, « Le marché de l'art sous surveillance », *RDC*, n° 165, 1er déc. 2018.

dolosives vis-à-vis de son cocontractant. Il peut aussi arriver qu'il soit victime de violence de la part de son cocontractant. La nature, ainsi que la manière par laquelle cette violence se manifeste feront l'objet du dernier paragraphe.

§2 : L'exigence d'un consentement libre et éclairé de l'auteur et la violence économique

307. La poursuite de la recherche d'un consentement libre et éclairé suppose que le consentement des parties ne soit pas vicié, comme il a été démontré dans les précédents développements, ni par l'erreur, ni par le dol encore moins par la violence. Il est, depuis longtemps, incontestable que la violence, quelle que soit sa forme, vicie le consentement dans toutes les situations de la vie courante. Son évocation renvoie à l'idée de force, de contrainte que l'on impose dans une relation contractuelle à son cocontractant, afin d'obtenir son consentement. Sera donc évoquée, dans les lignes qui suivent, la violence économique du cocontractant de l'auteur (A) avant que ne soit abordé le rôle que joue le formalisme en droit d'auteur pour contenir cette violence (B).

A : LA VIOLENCE ECONOMIQUE DU COCONTRACTANT DE L'AUTEUR

308. Définition. La notion de violence est évoquée par l'article 1140 du Code civil qui la définit comme une situation dans laquelle « *une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable* ». Cette définition est une reformulation de celle qui était prévue par l'ancien article 1116 du Code civil. Elle ne reproduit cependant pas le second alinéa de la même disposition qui prenait en compte l'âge, le sexe ainsi que la condition de la personne dans l'appréciation de la violence[438].

309. Toujours est-il que la nouvelle réforme, sans faire fi des différentes formes de violence que sont la violence physique et la violence morale, met un accent particulier sur la violence économique[439] qu'elle définit à travers l'article 1143 du Code civil qui

[438] Article 1116 anciennement du Code civil : « *Il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent.*
On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes ».

[439] La Cour de cassation avait longtemps refusé d'admettre la notion de violence économique. Son positionnement était fondé sur le principe de la liberté contractuelle qui interdirait, selon sa conception de l'époque, que l'on remette en cause tout contrat sous le seul prétexte que l'un des contrats aurait usé

précise qu'il a y a « *également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif* ». Ce faisant, le législateur, à l'instar d'une doctrine traditionnelle, s'inscrit dans une logique qui permet d'éviter que le principe de la liberté contractuelle ne conduise « à l'exploitation injuste des faibles par les forts » comme le soulignait avec justesse le doyen Ripert[440]. L'idée ne consiste pas à empêcher deux personnes aux statuts économiques différents de contracter. Mais, c'est de permettre que la personne qui se trouve dans un contexte de vulnérabilité de conclure à de meilleures conditions. Les parties à la formation d'un contrat doivent normalement disposer d'alternatives et de pouvoir les utiliser. A ce propos, en cas de conflit portant sur le vice de violence économique, le juge se pose souvent la question suivante : « la prétendue victime de violence était-elle dans une situation où elle était dans l'obligation de contracter avec son auteur ou existait-il une possibilité de contracter avec une autre partie dans des conditions économiquement comparables[441] » ?

310. Création artistique et relation contractuelle établie. En droit d'auteur, l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'est pas à l'abri de ce type de violence du fait de la complexité de certains contrats. Il n'est pas rare que le contrat se retrouve inclus dans un contrat principal qui lie l'auteur à son cocontractant. Ou encore, qu'une personne devienne auteur d'une œuvre de l'esprit dans le cadre de l'exécution d'un contrat qui ne le prévoyait pas initialement. Dans un tel contexte, l'auteur, surtout s'il n'a pas accédé encore à la notoriété, se trouve vulnérable et peut être contraint de céder ses droits à des conditions moins avantageuses. On peut citer pour preuve le sort des

---

de sa position dominante. L'idée derrière est dire que le cocontractant a la possibilité de dire non en vertu du principe précédemment rappelé. Ainsi par exemple, un arrêt d'appel a été cassé en ce sens qu'il avait conclu à une violence le fait qu'une société concessionnaire ait accepté une diminution de sa rémunération afin d'échapper « au mal considérable que représentait pour elle la fermeture de son entreprise ». V. Com. 20 mai 1980, n° 78-10.833 : *Bull. civ.* n°212. C'est par la suite que la Cour de cassation est revenue sur cette traditionnelle jurisprudence à travers un arrêt du 3 mai 2000 dans lequel elle souligne qu'une transaction « peut être attaquée dans tous les cas où il y a violence, et que la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion ». V. Civ. 1re, 30 mai 2000 n° 98-15242 : *D*, 2000 p.879 ; Jacques MESTRE, Bertrand FAGES, « La contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion », *RTD Civ.*, 2000, p.827. Depuis, cette jurisprudence n'a pas été démentie jusqu'à sa consécration par l'ordonnance de 2016 à travers l'article 1143 du Code civil.

[440] George RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., LGDJ, 1949, n° 59.

[441] Walid CHAIEHLOUDJ, « La lutte contre le déséquilibre dans les contrats de la propriété intellectuelle. Regards prospectifs après la réforme du droit civil des contrats », *RTD Com.* 2017 p.527.

créations artistiques dans le cadre de l'exécution d'un contrat de travail entre un salarié, devenu auteur, et son employeur. Le salarié, dans un tel contexte, n'aura d'autre choix que de céder ses droits d'auteur à son employeur au mépris, le plus souvent, de l'esprit des règles protectrices en matière de droit d'auteur. Heureusement, les créations artistiques dans le cadre d'un contrat de travail sont régies par les règles du droit d'auteur. Autrement dit, le contrat de travail n'empêche pas le salarié de jouir de son droit d'auteur. Par exemple, il a été jugé par la chambre sociale de la Cour de cassation que « l'existence d'un contrat de travail n'emporte aucune dérogation à la jouissance du droit de propriété intellectuelle de l'auteur. A défaut de convention expresse conclue dans les conditions de la loi », le salarié auteur de « photographies ne transmet pas à son employeur, du seul fait de la première publication rémunérée à titre de salaire, le droit de reproduction des œuvres[442] ».

311. Cependant, l'analyse de la notion de dépendance économique est très délicate en ce sens qu'elle peut souvent englober une autre notion voisine, en l'occurrence le déséquilibre contractuel. C'est pourquoi, la personne qui prétend être victime d'un vice du consentement sur la base de la contrainte économique doit rapporter la preuve qui démontre que son cocontractant a « profité de cette circonstance pour stipuler des conditions abusivement favorables à son profit[443] ». C'est en ce sens qu'en droit de la propriété littéraire et artistique, le simple fait que le cocontractant de l'auteur, fût-il salarié, soit dans une position économiquement dépendante ne suffit pas à caractériser le vice de contrainte économique. Par exemple, à l'occasion d'un litige portant sur la cession de droits d'auteur opposant un éditeur à son ancienne salariée qui avait mis au point un dictionnaire, la Cour d'appel de Paris avait retenu le vice de consentement basé sur la violence économique. Elle soulignait dans sa décision que la salariée était menacée de licenciement si elle ne cédait pas ses droits. Selon les juges, « l'auteur, du fait de son statut de salariée qui la plaçait en situation de dépendance économique par rapport à l'éditeur, a été contrainte d'accepter les termes du contrat qu'elle a signé, sans pouvoir réfuter ceux qu'elle estimait contraires, tant à ses intérêts personnels qu'aux dispositions protectrices du droit d'auteur[444] ». Par la suite, la Cour cassation a censuré

[442] Soc., 12 avr. 2005, n° 03-21.095. V. Christophe CARON, « Droit d'auteur : constance jurisprudentielle à propos de la création salariée des journalistes », *Comm. comm. électr.*, n° 7, Juill. 2005, comm. 112.
[443]JURILIB, « Interrogations sur la validité juridique des actuels contrats de production phonographique, dits contrats « 360° » (1re partie) », *RLDL*, n°85, 1er aout 2012.
[444] Paris, 12 janv. 2000, *Larousse* ; *JurisData* n° 2000-129451.

l'arrêt tout en rappelant que l'appréciation de la contrainte économique en tant que vice du consentement doit se faire non pas subjectivement mais de manière objective. Selon les termes employés par les magistrats du quai de l'horloge, « seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement ». Les juges d'appel, poursuivent les hauts magistrats, auraient dû vérifier si, lors de la cession de ses droits d'auteur, la salariée était menacée par le plan de licenciement et que « l'employeur avait exploité auprès d'elle cette circonstance pour la convaincre[445] ».

312. Cela dit, une analyse rapide permet de ne pas condamner la solution adoptée par la Cour d'appel en ce sens qu'il était démontré que la salariée n'avait pas une autre alternative. Son employeur étant un éditeur, avait-elle la possibilité de céder ses droits d'auteur à un autre éditeur sans violer son obligation de loyauté vis-à-vis de son employeur ? La réponse est évidement non. En ce sens, la preuve de cette absence d'alternative dans une telle situation aurait dû conduire la Cour de cassation à s'aligner sur la position des juges du fond. L'étude du panorama de la jurisprudence depuis la reconnaissance de la contrainte économique en tant que vice de consentement permet d'observer que la plupart des décisions des juges de fond ont été systématiquement censurées pour défaut de preuves concrètes de la contrainte économique[446].

313. Violence économique et clause dite « du fur et à mesure ». Par ailleurs, il est important de rappeler un autre principe en droit d'auteur que l'on peut considérer comme un rempart à la violence économique : il s'agit de l'interdiction de « *la cession globale d'œuvres futures* » prévue par l'article L. 131-1 du Code de la propriété intellectuelle. En effet, admettre le contraire aurait eu pour effet de placer,

---

[445] Civ., 1re, 3 avr. 2002, n° 00-12.932 ; *JurisData* : 2002-013787. Eric SAVAUX, « Chronique de jurisprudence civile générale », *Defrénois*, n°19, 15 oct. 2002, p. 1246.

[446] Civ., 2e, 8 sept. 2005, n° 04-12.041 ; *JurisData* n° 2005-029684 ; La preuve que cette jurisprudence était peut-être ancrée devant le prétoire, une Cour d'appel avait refusé de reconnaitre le vice de consentement pour violence morale au profit d'une actrice pour film d'adulte qui avait cédé à une société de production l'exploitation de son droit à l'image dans « le monde entier et pour une durée de 99 (quatre-vingt-dix-neuf) ans ». Pourtant, l'actrice mettait en avant la crainte de ne pas percevoir son cachet. Pour justifier leur refus de reconnaitre le vice de violence morale, les juges estiment que la demanderesse « était une actrice avertie et que, sans être une actrice professionnelle, elle possédait un pseudonyme dont elle avait fait usage » dans l'exécution de d'autres contrats. V. Grenoble, 3 septembre 2012, n° 09/04790 : Jean-Michel BRUGUIERE, « Quand le juge consacre un bail emphytéotique sur le droit à l'image ! », *Légipresse,* 2013 p.174.

contre sa volonté, l'auteur dans une situation de dépendance de laquelle il aurait du mal à se déprendre. Cela peut par exemple concerner les relations qui lient un auteur à son éditeur ou encore celle qui lient le salarié à son employeur qui s'emparerait alors des créations artistiques en deçà de leur valeur vénale réelle sans possibilité pour le salarié d'y mettre fin. Cela dit, pour atténuer la rigidité de ce principe, la pratique à mis en place la technique de la clause dite « au fur et à mesure ». Concrètement, il s's'agit d'une clause qui permet la cession des œuvres futures non pas au jour de la signature du contrat mais au jour de leur création. Par exemple, dans un arrêt de janvier 2023, la Cour d'appel de Paris a validé une telle clause incluse dans le contrat de travail d'une salariée. En effet, selon les termes de la clause, la salariée, directrice artistique « cède à titre exclusif à l'employeur l'ensemble des droits de propriété intellectuelle (droit de reproduction et droit de représentation, à l'exception des droits d'adaptation) relatifs aux créations réalisées dans le cadre du présent contrat, au fur et à mesure de leur réalisation ». Pour les juges, il n'y pas violation de l'interdiction de la cession globale d'œuvres futures ni cession gratuite d'œuvres dans une relation de subordination. Au contraire, ils estiment qu'une « telle clause n'est pas nulle dès lors qu'elle délimite le champ de la cession à des œuvres déterminables et individualisables à savoir celles réalisées par la salariée dans le cadre du contrat de travail et au fur et à mesure que ces œuvres auront été réalisées (…) ». Aussi, il est précisé « qu'une rémunération forfaitaire n'opérant pas de distinction entre la rémunération de la prestation de travail et la contrepartie de la cession des droits d'auteur est licite[447] ».

314. Toujours dans le cadre de la violence économique, il a fallu attendre la veille de l'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats, qui a fini par consacrer la notion à travers l'article 1143 du Code civil, pour que la Cour de cassation accepte de la redynamiser en approuvant par exemple une Cour d'appel qui a caractérisé une contrainte économique exploitée par une « société pour amener son cocontractant à

[447] Paris, 25 janv. 2023, n° 19/15256 ; *Comm. com. électro.* n° 3, mars 2023, comm. 14, Pascal KAMINA ; *RLDI*, n° 202, 1er avril 2023, obs. Frédérique POTIN ; *Dalloz actualité* 24 février 2023, obs. Jade DESVIGNES et Stéphanie LE CAM. En vérité, ce n'est pas la première fois que ce type de clause est validée. En effet, la Cour de cassation avait déjà jugé que « ni la prévision d'une cession automatique des droits de propriété littéraire et artistique au fur et à mesure de l'exploitation ou du règlement éventuels des travaux, ni celle du transfert des seuls " engagements en cours " à un agent successeur, en particulier relativement à la recherche et à l'utilisation des espaces publicitaires, ne sont constitutifs de la cession globale d'oeuvres futures interdite par l'article 33 de la loi du 11 mars 1957 (article L. 131-1 du Code de la propriété intellectuelle). V. Civ., 1re, 4 février 1986, n° 83-13.114 ; *RTD com.* 1987, p. 198, obs. André FRANÇON.

lui consentir une indemnité transactionnelle d'un montant particulièrement élevée[448] ».

315. « Contrat 360° » et violence économique. Outre le monde de l'édition, la violence ou la contrainte économique en tant que vice de consentement se rencontre aussi dans de nombreux autres contrats en droit d'auteur à l'instar des contrats de production phonographique par exemple. Le contrat de production phonographique est un contrat qui n'est pas nommément mentionné dans le Code de la propriété intellectuelle. Il combine, dans l'industrie musicale, aussi bien les aspects du contrat de production de phonogramme que des aspects du contrat de production de vidéogramme. D'où d'ailleurs l'utilisation du qualificatif de contrat « 360° » pour le désigner. Concrètement, il s'agit d'un contrat par lequel « un producteur de phonogrammes et de vidéogrammes obtient d'un artiste de la musique, ou d'un groupe permanent d'artistes de la musique, des droits sur l'ensemble de son activité : production phonographique, production audiovisuelle, édition musicale, spectacle vivant, image et droits dérivés[449] ». Dans le domaine musical, ce contrat permet au producteur, en plus des droits liés à l'exploitation de l'œuvre audiovisuelle, d'obtenir des droits sur d'autres activités liées directement ou indirectement à l'exploitation du phonogramme. En sa qualité d'argentier[450] et de promoteur de phonographe[451], le producteur exige en quelque sorte par le biais de ce contrat « un partage des recettes générées[452] » par les autres activités lucratives de l'artiste.

316. Le champ d'application de ces contrats, l'étendue des droits cédés conjugués au contexte dans lequel ils sont conclus constituent un terreau favorable à l'utilisation par le producteur de sa position de force pour imposer ses conditions contre le

---

[448] Civ., 1re, 4 févr. 2015, n° 14-10.920 : Grégoire LOISEAU, « Contrat et vice de violence économique - Le vice et ses vertus », *Comm. comm. électr.*, n° 4, avril 2015, *comm.* 33.

[449] JURILIB, « Interrogations sur la validité juridique des actuels contrats de production phonographique, dits contrats « 360° » (1re partie) », *op. cit.*

[450] Selon les termes du 1er alinéa de m'article L. 213-1 du Code la propriété intellectuelle, « *Le producteur de phonogrammes est la personne, physique ou morale, qui a l'initiative et la responsabilité de la première fixation d'une séquence de son* ».

[451] Le rôle du producteur ne consiste pas uniquement à assurer le financement de la réalisation de l'œuvre. Comme le prévoit l'article L. 132-12 du Code de la propriété intellectuelle pour le contrat d'édition, l'article L. 213 du même code exige du producteur « une exploitation suivie de l'œuvre audiovisuelle », conformément « aux usages de la profession ». Nous pensons donc légitimement que la même obligation pèse sur le producteur de phonogramme.

[452] JURILIB, « Interrogations sur la validité juridique des actuels contrats de production phonographique, dits contrats « 360° » (1re partie) », *op. cit.*

consentement de l'auteur. Le risque de vice de violence liée à la contrainte économique sur ce chef est grand, particulièrement pour les auteurs qui n'ont pas encore accédé à la notoriété et qui ne peuvent donc pas exiger que soit négocié point par point le contenu du contrat.

317. En résumé, on peut être d'avis pour dire que le contrat de production phonographique, tel que pratiqué aujourd'hui, est un contrat qui oppose deux parties dont l'une, l'artiste ou le musicien, est du fait de sa vulnérabilité la partie faible[453] . Partant de ce constat, pour limiter les abus, il serait important de parvenir à la reconnaissance d'une présomption de vice du consentement fondé sur la contrainte économique. Car, comme on le verra dans les lignes qui suivent, le caractère contraignant des règles qui encadrent les contrats dans l'exploitation des œuvres littéraires et artistiques ne suffit pas souvent à juguler le risque de violation du consentement de l'auteur.

B : LE FORMALISME DU DROIT D'AUTEUR ET LA VIOLENCE DU COCONTRACTANT

318. A l'image des règles applicables en droit de la consommation qui ont pour but d'éviter que « la personne en position de force en abuse pour contraindre la personne en situation d'infériorité à passer un acte[454] », le droit d'auteur dispose en son sein des garde-fous pour parer aux situations dans lesquelles le consentement pourrait être amené à être bafoué.

319. Le formalisme qui se dégage de ces règles permet en principe de se prémunir du vice de consentement lié à la contrainte économique. Concrètement, la contrainte économique en tant que vice du consentement peut être favorisée par la cession, en pratique en une seule fois et dans un seul acte, de l'ensemble des droits liés à l'exploitation de l'œuvre. Or le droit de la propriété littéraire et artistique impose que soit écrit, dans la plupart des conventions, un découpage des différents droits qui font l'objet de cession.

---

[453] Le Pr. Xavier DAVERAT souligne que la faiblesse de l'auteur est d'ailleurs décuplée, lorsque, pris en sa qualité d'artiste, il signe un contrat d'édition musicale en même temps que son contrat de production phonographique, parfois avec un éditeur attaché à la production quand il s'agit de Majors ». V. JCl. Propriété littéraire et artistique, fasc. 1325, b*) Condition de la cession*, 22. *Consentement de l'auteur*.

[454] *Sanction d'une violence personnelle et contextuelle*, Le Lamy Droit Économique, 11/2021.

320. Le principe de spécialité dans la cession des droits. En effet, le législateur prévoit que soient spécialement séparés les uns des autres, dans le cadre d'une cession des droits d'auteur, l'ensemble des droits attachés à l'exploitation de l'œuvre. A ce titre, par exemple, l'article L. 122-7 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « *le droit de représentation et le droit de reproduction sont cessibles à titre gratuit ou à titre onéreux. La cession du droit de représentation n'emporte pas celle du droit de reproduction. La cession du droit de reproduction n'emporte pas celle du droit de représentation. Lorsqu'un contrat comporte cession totale de l'un des deux droits visés au présent article, la portée en est limitée aux modes d'exploitation prévus au contrat* ». Cette disposition permet d'attirer l'attention de l'auteur sur ce sur quoi il s'apprête à s'engager tout en lui permettant d'en appréhender les conséquences. Elle oblige indirectement les parties à négocier point par point chacun des droits cédés. Cette façon de procéder permet ainsi à l'auteur de prendre facilement conscience de l'existence de d'autres alternatives, peut-être plus avantageuses pour lui, que ce que lui propose son cocontractant. Le mécanisme lui permet, de cette manière, d'échapper au vice de violence économique ou de pouvoir le dénoncer par la suite afin d'obtenir l'annulation du contrat. En ce sens, la jurisprudence interprète d'ailleurs de manière stricte cette disposition. Il a, par exemple, été jugé que « les contrats portant sur les droits d'auteur sont gouvernés par le principe d'interprétation stricte, d'où il découle que l'auteur est supposé s'être réservé tout droit ou mode d'exploitation, non expressément inclus dans » le contrat[455] qui le lie à son cocontractant. La solution rapportée contribue naturellement à limiter l'étendue des clauses énoncées de manière générale dans les contrats. A ce propos, la Cour de cassation a d'ailleurs très tôt précisé que « la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que leur domaine d'exploitation soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée[456] ». L'exigence de délimitation imposée aux cocontractants est propre au droit de la propriété littéraire et artistique.

321. L'article L. 122-7 du Code de la propriété intellectuelle n'est d'ailleurs pas la seule disposition à protéger de cette manière le consentement de l'auteur dans le cadre de l'exploitation de ses droits. Dans le même sens, on peut citer, outre l'article L. 131-1 du même Code qui prohibe la cession globale des œuvres futures par dérogation au

[455] Versailles, 13 févr. 1992 : *D.* 1993, p. 402, Obs. Bernard EDELMAN.
[456] Civ., 1er, 9 oct. 1991, n° 90-12.476 ; *Jurisdata* n° 1991-002927 ; *JCP G* 1991, IV, 429 ; *D.* 1993, p. 91, obs. Claude COLOMBET.

droit commun des contrats, l'article L. 131-3 alinéa 1er qui prévoit que «*la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée ».* Cette disposition permet de remettre l'auteur au centre des débats lors de la conclusion du contrat en faisant de lui le véritable chef d'orchestre. Cet aspect des choses fait qu'en toute logique, certains auteurs qualifient le droit d'auteur de « droit retenu » en ce sens que « tout ce que n'abandonne pas l'auteur et, plus précisément encore, tout ce qu'il ne dit pas expressément souhaiter abandonner, doit être considéré comme lui étant toujours réservé[457] ». De cette manière, l'auteur dispose d'une véritable alternative, celle de retenir une partie de ses droits (ceux qui ne sont pas expressément mentionnés dans le contrat) qui peuvent constituer une arme redoutable entre ses mains en cas de litige dans le cadre de l'exécution du contrat qui le lie à son cocontractant. A cela s'ajoute le fait que l'ambiguïté ou l'imprécision des clauses dans le contrat est toujours interprétée en sa faveur. C'est dans ce sens que les hauts magistrats ont eu l'occasion de préciser que « c'est par une interprétation nécessaire exclusive de dénaturation et qui échappe donc au contrôle de la Cour de cassation, qu'après avoir analysé les termes de deux articles d'un contrat relatif à l'exploitation d'un film, l'un de ces articles étant muet sur le droit de reproduction, tandis que l'autre visait l'exploitation du film en formats 35 mm et 16 mm format ne correspondant pas à la reproduction sur bandes magnétiques, que la Cour d'appel de Paris décide que les parties n'avaient pas entendu inclure dans le champ contractuel la reproduction de l'œuvre sur bande magnétique à partir de la pellicule cinématographique[458] ». L'imprécision des clauses conduit donc à maintenir certains droits dans l'escarcelle de l'auteur, en l'occurrence le droit de reproduction sur bande magnétique.

322. Cependant, si le formalisme qui caractérise les règles en matière d'exploitation des droits de la propriété littéraire et artistiques peut constituer un rempart contre le déséquilibre contractuel à l'origine duquel se trouve le plus souvent le vice de contrainte économique, force est de reconnaître que la portée de ces règles se trouve limitée.

---

457 Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière, « *Droit d'auteur et droits voisins* », n°739, p.758. *op. cit.*
458 Civ. 1re, 29 juin 1982, n° 81-12.803 ; *RTD com.* 1983, p. 435, obs. André FRANÇON.

323. La première limitation de ce texte tient tout d'apport à la pratique. En effet, l'exigence de détails a conduit au développement de compétences en matière de montage juridiques conduisant l'auteur, le plus souvent novice, à céder sans se rendre compte l'ensemble des droits attaché à sa création dans des contrats extrêmement « pointillistes[459] ».

324. La deuxième limitation tient au fait que le formalisme affiché par l'article L.131-3 du Code de la propriété intellectuelle n'est pas une règle absolue. Le législateur ayant prévu des assouplissements permettant une cession globale des droits attachés à l'œuvre. L'article L. 132-24 alinéa 1er du Code de la propriété intellectuelle prévoit une présomption de « *cession au profit du producteur des droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle* » dans les contrats qui lient le producteur aux auteurs[460]. A de maintes reprises, la jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer sur la portée de cette présomption. Ainsi, il a été jugé qu'est « recevable en son action en cessation de la diffusion par télévision illicite d'une série télévisée le producteur de la série présumée cessionnaire des droits exclusifs d'exploitation de cette série en vertu de l'article L. 132-24 du Code de la propriété intellectuelle, alors qu'il n'y a aucune preuve contraire, et qu'il exploite les droits de diffusion de la série sans revendication de quiconque[461] ».

325. Aussi, il est utile de rappeler que la présomption ainsi posée ne date pas de la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique. Sous la révolution, l'article 1er du Décret du 19 juillet 1793[462] comportait en son sein les germes de la présomption de cession au profit du cocontractant. Selon le premier article de ce texte, « *les auteurs d'écrits en tout genre, les compositeurs de musique, les peintres et dessinateurs, qui feront graver des tableaux ou dessins, jouiront pendant leur vie entière du droit*

---

[459] Michel VIVANT et Jean-Michel BRUGUIERE soulignent à ce propos, avec justesse, le fait qu'en pratique l'on obverse « des contrats pointillistes qui essaient de tout prévoir et qui, ce faisant, n'ont, pour beaucoup, rien à envier aux contrats anglo-saxons ». V. Michel VIVANT et Jean-Michel BRUGUIERE, *op. cit.*

[460] Plus exactement, l'article L. 132-24 alinéa 1er prévoit que « Le contrat qui lie le producteur aux auteurs d'une œuvre audiovisuelle, autres que l'auteur de la composition musicale avec ou sans paroles, emporte, sauf clause contraire et sans préjudice des droits reconnus à l'auteur par les dispositions des articles L. 111-3, L. 121-4, L. 121-5, L. 122-1 à L. 122-7, L. 123-7, L. 131-2 à L. 131-7, L. 132-4 et L. 132-7, cession au profit du producteur des droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle ».

[461] Versailles, 28 septembre 1995, *JurisData* n°1995-046427.

[462] Il s'agit du Décret du 19 juillet 1793 relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tout genre, compositeurs de musique, peintres et dessinateurs.

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 ». C'est sur cette base que la 1re chambre civile de la Cour de cassation a décidé, dans l'arrêt « *Albin Michel* » en date du 25 mai 2005, qu'il « résulte de l'article 1 er du décret des 19 et 24 juillet 1793 que la stipulation d'une vente pleine et entière, sans aucune réserve, de la propriété d'une œuvre littéraire transmet à l'acquéreur la pleine et absolue propriété de l'œuvre, ainsi que l'ensemble des droits patrimoniaux d'auteur[463]».

326. Cette solution démontre que le juge est souvent amené à faire preuve d'un réalisme dicté par la pratique des contrats en droit de la propriété littéraire et artistique. Cela dit, le risque encouru avec une telle politique jurisprudentielle est de se retrouver avec des textes en apparence satisfaisants, mais absolument vidés de leur substance. Alors que leur essence première consiste à protéger l'auteur de toute forme de violence en imposant un certain équilibre dans ses rapports avec ses cocontractants.

Conclusion du chapitre 2 :

327. En conclusion, l'étude du consentement de l'auteur dans le cadre la validité des contrats d'exploitation implique plusieurs données. Ces données recouvrent les questions liées à la titularité des droits, à l'aptitude de celui qui en est titulaire à les exercer ainsi que le cadre de l'expression de son consentement lors de la conclusion des contrats d'exploitation.

328. A propos de la titularité des droits, le fait de créer une œuvre de l'esprit est la preuve de la volonté de son auteur de placer son consentement sous la protection des règles protectrices du droit d'auteur. La titularité de l'œuvre et la capacité d'exercice des droits qui y sont attachés sont des questions distinctes. Autrement dit, la reconnaissance de la qualité d'auteur, ou encore la titularité des droits, ne préjuge pas de l'aptitude à exercer les droits qui y sont attachés. Ainsi, il n'existe quasiment pas d'éléments pouvant empêcher l'expression de la création artistique. Autrement dit, au stade de la création artistique ou de la reconnaissance de titularité, des critères tels que

[463] Civ., 1re, 25 mai 2005, n° 02-17.305 : Christophe CARON, « À propos d'un contrat conclu sous l'empire des lois révolutionnaires », *Comm. Comm. électr.*, n° 7, Juill. 2005, comm. 109 ; Bernard EDELMAN, « Un arrêt « d'outre-tombe », *D.*, 2006 p.661.

l'âge, le sexe, l'état de santé ou d'une manière générale le statut juridique ne peuvent pas constituer des obstacles.

329. Néanmoins, le débat sur la question de l'admission des créations des personnes privées de discernement dans la famille des œuvres de l'esprits est loin de s'estomper. Ainsi, pour certains, « la démarche créative doit traduire un minimum de maîtrise intellectuelle du processus créatif. L'exigence devrait, en toute logique, conduire à exclure du bénéfice du droit d'auteur l'œuvre réalisée par un individu totalement privé de discernement (…)[464] ». Abondant dans le même sens, le professeur Frédéric Pollaud-Dulian estime qu'on « ne devrait pas couvrir du droit d'auteur les objets faits ou défaits compulsivement par des enfants en très bas âge ou par des déments sans conscience ni volonté d'exprimer ou représenter qui que ce soit[465] ». En revanche, d'autres auteurs invitent à ce que l'accent soit plutôt mis sur le résultat de la création artistique. En ce sens, comme le souligne un auteur, « on voit mal ce qui, dans l'œuvre d'un enfant ou d'une personne souffrant d'une maladie mentale abolissant son discernement, justifie une exclusion. Dès lors que les créations dont il s'agit portent l'empreinte d'une personnalité, elles devraient pouvoir être protégées par le droit d'auteur sans distinction ni discrimination[466] ». A la question de savoir si l'incapacité peut « remettre en cause la qualification d'œuvre », les professeurs Jean-Michel Bruguière et Michel Vivant répondent ceci : « L'intervention créatrice est bien celle d'un homme fût-il incapable et même si l'idée contraire est défendue, le fait que cet homme n'ait pas toujours la conscience ou la pleine conscience de la création faite ne change pas selon nous substantiellement les choses. Il ne faut pas se laisser prendre au piège des mots. Il ne s'agit pas de savoir si la personne est juridiquement capable. Il s'agit de savoir si elle a - si l'on veut user de ce terme - la capacité de créer au sens de produire ce qui va être reconnu comme une œuvre et en l'occurrence une œuvre d'art. Or tel est bien le cas. L'œuvre en quelque sorte révèle ici l'artiste. Sauf à nier son humanité, on ne saurait prétendre que l'amoindrissement de ses facultés mentales le rend incapable de percevoir le geste qui est le sien[467] ». Dans le même sens, le Tribunal Fédéral Suisse avait jugé que l'acte de création n'est pas un acte juridique mais un acte

[464] Agnès LUCAS-SCHLOETTER, André LUCAS, Carine BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 5e éd., LexisNexis, 2017, n°57.
[465] Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, 2e éd., Economica, 2014, p. 125.
[466] Noémie ENSER, *Conscience de la création et droit d'auteur, LexisNexis, Coll. C.E.I.P.I.*, 2022, p. 23.
[467] Michel VIVANT, Jean-Michel BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 4e éd. 2019, n°119.

matériel étant donné qu'il « n'est subordonné ni à la capacité juridique du créateur, ni à l'expression d'une volonté tendue vers l'acquisition du droit d'auteur[468] ».

[468] TF, 1re ch. civ., 14 juin 1990 : ATF 116 II351. Jugement rapporté dans « Langues et droit d'auteur perspectives de Suisse » *in* Y. GENDREAU et A. DRASSINOWER (dir.*) Langues et droit d'auteur/ Language and copyright*, Bruylant, 2010, p.105.

Titre 2 : La protection du consentement au sein des contrats en droit d'auteur et dans l'environnement numérique

330. Le contrat n'est pas un sanctuaire qui protège l'auteur de toutes possibilités de fragilisation de son consentement, malgré le caractère très protecteur des règles du Code de la propriété intellectuelle. Les germes de cette fragilisation peuvent exister dès le stade de la conclusion du contrat où se jouent à la fois l'existence et la validité du contrat. L'existence du contrat suppose que le consentement de chacune des parties soit exempt de vice. En effet, selon le premier alinéa de l'article 1130 du Code civil, « *l'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes* ». Comme le souligne le Professeur Emile Acollas, « il faut bien se garder de confondre les conditions qui sont nécessaires à l'existence des contrats avec celles qui sont nécessaires à leur validité. Les conditions nécessaires à l'existence du contrat, sont, comme on le comprend, des conditions telles que, si elles manquent, il n'y a pas de contrat. Les conditions nécessaires à la validité du contrat sont des conditions dont le défaut est assurément de nature à influer sur le sort final du contrat et peut en amener la chute, mais suppose par là même l'existence du contrat[469] ». En effet, la question de la validité du contrat n'intervient qu'après l'examen de ses conditions d'existence. La validité est en rapport avec la nature du contrat, son objet ou encore la qualité des parties. Par exemple, les contrats sont consensuels, solennels ou réels comme le prévoit l'article 1109 du Code civil qui dispose que « *le contrat est consensuel lorsqu'il se forme par le seul échange des consentements quel qu'en soit le mode d'expression. Le contrat est solennel lorsque sa validité est subordonnée à des formes déterminées par la loi. Le contrat est réel lorsque sa formation est subordonnée à la remise d'une chose* ». La distinction fondamentale entre les contrats consensuels et les contrats solennels réside dans la nature de l'objet et surtout de la qualité des parties. Le formalisme est souvent synonyme de protection en ce sens que le but recherché consiste à attirer l'attention des parties sur la portée réelle de leur engagement. C'est particulièrement le cas lorsque l'une des parties au contrat est considérée comme vulnérable à l'instar du consommateur ou encore de l'auteur d'une œuvre de l'esprit. En ce qui concerne ce

[469] Émile ACOLLAS, *Le Droit mis à la portée de tout le monde. Les Contrats et les obligations conventuelles*, Librairie CH. Delagrave, 1885, p. 28.

dernier, un formalisme est exigé, en l'occurrence l'écrit, lors de la conclusion du contrat sans que la loi ne précise explicitement si c'est à titre de preuve ou si c'est à titre de validité. La jurisprudence et la doctrine sur la question seront examinées dans un premier temps (**Chapitre 1**) avant que l'accent ne soit mis sur une autre réalité à laquelle le droit d'auteur n'a pas échappé : l'incidence du numérique sur les contrats d'auteur. En effet, le numérique est venu révolutionner non seulement la création intellectuelle, mais il a aussi eu une incidence sur les aspects contractuels du droit d'auteur, notamment en ce qui concerne le principe du consentement de l'auteur. Concrètement, à un moment donné, s'est posée la question de savoir s'il était opportun, voire obligatoire de solliciter le consentement de l'auteur à chaque fois qu'une œuvre ayant fait l'objet de cession était amenée à subir les effets du numérique. Une autre crainte était aussi fondée sur la question du choix de la méthode pour juguler les utilisations frauduleuses des œuvres dans le cadre du numérique. La recherche de réponses satisfaisantes à toutes ces interrogations justifie que l'on examine la place du consentement de l'auteur dans l'environnement numérique (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Le consentement au sein des contrats en droit d'auteur

331. Comme tout droit spécial, le droit de la propriété littéraire et artistique est un droit qui imprègne son champ d'application de sa particularité. Cette particularité, comme cela a été évoqué précédemment, se manifeste par une protection stricte de l'auteur considéré comme partie faible dans ses rapports avec ses cocontractants.

332. En tant que droit spécial, les contrats relatifs à l'exploitation des œuvres sont généralement nommés. Soit des contrats dont le régime juridique est prévu dans les moindres détails par le législateur. La diversité et la complexité des conventions en matière d'exploitation des œuvres de l'esprit pousse à faire un choix, arbitraire peut être, afin de mieux rendre compte de la place réservée au consentement de l'auteur. Parmi tous les contrats en la matière, le contrat de cession est le contrat par excellence. Il s'applique en matière d'édition, de représentation, de production audiovisuelle *etc*. En tant que contrat le plus appliqué ainsi qu'au regard de la place prépondérante qu'il occupe au sein de ces conventions en droit d'auteur, une attention particulière lui sera portée.

333. Cela dit, la pratique du droit, l'apparition de nouveaux biens intellectuels ainsi que la particularité de la discipline rendent possible l'application de certains modèles contractuels jusque-là considérés comme inapplicables au droit de la propriété littéraire et artistique. C'est le cas de la licence par exemple.

334. Afin de mieux cerner l'enjeu de ces thématiques, le présent travail consistera dans un premier temps à analyser le traitement réservé au consentement de l'auteur lors de la formation du contrat de cession (***section 1***). Ensuite, l'accent sera mis sur la manière par laquelle les droits moraux influencent les rapports que l'auteur entretient avec ses cocontractants. Cela permettra d'aborder en toute logique la question de la licence en droit d'auteur qui semble mieux adaptée, en termes de qualification, pour analyser les contrats d'exploitation des biens de la propriété littéraire et artistique (***section 2***).

Section 1 : Le formalisme et le consentement de l'auteur

335. Comme il a été précisé précédemment, le contrat de cession de droits d'auteur est un contrat qui est expressément prévu par la législation dans le cadre de l'exploitation des œuvres littéraires et artistiques. De ce fait, il fait figure de contrat

nommé par excellence (**§1**) et exige pour sa formation un formalisme assez exigeant et sécurisant pour le consentement de l'auteur. Si l'exigence d'un consentement personnel de l'auteur est accompagnée d'un formalisme spécifique, cependant, l'analyse des textes applicables en la matière révèle qu'il existe d'autres éléments de justification (**§2).**

§1 : Le formalisme du consentement de l'auteur

336. De manière générale, le contrat de cession de droits d'auteur est un contrat « passé entre un titulaire de droits de propriété intellectuelle, appelé cédant, et une autre personne, physique ou morale, appelée cessionnaire, par lequel le premier vend à la seconde des droits patrimoniaux sur l'objet protégé dont il est le propriétaire. Il existe des cessions de droits d'auteur sur une œuvre, de droits voisins sur une interprétation, un phonogramme, un vidéogramme ou un programme audiovisuel ou encore de droits spécifiques sur une base de données[470]». Cette définition n'est pas propre au droit d'auteur. Elle s'applique également en droit de la propriété industrielle notamment, en matière de dessins et modèles ou encore de brevet[471].

337. Dans tous les cas, le consentement de l'auteur est exigé. La forme par laquelle ce consentement s'exprime éloigne le contrat de cession de la notion de vente, notion à laquelle elle emprunte pourtant l'essentiel de son régime juridique (**A**). Cet éloignement trouve fondamentalement sa source dans le fait que l'écrit est au cœur de la formation du contrat de cession de droits d'auteur (**B**).

A : L'EXIGENCE D'UN CONSENTEMENT ECRIT ET PERSONNEL DE L'AUTEUR

338. La cession de droits d'auteur doit se faire avec le consentement personnel du créateur de l'œuvre. Cette condition, que l'on peut considérer comme un principe, est l'une des conséquences de l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que « *l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous* ». La cession d'un bien par son propriétaire, est avant tout la cession des droits sur cette chose. A

[470] Patrick TAFFOREAU, *Petit lexique, Droit de la propriété intellectuelle*, Gualino, p.13.
[471] En ce sens, v. les articles L. 513-2, L. 513-3 du Code de la propriété intellectuelle pour les dessins et modèles et les articles L. 613-8, L. 613-9 du même code à propos du brevet.

l'image du contrat de vente dont l'objet ne porte pas « directement sur un bien, mais sur un droit et, à travers ce droit et indirectement seulement sur le bien concerné[472] ». Cette assertion est particulièrement vraie en droit d'auteur. En ce sens que, comme il a été suffisamment développé dans le titre précédent, cela revient à « vérifier d'abord l'existence du droit d'auteur (c'est-à-dire s'il y a bien création et si le droit n'est pas éteint), puis l'existence dans la personne du cédant d'un droit sur ce droit [ou sur cette création] (c'est-à-dire que c'est lui qui a créé l'œuvre ou est aux droits du créateur, par transmission régulière)[473] ».

339. Dans le même ordre d'idées, l'exigence d'un consentement personnel de l'auteur puise sa source également au sein de l'article L. 122-4 du Code de la propriété intellectuelle qui, à travers une formulation à caractère dissuasif, prévoit que « *toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite. Il en est de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque* ». L'exigence du consentement donné par l'auteur doit être respectueuse des conditions élémentaires imposées par le droit commun pour l'existence de tout contrat. A ce titre d'ailleurs, l'article 1128 du Code civil commence par citer « *le consentement des parties* » au titre des conditions « *nécessaires à la validité d'un contrat* ». De son côté, les principales dispositions organisant le contrat de cession de droits d'auteur se trouvent concentrées dans un titre III du Code de la propriété intellectuelle intitulé « *Exploitation des droits* ». Ce titre comprend les article L. 131-1 à L. 139-1. Si le premier de ces articles se contente de préciser que « *la cession globale des œuvres futures est nulle* », l'article L. 131-2, est en revanche très intéressant pour le consentement de l'auteur en ce sens qu'il impose l'écrit pour la conclusion du contrat. Selon le premier alinéa, « *les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle définis au présent titre doivent être constatés par écrit. Il en est de même des autorisations gratuites d'exécution* ». L'article L-132-7 impose plus explicitement un écrit dans le cadre du contrat d'édition en précisant que « *le consentement personnel et donné par écrit de l'auteur est obligatoire* ».

340. Il ressort de l'analyse de ces dispositions une observation qui permet de voir que le contrat de cession de droits d'auteur tourne est axé autour de deux lignes

[472] Alain BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, 13e éd., 2019, n°19.
[473] *Ibid.*

principales : l'existence d'un formalisme que l'on peut considérer comme une exigence à titre de validité, ainsi que la prohibition de la cession globale des œuvres futures.

341. Le contrat de commande d'œuvre. Appelé aussi contrat de louage d'ouvrage, il s'agit d'un contrat par lequel « une personne, appelée le commanditaire, commande à un auteur la création d'une œuvre[474] ». Le mécanisme ressemble au contrat d'entreprise. Cependant, la conclusion d'un contrat de commande d'ouvrage n'emporte pas cession des droits d'auteur sauf clause expresse. Sur ce point, il a été jugé par exemple que « l'existence d'un contrat de louage d'ouvrage n'emporte aucune dérogation à la jouissance du droit de propriété intellectuelle de l'auteur, et que la cession des droits de celui-ci ne peut résulter que d'une convention[475] ». Cette solution fait application de l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle qui prévoit en son deuxième alinéa que « *l'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte pas dérogation à la jouissance du droit reconnu* » à l'auteur. Ce droit se caractérise, comme le précise le premier alinéa de la même disposition, par « *un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous* ».

342. Avec le contrat de commande d'œuvre, l'auteur n'a pas l'initiative de son projet de création artistique. Son consentement, en ce sens, est provoqué pour satisfaire une demande particulière et précise de la part du maître d'ouvrage. Par exemple, en matière d'édition, l'éditeur n'est plus un personnage passif en ce sens que son rôle ne se cantonne plus à « faire imprimer le manuscrit (…). Il s'inscrit totalement dans une logique de produit et de marché[476] ». La sortie de l'éditeur de son rôle traditionnel influence forcément le consentement de l'auteur en orientant ses choix artistiques. Bien que dans ce type de contrat les parties prennent le soin de souligner que l'auteur garde toute sa liberté de création, en réalité ce sont les éditeurs qui jouent un véritable rôle de producteur en ce sens qu'ils « identifient des segments de marché, développent des cahiers des charges de manière à poser les critères auxquels doivent répondre les ouvrages d'une même collection, et enfin sélectionnent des auteurs auxquels ils confient la rédaction d'ouvrages conformes à ce cahier des charges[477] ».

---

474 Carine BERNAULT et Jean-Pierre CLAVIER, *op. cit.*, p. 89.
475 Civ., 1re, 24 oct. 2000, n°97-19.032; *Jurisdata n° 2000-006378.*
476 André R. BERTRAND, *Chapitre 206 – Créations littéraires, droits des éditeurs et des journalistes*, Dalloz action Droit d'auteur, 2010, p. 739.
477 *Ibid.*

Cette analyse est loin d'être démentie par la réalité même si, pour la jurisprudence, la limitation de la liberté de création dépend du seul consentement de l'auteur. En ce sens, il a par exemple été jugé que « le droit moral de l'auteur sur son œuvre ne préexiste pas à celle-ci, l'auteur peut, au préalable, légalement consentir par convention à limiter sa liberté de création et s'engager, en particulier, à obéir aux impératifs d'une commande faite à des fins publicitaires ou à rechercher, dans ce domaine ou dans un autre, l'accord de son cocontractant[478] ». Malgré cette affirmation de principe, il serait difficile pour l'auteur d'opposer sa liberté de création dans le cadre d'un contrat de commande d'œuvre qui présente par nature d'énormes enjeux financiers.

343. L'incessibilité des œuvres futures. L'autre limitation concerne le refus du législateur de la cession d'œuvres futures, contrairement au droit commun où la vente d'une chose future est tout à fait possible. L'article 1163 du Code civil précise que l'obligation peut avoir « *pour objet une prestation présente ou future* ». A ce titre, à propos de la vente d'immeubles, l'article 1601-1 du Code civil illustre bien cette possibilité en son alinéa premier en ce sens qu'il précise que « *la vente d'immeubles à construire est celle par laquelle le vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat* ». En droit d'auteur, la prohibition du principe de cession d'œuvres futures montre tout de même que la liberté de création de l'auteur est limitée. Dans ce cadre, son consentement s'exprime sur une base qui est définie en partie par son cocontractant. Cela dit, le refus de la cession des œuvres futures se veut garant de la liberté créatrice de l'auteur en lui évitant d'être enfermé dans des impératifs de choix et des considérations d'ordre temporel. La limitation s'explique aussi par le danger que peut représenter une telle opération en ce sens que « le cocontractant [en l'occurrence l'auteur] peut avoir des difficultés à bien en mesurer la valeur[479] ». C'est donc en ce sens que les articles L. 131-1 et L. 132-4 du Code de la propriété intellectuelle entrent en jeu afin de réglementer la cession d'œuvres futures. Le premier de ces textes pose une interdiction de principe. Tandis que le second l'autorise dans le cadre d'un pacte de préférence. Selon le premier alinéa de cette disposition, est licite*,* « *la stipulation par laquelle l'auteur s'engage à accorder un droit de préférence à un éditeur pour l'édition de ses œuvres futures de genres*

[478] Civ. 1re 7 avr. 1987, n° 85-12.101; *JurisData* n° 1987-000966.
[479] Alain BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit*., n°19.

nettement déterminés ». La formule utilisée montre que les contours de l'utilisation du pacte sont strictement encadrés de sorte à le cantonner dans le champ des exceptions aux modes traditionnels de cession des droits d'auteur. Elle permet aussi de limiter le risque de voir l'éditeur contraindre l'auteur à créer des œuvres impubliables. C'est en ce sens que le deuxième alinéa de l'article L. 132-4 précise que « *ce droit est limité pour chaque genre à cinq ouvrages nouveaux à compter du jour de la signature du contrat d'édition conclu pour la première œuvre ou à la production de l'auteur réalisée dans un délai de cinq années à compter du même jour* ». Dans le même ordre d'idées, la Cour d'appel de Paris a essayé de préciser les termes « œuvre » et « ouvrage » dans le domaine de l'édition musicale. En l'espèce, dans le cadre d'un pacte de préférence, une autrice compositrice s'est engagée envers deux maisons d'édition à réaliser deux albums avec comme durée celle de la réalisation des albums. Pour juges, « le pacte n'est pas limité dans le temps. En effet, la stipulation du contrat prévoyant que le pacte de préférence est conclu pour la durée nécessaire à l'écriture/composition par l'auteur d'un album sorti dans le commerce est indéterminée ce d'autant que l'éditeur a également une option exclusive sur un second album. Il n'est pas plus limité à cinq « *ouvrages* ». En effet, la notion d'« *ouvrage* » prévue à l'article L. 132-4 du Code de la propriété intellectuelle ne peut renvoyer à un « album » tel que défini dans le présent acte sauf à retenir une interprétation large qui n'est pas favorable aux intérêts de l'auteur, celui-ci s'engageant alors pour au moins une trentaine d''œuvres musicales dès lors que celles-ci seraient réunies dans un album ce sans aucune limite dans le temps[480] ». Cette solution, favorable aux intérêts de l'auteur, montre aussi que le pacte de préférence n'est pas forcément adapté aux œuvres musicales.

344. En tout état de cause, le législateur ne fait que jouer à l'équilibriste en cherchant à concilier le droit au respect du consentement de l'auteur en matière d'exploitation de ses biens et la préservation des intérêts de l'éditeur sur qui repose le risque financier de la publication de la première œuvre de l'auteur. Il est donc « légitime qu'en contrepartie, il puisse obtenir une préférence sur les œuvres futures de ce créateur [481]».

[480] Paris, 29 mars 2024, n° 22/00799 ; *JurisData* n° 2024-005279 ; *D.* 2025, p.360.
[481] Carine BERNAULT, Jean-Pierre CLAVIER, « *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle* », *op. cit.*, p. 381.

B : L'EXIGENCE D'UN FORMALISME, L'ECRIT A TITRE DE PREUVE

345. S'agissant du formalisme du contrat de cession, ce sont principalement les articles L. 131-2 et L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle qui l'évoquent. L'exigence de l'écrit a, par la suite, été analysée comme une exigence probatoire. Etant donné que si l'exigence de l'écrit n'est pas prescrite à peine de nullité, c'est le principe du consensualisme qui doit s'appliquer. Autrement dit, lorsque « la loi impose une exigence qui pourrait apparaître comme une condition de forme, elle doit être interprétée comme une règle de preuve afin de ne pas altérer le caractère consensuel du contrat[482] ».

346. Le principe de l'exigence d'un écrit. La première des dispositions précitées dispose clairement dans ses deux premiers alinéas que « *les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle définis (…) doivent être constatés par écrit. Il en est de même des autorisations gratuites d'exécution* ». Quant à la seconde disposition, elle prévoit dans son troisième alinéa que « *les cessions portant sur les droits d'adaptation audiovisuelle doivent faire l'objet d'un contrat écrit sur un document distinct du contrat relatif à l'édition proprement dite de l'œuvre imprimée* ».

347. L'écrit à titre de preuve. On observe que l'idée que l'écrit puise été exigé à titre de validité est une réalité. Cette contrainte se justifie par le besoin de sécuriser le consentement de l'auteur en ce sens que l'écrit permet de laisser une trace. Et la trace, comme l'enseigne le Larousse, est une « suite d'empreintes laissées sur le sol par le passage de quelqu'un, d'un animal, d'un véhicule » ou encore dans un sens purement littéraire, elle représente « ce qui subsiste de quelque chose du passé sous la forme de débris, de vestiges ». Appliquée au droit d'auteur, cette définition permet de comprendre que cela sert avant tout de protection contre toute violation du contenu de l'accord que peut conclure l'auteur. A ce titre, il contribue à la sécurité juridique des opérations envisagées. On ne peut que céder dans un premier temps aux argumentations de ceux qui soutiennent que sa présence dans les contrats de propriété littéraire et artistique est une question de preuve et non de validité des engagements.

[482] Michel CABRILLAC, Christian MOULY, Sévérine CABRILLAC et Philippe PETEL, *Droit des sûretés*, Litec, 2007, n°74, p.55.

348. Parmi les tenants de cette logique figure la Cour de de cassation qui, dans un litige opposant un auteur à son cocontractant ayant la qualité de commerçant, a précisé que «la constatation par écrit du contrat d'édition prescrite par l'article 31 alinéa 1 de la loi du 11 mars 1957 n'étant pas requise pour la validité du contrat mais pour sa preuve, l'article 109 du Code de commerce est applicable au contrat passé par un auteur avec un éditeur ayant la qualité de commerçant, et cette règle de la liberté de la preuve en matière commerciale s'applique également lorsque le contrat conclu avec l'éditeur constitue un louage d'ouvrage ou de service[483]». Cette solution, loin d'être isolée[484], institue donc une limitation à la liberté de la preuve qui vaut pour le cocontractant de l'auteur qui doit prouver l'existence d'un contrat vis-à-vis de l'auteur, par une preuve écrite. Tandis que la preuve semble être libre pour l'auteur. La logique qui se dégage de la solution est protectrice du consentement de l'auteur. Une solution contraire aurait été inquiétante pour la protection de son consentement. Si la preuve avait été libre pour le commerçant, ce dernier, aidé par ses compétences qu'il tient de sa qualité de professionnel, n'aurait éprouvé aucune difficulté à rapporter la preuve d'une telle cession. Le risque aurait donc été grand que cette preuve soit apportée au détriment de l'auteur. D'ailleurs, les faits de l'espèce précitée permettront de comprendre cette hypothèse : un enseignant chercheur, chroniqueur régulier auprès d'une revue juridique, avait obtenu un accord verbal de la part de cette dernière pour la publication d'un commentaire sur un arrêt d'une cour d'appel qui était défavorable au conseil de l'ordre des avocats d'une région. Face à la demande d'un droit de réponse émise par le bâtonnier de l'ordre, la maison d'édition a fini par renoncer à la publication du commentaire. L'enseignant chercheur décide alors de saisir la justice pour obtenir la publication de l'article et exiger le paiement d'un franc symbolique à titre de dommages et intérêts. De son côté, afin d'obtenir la nullité du contrat, la maison d'édition soulève l'absence d'écrit. La réponse de la Cour de cassation a été de dire que l'écrit n'est pas exigé par le législateur à titre de validité, mais uniquement à titre de preuve (cf supra). Par cette solution, la Cour permet uniquement à l'auteur de prouver par tout moyen l'existence du contrat de cession y compris par l'écrit. C'est d'ailleurs l'opinion de

[483] Civ., 1re, 12 avr. 1976, n° 74-12.149, *D.* 1976, I.R., p. 195, *RIDA* oct. 1976, p. 164.

[484] V. Lyon, 4 janv. 2022, n° 19/05278 qui juge que : « si l'article L 131-2 du code de la propriété intellectuelle dispose que les contrats d'édition doivent être constatés par écrit, il convient de rappeler que cette exigence d'écrit est entendue *ad probationnem* et le premier juge a donc de façon pertinente relevé que la forme écrite du contrat constituait seulement une exigence probatoire sur l'existence et le contenu du contrat mais qu'elle n'en conditionnait pas la validité ».

certains auteurs qui affirment qu'eu « égard à la finalité de l'exigence, seul l'auteur est fondé à se prévaloir du défaut d'écrit. Quant à son partenaire, il ne peut prouver par témoin contre la cession écrite[485] ». Ce principe, issu du Code civil (art. 1341 du Code civ.), est appliqué par la jurisprudence[486] aux contrats de cession des droits d'auteur et protège le consentement de l'auteur. Etant donné que le contrat d'édition est assimilé à un acte mixte, rien ne doit, en principe, obliger l'auteur à prouver uniquement le contrat par écrit. Pour lui la preuve doit demeurer libre.

349. Le fait de considérer l'écrit comme une condition *ad probationem* et de priver le cocontractant de l'auteur d'utiliser la liberté de la preuve à l'encontre de l'auteur, est une façon pour la Cour de cassation de faire du contrat de cession, en l'occurrence le contrat d'édition, un acte mixte. En effet, « la situation étant celle d'un auteur personne physique traitant avec un commerçant, la plupart du temps personne morale, le contrat d'édition est un acte mixte, civil pour l'auteur et commercial pour l'éditeur[487] ». En ce sens d'ailleurs, il a été jugé que « dans un acte mixte, les règles de preuve du droit civil s'appliquent envers la partie pour laquelle il est de caractère civil[488] ».

350. Aujourd'hui encore, la plupart des auteurs s'inscrivent dans la logique qui consiste à confiner l'exigence de l'écrit dans un rôle de démonstration du contenu de l'accord. Le plus souvent, certains préfèrent rester fatalistes et résignés pour ne pas, affirment-ils, « accentuer par trop le particularisme de la matière » tout en précisant que la « sagesse » devait pousser « à se satisfaire de la lecture adoptée [489]» par la Cour de cassation. Cette invite s'inscrit dans la même veine que celle qui considère que l'exigence de l'écrit au sein des dispositions relatives au contrat de cession donne lieu à une ambiguïté qui résulte des « maladresses de rédaction[490] » lors de l'élaboration

---

[485] Carine BERNAULT, André LUCAS et Agnès LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique, 4e éd., LexisNexis*, n°635.

[486] Com., 6 nov. 1990, n° 88-18.007, *D.* 1992, p. 313. Dans cette solution la Cour de cassation a précisé que les dispositions qui exigent l'écrit dans les contrats de cession de droit d'auteur « sont relatives à la preuve des contrats d'exploitation des droits patrimoniaux de l'auteur et ne concernent que les rapports de celui-ci et de son cocontractant ; qu'elles sont ainsi étrangères à un litige opposant deux commerçants dont l'un se prétend cessionnaire d'un droit de propriété intellectuelle ».

[487] « 245-7 *Le contrat d'édition est un acte mixte* », Le Lamy droit des médias et de la communication, nov. 2005.

[488] Civil. 1re, 2 mai 2001, n° 98-23.080.

[489] Michel VIVANT, Jean-Michel BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n°735 p. 755.

[490] Carine BERNAULT, André LUCAS et Agnès LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique, 4e éd., LexisNexis*, n°635.

des textes en droit de la propriété littéraire et artistique. D'autres, à l'instar du Professeur Henri Desbois, parlent d'un « défaut de coordination[491] » lors de la rédaction de ces mêmes textes de lois.

351. Sans prétendre remettre en cause cette ligne jurisprudentielle à laquelle semble adhérer une bonne partie de la doctrine, on peut toutefois faire observer que, pour une meilleure protection du consentement de l'auteur, il aurait été utile de considérer l'exigence de l'écrit comme une condition de validité du contrat dans le cadre de l'exploitation des œuvres littéraires et artistiques.

C : L'EXIGENCE D'UN FORMALISME, L'ECRIT A TITRE DE VALIDITE

352. Les arguments qui militent en faveur de l'écrit comme condition de validité du contrat de cession ne manquent pas. D'abord, d'un point de vue historique, l'exigence d'un d'écrit est ancienne. Elle apparaît dès la fin du XVIII[e] siècle. En ce sens, la loi des 13 et 19 janvier 1791 qui consacre le droit de représentation précise en son article 2 que « *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* ».

353. Ensuite, la pratique privilégie l'écrit et le considère comme une condition à titre de validité. Par exemple, l'article 12 du Code des usages professionnels et conditions générales de vente de la fédération de l'imprimerie et de la communication graphique prévoit que « *la convention écrite de cession des droits d'auteur et notamment du droit de reproduction doit être expresse : elle ne saurait résulter, ni du fait que l'activité créatrice ait été prévue dans la commande, ni du fait qu'elle fasse l'objet d'une rémunération spéciale, ni enfin du fait que la propriété du support matériel du droit d'auteur soit transférée au client* ». Cette stipulation consolide le fait que l'écrit est unanimement admis par les usages en droit d'auteur. Ce faisant, l'usage de l'écrit ne fait que corriger l'absence de clarté de la part du législateur en la matière. Comme le soulignait Portalis dans son discours lors de l'adoption du code civil, « il serait sans doute désirable que toutes les matières pussent être réglées par des lois. Mais à défaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien

[491] Henri DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 3[e] éd., Dalloz, 1978, n°382.

établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue, tiennent lieu de la loi[492] ».

354. Récemment, la loi du 30 décembre 2021, visant à conforter l'économie du livre et à renforcer l'équité et la confiance entre ses acteurs, a enrichi le Code de la propriété intellectuelle d'une nouvelle disposition. Il s'agit de l'article L. 132-17-1-1 qui dispose que « *les droits issus de l'exploitation de plusieurs livres d'un même auteur régis par des contrats d'édition distincts ne peuvent pas être compensés entre eux, sauf convention contraire, distincte des contrats d'édition, conclue avec l'accord formellement exprimé de l'auteur et dans les conditions prévues par l'accord rendu obligatoire mentionné à l'article L. 132-17-8* ». L'exigence d'un accord formel, eu égard à la spécificité de la discipline, peut vouloir dire que la condition de l'écrit doit être comprise à titre de validité. Par exemple, la loi Guinéenne sur le droit d'auteur de 2019 dispose dans son article 46 que « le consentement personnel et donné par écrit de l'auteur est obligatoire[493] » en cas de cession de droits d'auteur. Dans le même sens, l'article 42 de l'annexe VII de l'accord de Bangui souligne que « sous peine de nullité, les contrats de cession de droits patrimoniaux ou de licence pour accomplir des actes visés par les droits patrimoniaux sont conclus par écrit, y compris les supports électroniques conformément à la législation nationale en vigueur[494] ».

355. Dans le même ordre d'idées, l'article L.131-2 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que dans le cadre de l'exploitation des droits d'auteur, « *les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle (…) doivent être constatés par écrit. Il en est de même des autorisations gratuites d'exécution. Les contrats par lesquels sont transmis des droits d'auteur doivent être constatés par écrit. Dans tous les autres cas, les dispositions des articles 1359 à 1362 du code civil sont applicables* ». La disposition suivante abonde dans le même sens en faisant référence à l'exigence de l'écrit sur tous les aspects relatifs à l'exploitation des droits d'auteur. Ainsi, selon les trois premiers alinéas de L'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle, « *la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte*

[492] V. Le Discours préliminaire sur le projet de code civil de Jean-Etienne-Marie Portalis présenté le 1er pluviôse an IX. https://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf consulté le 27/11/2024.
[493] Loi L/2019/0028/AN, 7 juin 2019, portant protection de la propriété littéraire et artistique.
[494] Accord de Bangui du 2 mars 1977 (révisé le 14 décembre 2015) instituant une organisation africaine de la propriété intellectuelle.

de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée. Lorsque des circonstances spéciales l'exigent, le contrat peut être valablement conclu par échange de télégrammes, à condition que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité conformément aux termes du premier alinéa du présent article. Les cessions portant sur les droits d'adaptation audiovisuelle doivent faire l'objet d'un contrat écrit sur un document distinct du contrat relatif à l'édition proprement dite de l'œuvre imprimée ». Cette disposition impose que soient délimités de manière précise les droits cédés dans l'acte de cession. Ce constat conforte l'idée de considérer l'écrit comme une condition à titre de validité. Cette opinion est, par exemple, partagée par le Professeur Philippe Gaudrat qui souligne que, « quoi qu'il en soit, obligatoirement détaillée, en vertu du texte de l'article L.131-3 du Code de la propriété intellectuelle, [la] cession suppose un écrit *ad validitatem*. Elle ne peut jamais être tacite (les textes sont d'ordre public)[495] ». La même opinion est partagée par Madame Maïté Guillemain pour qui « l'article L. 131-3, alinéa 1er, est une règle de validité permettant, pour tous les contrats d'auteur, la détermination nécessaire de l'objet de la cession[496] ».

356. Ensuite, à propos du contrat d'édition, l'article L. 132-7 du Code de la propriété intellectuelle dispose clairement dans son premier alinéa que pour la cession des droits portant sur une œuvre de l'esprit « *le consentement personnel et donné par écrit de l'auteur est obligatoire* ». L'article précise clairement qu'il est « *obligatoire* » de procéder par écrit. Difficile, dans ce cas de ne pas voir en cette injonction une condition de validité du contrat de cession. D'ailleurs, c'est cette lecture que semblent adopter certaines décisions de justice. Ainsi, il a été jugé par exemple, qu'après expiration du premier contrat d'édition initial, « constitue une réédition illicite le nouveau tirage réalisé par l'éditeur en l'absence de tout (nouveau) contrat d'édition écrit en bonne et due forme[497] ». Dans le même sens, un peu plus tôt, prenant appui sur l'article L. 132-

---

[495] Philippe GAUDRAT, « Épuisement du droit de distribution », *RTD com*. 2024, p.657. Malgré cette évidence, certaines juridictions continuent à l'interprète comme une condition *ad probationem*. En ce sens récemment, il a été jugé que « les exigences de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle – principalement, mention distincte et délimitation de chaque droit cédé ainsi qu'écrit distinct pour la cession des droits d'adaptation audiovisuelle – ne sont pas édictées à peine de nullité mais *ad probationem* ». V. Aix-en-Provence, 18 sept. 2024, n° 20/03143 ; *JurisData* n° 2024-016687 ; *Comm. com. électr*. n° 11, nov. 2024, alerte 323.

[496] Maïté GUILLEMAIN, « Les effets de la loi Création sur les contrats d'exploitation des droits d'auteur », *Dalloz IP/IT*, 2017, p.197.

[497] Paris, 21 nov. 1994, n° RG: 93/006575, *JurisData* n° 1994-024648.

7 précité, la Cour d'appel de Paris avait érigé en condition de validité l'écrit en soulignant que « le contrat d'édition doit être constaté par écrit, cette disposition, protectrice de l'auteur, s'impose à l'éditeur et non à lui ». Cela démontre encore une fois de plus que l'écrit doit profiter à l'auteur en ce sens qu'il sécurise son consentement en lui assurant un meilleur respect de sa volonté.

357. Bien que l'article L. 132-7 se trouve dans un chapitre consacré au contrat d'édition, rien n'empêche son extension à d'autres types de contrats. En ce sens, la disposition demeure d'application générale en ce sens qu'elle est, du fait de son caractère contraignant, protectrice du consentement de l'auteur. En cela, on peut suggérer qu'à chaque fois qu'est en cause l'intérêt de l'auteur, le bon sens doit commander à ce que l'écrit soit considéré comme une condition exigée à titre de validité du contrat et non à titre de preuve.

358. Aussi, à supposer que l'on admette que l'article L. 132-7 du Code de la propriété intellectuelle soit propre au contrat d'édition, l'interprétation que donne la jurisprudence des autres dispositions évoquant l'écrit dans le contrat de cession, permet d'y voir une certaine forme de condition *ad valitatem*. Ainsi, on peut considérer que « les exigences formelles de l'articles L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle rendent peu probable la conclusion d'une convention en droit d'auteur sans recours à un écrit[498]». De l'aveu même de certains défenseurs du formalisme probatoire, certaines dispositions qui entourent l'article L. 131-2 du Code de la propriété intellectuelle permettent d'ériger l'écrit en condition de validité du contrat de cession. En ce sens par exemple, l'article L. 131-3 alinéa 2 dispose que « *lorsque des circonstances spéciales l'exigent, le contrat peut être valablement conclu par échange de télégrammes, à condition que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité conformément aux termes du premier alinéa du présent article* ». *A contrario*, souligne une doctrine pourtant favorable au formalisme probatoire, « en l'absence d'un tel écrit, donc d'écrit, le contrat ne peut être valablement conclu[499] ».

359. Dans la même logique, la lecture des formulations utilisées par la jurisprudence pour apprécier la valeur de l'écrit permet de déceler une certaine forme de reconnaissance de l'écrit comme condition de validité du contrat de cession. Son

[498] Nicolas BINCTIN, « *Droit de la propriété intellectuelle* », 6e éd., LGDJ, 2020, n°1148.
[499] Michel VIVANT, Jean-Michel BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op.cit*. n°735.

absence, à certains égards, empêche la rencontre des volontés. C'est dans ce sens que, à propos d'un litige sur un contrat publicitaire, une société a commandé auprès d'une auteure ~~de texte~~ la rédaction de divers documents publicitaires pour la promotion de chocolats. Par la suite, l'auteure a assigné la société en contrefaçon pour avoir reproduit ses textes sur son site internet et sur des brochures publicitaires en l'absence d'accord sur les conditions générales applicables entre les parties. Saisie du litige, la Cour d'appel de Nancy a refusé de donner une suite favorable aux prétentions de la demanderesse. Selon les juges, « le devis signé par les parties, la remise des travaux, puis leur facturation établissent que l'auteur a cédé ses droits à la société et que la clause, qui permet à cette dernière de refuser les textes de l'auteur, n'a pas empêché la rencontre des volontés ». La Cour de cassation refuse ce raisonnement et précise qu'il ressort des constatations de la Cour d'appel que « l'auteur avait adressé à la société le fruit de son travail sans qu'un accord ait pu être trouvé sur les conditions générales destinées à définir la portée de la cession consentie par celui-ci » et que « la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations », a violé les anciens articles 1101 et 1134 du Code civil (devenus art. art. 1101 et 1103)[500]. Cette solution a le mérite de rappeler l'importance de l'écrit en matière de cession de droits d'auteur. Elle souligne qu'en principe, il est impossible d'autoriser des cessions implicites des droits liés à une œuvre de l'esprit. L'admettre, reviendrait en effet à vider de leur substance les dispositions protectrices du consentement de l'auteur. L'autre observation que l'on peut apporter sur la solution rapportée concerne les textes visés par la Cour de cassation. Comme le fait observer un auteur, au lieu de viser des textes du Code de la propriété intellectuelle tels que les articles L. 111-1 alinéa 3, L. 131-3 ou l'article L. 132-31, les hauts magistrats ont préféré écarter « le droit spécial qui pouvait fournir une réponse ou, du moins, renforcer la solution[501] » au profit du droit commun des contrats. Ainsi, malgré le libéralisme qui caractérise le droit commun en matière de formalisme dans la conclusion des contrats, la particularité du droit d'auteur fait que ces textes sont mobilisés parfois au profit de l'auteur dans le cadre de la protection de son consentement.

[500] Civ., 1re, 4 oct. 2017, n° 16-10.411; *Jurisdata* n°: 2017-019405; *Juris art etc.* 2017, n°52, p.10, note Rudi FIEVET.

[501] Frédéric POLLAUD-DULIAN, « Œuvre de commande. Cession de droits d'auteur. Preuve. Rencontre de volontés. Pollicitation. Condition et réserves », *RTD Com.* 2017 p.906.

360. Dans le même ordre d'idées, dans une affaire concernant une composition musicale utilisée comme générique dans la série télévisée « Zodiaque », la Cour de d'appel de Paris avait jugé bon de reconnaître une cession des droits par les auteurs au producteur en s'appuyant sur des interviews dans lesquelles ces derniers affirmaient que « la bande originale de la série Zodiaque a été composée pour la série en étroite collaboration avec le réalisateur, que la chanson Angel l'a été ensuite à titre de générique de fin de chaque épisode de la série ». Au visa des articles L. 131-2, L. 131-3 et L. 132-7 du Code de la propriété intellectuelle, l'arrêt est censuré par la Cour de cassation qui souligne « qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que les contrats de cession des droits d'édition et de cession des droits d'adaptation, établis et adressés aux auteurs par la société *Une Musique* n'avait été ni signés ni retournés par eux, la Cour d'appel a violé, par refus d'application, les textes susvisés[502] ». D'abord, on observe que les juges considèrent qu'il n'y a pas consentement à raison du silence gardé par les auteurs. Ce qui est conforme au principe codifié aujourd'hui à l'article 1120 du Code civil qui dispose que « *le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières*[503] ». Plus concrètement, dans un litige similaire à celui de l'arrêt précité, relatif à la une cession de droits d'auteur, il a été jugé qu'une Cour d'appel « ne pouvait sans se contredire, retenir que l'éditeur avait reproduit l'œuvre de l'auteur en vertu d'un premier accord l'y autorisant et en déduire qu'il avait, de ce fait, accepté les diverses stipulations d'une autre convention lui interdisant cette reproduction en l'absence d'accord écrit. Ensuite, le silence ne pouvant valoir, à lui seul, acceptation d'une offre de contrat, les juges du fond ne pouvaient déduire de l'exécution de la convention initiale l'acceptation tacite du nouveau contrat, constituant une convention distincte [504]». Ensuite, on peut en déduire que l'écrit devient en ce sens impératif pour l'efficacité, la validité du contrat de cession des droits d'auteurs nonobstant le fait que « le consentement des parties ne fait aucun doute[505] ».

---

[502] Civ. 1re, 13 nov. 2014, n° 13-22.401 ; Frédéric POLLAUD-DULIAN, « Société de gestion collective. Action en contrefaçon. Cession fiduciaire. Contrats d'auteur. Formes », *RTD Com*. 2015 p.291.

[503] Ce principe a longtemps été appliqué par la jurisprudence. En ce sens, il a été jugé qu'en « droit, le silence de celui qu'on prétend obligé ne peut suffire, en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée ». V. Civ. 25 mai 1870 ; *GAJC*, 11e éd., n° 147 ; *DP* 1870. 1. 257.

[504] Civ. 1re, 5 avr. 1993, n°91-15.602 ; *Contrats conc. consom*., août-sept. 1993, comm. 145, note LEVENEUR.

[505] Nicolas BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit*.

361. A côté de ces argumentations classiques dans le cadre de ce plaidoyer en faveur de l'érection de l'écrit comme condition de validité du contrat de cession, il existe d'autres justifications tenant cette fois-ci du au périmètre d'application de l'exigence.

§2 : Les autres justifications à l'exigence de l'écrit

362. Les autres justifications à l'exigence de l'écrit à titre de validité s'appuient sur le fait que l'écrit n'est pas d'application générale (A). On verra que la délimitation de son champ d'application justifie le choix d'un régime de sanction plus respectueux du consentement de l'auteur (B) ou d'une solution respectueuse du principe du consentement de l'auteur (C).

A : LA CONDITION DE L'ECRIT, UNE EXIGENCE CIRCONSCRITE

363. Un champ d'application limité. Les textes faisant de l'écrit une condition à titre de validité ne sont pas d'application générale. Les dispositions prennent soin de délimiter avec précision l'ensemble des contrats de cession pour lesquels l'écrit est exigé. En ce sens, l'article L. 131-2 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « *les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle définis au présent titre doivent être constatés par écrit. Il en est de même des autorisations gratuites d'exécution* ». Le troisième alinéa de l'article L. 131-3 du même code prévoit que « *les cessions portant sur les droits d'adaptation audiovisuelle doivent faire l'objet d'un contrat écrit sur un document distinct du contrat relatif à l'édition proprement dite de l'œuvre imprimée* ». De ces dispositions, il est possible d'en déduire que seuls les contrats qui y sont listés sont concernés par l'exigence de l'écrit à titre de validité. Loin de considérer qu'il s'agit là d'une maladresse rédactionnelle, le législateur a entendu renforcer la protection du consentement de l'auteur pour ces contrats spécifiques. La liberté dans la formation des autres conventions est admise pour le reste, comme le précise à ce propos le second alinéa de l'article L. 131-2 qui souligne que « les dispositions des articles 1359 à 1362 du Code civil[506] sont applicables ». Ce point de vue est tout à fait approuvé par une partie de la doctrine pour qui, « il est clair que la nécessité d'un écrit ne vise que la matière théâtrale (contrats de représentation), ou littéraire (contrats d'édition) et les œuvres audiovisuelles depuis la

[506] Ces dispositions traitent de « *l'admissibilité des modes de preuve* ». L'acte dont la somme excède un montant doit être passé par écrit. L'écrit dans cette situation est exigé à titre de preuve et non de validité.

loi du 3 juillet 1985[507] ; dans tous les autres cas, ce sont les dispositions des articles 1341 à 1348 du Code civil qui sont applicables[508] ».

364. Dans une certaine mesure, en suivant cette logique, il est possible de considérer qu'il « existe, en réalité, deux droits d'auteur : un droit d'auteur classique symbolisé par le contrat d'édition très protecteur de l'auteur et un droit d'auteur économique qui ne s'embarrasse pas d'un lourd formalisme. C'est le droit d'auteur des cessions implicites qui ignore bien souvent l'écrit et qui, dorénavant, pourra s'affranchir des exigences de délimitation de la cession formulées dans l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle[509] ». La politique jurisprudentielle épouse d'ailleurs parfaitement cette analyse. En ce sens, il a été jugé par exemple que « les dispositions de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle, qui ne visent que les seuls contrats énumérés à l'article L. 131-2 alinéa 1er, à savoir les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle, ne s'appliquaient pas aux autres contrats ». Ainsi, doit être approuvée, selon la Cour de cassation, « une cour d'appel qui a jugé que la cession d'exploitation sur des modèles n'était soumise à aucune exigence de forme et que la preuve pouvait en être rapportée selon les prescriptions des articles 1341 à 1348 du Code civil auxquelles l'article L. 131-2 alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle renvoie expressément[510] ».

365. L'exclusion des sous-cessionnaires. Outre la limitation des contrats concernés, l'exigence de l'écrit à titre de validité est aussi circonscrite au primo-cocontractant de l'auteur. Autrement dit, les sous-contrats de cession de droit d'auteur en sont exclus. Ces derniers peuvent tout à fait être conclus selon le principe du consensualisme. Ce point de vue est rejeté par une partie de la doctrine pour qui l'objectif de protection des droits d'auteur doit s'appliquer quel que soit l'endroit de la chaîne de transmission. En ce sens, pour le Professeur Henri Desbois par exemple, refuser cette extension est inadmissible « en l'absence d'une volonté formelle du législateur, car les droits d'auteur conservent à travers les conventions et les transferts

[507] Loi n° 85-660 du 3 juillet 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
[508] François GREFFE, « Preuve de la cession des droits de reproduction et de représentation », *Propriété industrielle* n° 4, avr. 2007, *comm.* 33.
[509] Christophe CARON, « Le formalisme, peau de chagrin du droit d'auteur contractuel ? » *Comm. com. électr.*, n° 1, janv. 2007, *comm.* 3.
[510] Civ., 1re, 21 nov. 2006, n° 05-19.294 ; *Jurisdata* n° 2006-036062 ; *Comm. com. électr.*, n° 1, janv. 2007, comm. 3, note Christophe CARON.

dont ils font l'objet, l'empreinte de leur origine ; ils s'appliquent à une œuvre de l'esprit ». En conséquence, « les règles d'interprétation, qui sont posées par les articles 30 et 31 alinéa 5 [de la loi de 1957], étant rédigés en termes généraux, l'interprète ne trahira pas la pensée du législateur en les appliquant aux conventions conclues par les cessionnaires[511] ». Contrairement à cette opinion, une autre partie de la doctrine soutient que l'exigence de l'écrit ne s'applique pas « forcément lorsque c'est l'ayant-cause de l'auteur, premier cessionnaire, qui passe les contrats avec les sous-exploitants. Il s'agira en effet, à peu près dans tous les cas, d'un professionnel, commerçant, qui n'a guère besoin[512] » de cette règle protectrice. C'est cette conception qui a été consacrée par la Cour de cassation à travers l'arrêt *Perrier* où il a été précisé que « les dispositions de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle (article 31 alinéa 3 de la loi du 11 mars 1957) régissent les seuls contrats consentis par l'auteur dans l'exercice de son droit d'exploitation, et non ceux que peuvent conclure les cessionnaires avec des sous-cessionnaires. Elles sont donc inapplicables dans les rapports de l'agent de publicité, société commerciale cessionnaire du droit patrimonial de l'auteur, et de son client[513] ». Dans le même ordre d'idées, il a été jugé que l'exploitation consentie par simple courriel à des fins publicitaires par un auteur de sa musique commandée par une société permet à cette dernière de consentir une licence à une agence de publicité. Plus exactement, la Cour de cassation retient que « lorsque l'exploitation litigieuse d'une oeuvre musicale consiste en une sonorisation d'un film publicitaire, l'application des dispositions de l'alinéa 3 de l'article L. 131-3 du code de

---

[511] Henri DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3e éd., 1978, n° 527.

[512] Pierre-Yves GAUTIER, Nathalie BLANC, *Droit de la propriété littéraire et artistique*, 2e éd. LGDJ, 2023, n°537.

[513] Civ. 1re, 13 oct. 1993, n° 91-11.241 ; *JurisData* n° 1993-002380 ; *D.* 1994. p.166, note Pierre-Yves GAUTIER. Pour un arrêt récent, v. Civ. 1re, 28 févr. 2014, n°2218.120 (*RTD com*. 2024, p. 301, Frédéric POLLAUD-DULIAN) où il est rappelé que « selon les articles L. 131-2 et L. 131-3 du code de la propriété intellectuelle, les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle, les autorisations gratuites d'exécution ainsi que les contrats par lesquels sont transmis des droits d'auteur doivent être constatés par écrit dans les conditions qu'ils définissent. Dès lors que ces dispositions régissent les seuls contrats consentis par l'auteur dans l'exercice de son droit d'exploitation et non ceux que peuvent conclure les cessionnaires avec des sous-exploitants, elles sont inapplicables aux rapports » qu'entretient une société cessionnaire du droit d'exploitation avec ses sous-cessionnaires. Cela dit, cette interprétation doit être relativisée dans certaines situations. C'est notamment le cas lorsque « le cessionnaire représente en même temps les intérêts de l'auteur (…)». Pierre-Yves Gautier, Nathalie Blanc, *op. cit*.

la propriété intellectuelle, qui concerne les cessions portant sur les droits d'adaptation audiovisuelle, doit être écartée[514] ».

366. Toutes ces solutions et opinions doctrinales démontrent, une fois de plus, que l'exigence de l'écrit ne peut pas être exclusivement réduite à une simple question de preuve. Le champ d'application de l'exigence de l'écrit à titre de validité est clairement délimité. En ce sens l'article L. 131-2 du Code de la propriété intellectuelle désigne nommément certains contrats qui doivent être constatés par écrit dans son premier alinéa[515]. Cela peut se justifier par la spécificité du droit d'auteur qui fait qu'il est tout à fait logique d'exiger l'écrit à titre de validité du contrat de cession des droits d'auteur pour certains contrats fondamentaux que l'on peut considérer comme étant des contrats pivots. Dans la même logique, il est donc possible d'admettre que « le formalisme de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle n'est pas un principe du droit libéral. Ici, tout ce qui n'est pas permis est interdit ! [On est] bien dans un droit dérogatoire du droit commun[516] » et tout ce qui est permis doit faire l'objet d'un écrit pourrait-on être tenté d'ajouter pour compléter le raisonnement.

367. L'obligation de spécification. Par ailleurs, l'autre argument en faveur de l'écrit à titre de validité du contrat de cession concerne l'obligation de spécifier chacun des droits cédés. L'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle précise dans

---

[514] Civ. 1re, 5 juin 2024, n° 22-24.462 ; *JurisData* n° 2024-008322.

[515] Article L. 131-2 Code de la propriété intellectuelle : « *Les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle définis au présent titre doivent être constatés par écrit. Il en est de même des autorisations gratuites d'exécution.*
Les contrats par lesquels sont transmis des droits d'auteur doivent être constatés par écrit.
Dans tous les autres cas, les dispositions des articles 1359 à 1362 du code civil *sont applicables* ». A ces contrats, on peut inclure les contrats de cession qui prévoient, à la place d'une rémunération proportionnelle de l'auteur, une rémunération forfaitaire. Pour ces contrats, l'exigence de l'écrit à titre de validité du contrat de cession est affirmée de manière très précise par l'article L. 132-6 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose qu'en ce *« qui concerne l'édition de librairie, la rémunération de l'auteur peut faire l'objet d'une rémunération forfaitaire pour la première édition, avec l'accord formellement exprimé de l'auteur* ». La Cour de cassation ne manque pas d'ailleurs de rappeler que les dispositions de cet article exigent que le consentement de l'auteur soit formellement recueilli. Il par exemple été jugé que qu'il « résulte des dispositions impératives de l'article L. 131-4 du Code de la propriété intellectuelle que la participation de l'auteur aux recettes doit être calculée en fonction du prix de vente au public. Dès lors est nulle la clause d'un contrat qui contrevient à ces dispositions sans que s'appliquent, en l'espèce, celles de l'article L. 132-6 du même Code qui exigent un accord formellement exprimé par l'auteur pour une rémunération forfaitaire et qui ne sont applicables que dans des cas particuliers ». V. Civ. 1re, 26 janv. 1994, n° 92-11.691 ; *JurisData* n° 1994-000210 ; *RIDA* juill. 1994, p. 309.

[516] Jean-Michel BRUGUIERE, « L'infléchissement du formalisme des mentions dans les contrats d'auteur », in *Les contrats de propriété intellectuelle*, Dalloz, 2013, coll. Thème et commentaires, CERPI, p. 29.

son alinéa 1er que « *la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée* ». Ainsi, à l'endroit de ceux qui résument l'exigence de l'écrit en un rôle purement probatoire, on peut formuler la question suivante : comment peut-on respecter le contenu de l'article L. 131-3, qui impose une délimitation précise des droits cédés, sans procéder par écrit ? Est-il prudent, au regard du principe de sécurité juridique, de laisser se former par tous les moyens le contrat de cession de droit d'auteur ? On peut évidemment penser que non. Cela conduirait en effet à contredire la fonction protectrice l'écrit de l'écrit sur le consentement de l'auteur dans ses rapports avec les tiers. Pour ces contrats en particulier, de manière générale, « même si l'écrit n'est pas exigé pour de nombreux contrats (contrat de merchandising, contrat de mise en ligne d'une œuvre protégée, *etc.*), il est de *facto* nécessaire d'y recourir afin de respecter les exigences de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle. En effet, seul un écrit permet de prouver que l'objet est correctement délimité au sens de l'article L. 131-3[517] ». De son côté, la jurisprudence le rappelle d'ailleurs de manière implicite à chaque fois qu'elle fait application de la disposition précitée. Ainsi, il a été jugé par exemple, qu'une cour d'appel « a exactement prononcé la nullité d'un acte litigieux qualifié de cession de droits d'auteur, sur le fondement des dispositions impératives de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle, en retenant qu'il ne stipulait aucune clause quant à la durée et à l'étendue des droits cédés[518] ». Dans cette solution, deux termes permettent de souligner la pertinence de l'argument en faveur de l'écrit comme condition de validité : il s'agit du terme « acte » en ce sens qu'il revêt au sens strict un caractère écrit, et du terme « impératif » à propos du de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle. Pour Madame Marie-Antoinette Guerriero par exemple, « il est hors de doute qu'un écrit est exigé *ad solemnitatem*, les termes « acte », « titre » s'entendant de l'exigence d'un *instrumentum*. L'acte juridique est solennel puisque la volonté de son ou ses auteurs doit être extériorisée selon une forme imposée[519] ». Aussi, « l'exigence d'une mention distincte dans l'acte de cession, pour chaque droit cédé, et

[517] Christophe CARON, « Le formalisme, peau de chagrin du droit d'auteur contractuel ? », *op. cit.*
[518] Civ., 1re, 23 janv. 2001, n° 98-19.990 ; *JurisData* n° 2001-007865 ; *Comm. com. électr.* 2001, *comm.* 52, note Christophe CARON ; V. « L'acte de cession doit préciser la durée et l'étendue des droits cédés », *Revue Lamy droit des affaires*, n° 36, 1er mars 2001.
[519] Marie-Antoinette GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, LGDJ, 1975, p. 97.

la nécessité de délimiter leur domaine d'exploitation avec précision, imposent en pratique que la cession soit écrite[520]». Pour le Professeur André Lucas, l'article L. 131-3 CPI « protectrice des intérêts de l'auteur, imprime un caractère formaliste très marqué aux cessions de droits d'auteur[521] ».

368. Par ailleurs, l'ordonnance du 12 novembre 2014[522] est venue confirmer le caractère solennel du contrat d'édition en créant l'article L. 132-17-1 dans le Code de la propriété intellectuelle qui prévoit que « *lorsque le contrat d'édition a pour objet l'édition d'un livre à la fois sous une forme imprimée et sous une forme numérique, les conditions relatives à la cession des droits d'exploitation sous une forme numérique sont déterminées dans une partie distincte du contrat, à peine de nullité de la cession de ces droits* ». Bien que la disposition vise spécialement l'édition numérique des livres, l'utilisation de l'expression « *à peine de nullité* » permet de justifier l'argument qui soutient que l'écrit est exigé à titre de validité. Ce choix du législateur contribue au respect du principe du consentement de l'auteur. Dans le cas contraire, le législateur se serait contenté de la disposition générale, en l'occurrence l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle, qui impose « *une mention distincte* » pour chaque droit cédé et pour chaque forme d'exploitation envisagée. Le fait de réaffirmer cette condition à propos de l'édition numérique et de préciser que la condition est édictée « *à peine de nullité* » est une façon pour le législateur de rappeler que l'écrit est exigé à titre de validité. Comme le souligne la Professeure Nathalie Blanc, il « serait vain de dissocier la portée de l'écrit pour un même contrat – écrit *ad probationem* pour l'exploitation sous forme papier et *ad validitatem* pour l'exploitation numérique –, on peut penser que l'article L. 132-17-1 conduira à une nouvelle lecture de l'article L. 131-2 du Code de la propriété intellectuelle[523] ».

369. L'autre élément qui prouve que la condition de l'écrit est imposée comme condition de validité est le choix fait par le législateur, dans la loi du 7 juillet 2016[524],

---

[520] Alexandre BORIES, « Le formalisme dans les contrats d'auteur », *Comm. com. électr.*, n° 9, sept. 2008, étude 18.
[521] André LUCAS et Agnès LUCAS-SCHLOETTER, *op. cit.*, n° 577.
[522] Ordonnance n° 2014-1348 du 12 novembre 2014 modifiant les dispositions du code de la propriété intellectuelle relatives au contrat d'édition.
[523] Nathalie BLANC, « L'ordonnance n° 2014-1348 du 12 novembre 2014 sur le contrat d'édition numérique », *RDC*, n°2, 15 juin 2015.
[524] Loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, article 7 qui modifie l'article L. 131-2 du Code de la propriété intellectuelle.

de ne pas indiquer expressément que cette condition devrait être analysée comme une condition à titre de preuve probatoire. Au contraire, l'article L. 131-2 du Code de la propriété intellectuelle a été enrichi d'un deuxième alinéa qui indique que « *les contrats par lesquels sont transmis des droits d'auteur doivent être constatés par écrit* ». Ainsi, outre « *les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle (…), les autorisations gratuites d'exécution* », les contrats sur les droits d'auteurs doivent être constatés par écrit. Si le silence du législateur sur la nature de la sanction interroge, considérer l'écrit comme une simple règle de preuve reviendrait cependant à faire concurrence à l'article 1359 du Code civil[525]. Le montant fixé par décret étant de 1500 euros, ce qui signifierait que pour tout contrat sur les droits d'auteur, même inferieur à ce montant, la condition de l'écrit devrait être respectée. Ce qui n'aurait pas de sens. Ainsi, pour le Professeur Pierre-Yves Gautier, « puisque la loi spéciale se montre aussi énergique et qu'elle risquerait de ~~de~~ faire double emploi avec l'article 1359 du Code civil, l'on pourrait en inférer que l'écrit est requis *ad validitatem*, à peine de nullité (mais relative, au seul bénéfice de l'auteur, libre d'y renoncer si le contrat ne lui est finalement pas défavorable). L'exclusion expresse du droit commun s'expliquerait ainsi parfaitement[526] ». Dans le même ordre d'idées, un auteur fait observer que même dans l'hypothèse exceptionnelle d'un échange de télégrammes, l'alinéa 2 de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle emploie l'expression « valablement conclu ». « Ce qui suggère que l'exigence d'un écrit est imposée à peine de nullité. En outre, l'esprit de la loi, dont les dispositions ont été inspirées par la volonté de protection de l'auteur, tenu pour la partie faible au contrat, justifierait que l'écrit soit exigé pour la validité du contrat[527] ». Cette analyse est d'ailleurs tout à fait compatible avec l'interprétation *a silentio* qui « consiste à déduire de ce que le

[525] Article 1359 Code civil : « *L'acte juridique portant sur une somme ou une valeur excédant un montant fixé par décret doit être prouvé par écrit sous signature privée ou authentique.*
Il ne peut être prouvé outre ou contre un écrit établissant un acte juridique, même si la somme ou la valeur n'excède pas ce montant, que par un autre écrit sous signature privée ou authentique.
Celui dont la créance excède le seuil mentionné au premier alinéa ne peut pas être dispensé de la preuve par écrit en restreignant sa demande.
Il en est de même de celui dont la demande, même inférieure à ce montant, porte sur le solde ou sur une partie d'une créance supérieure à ce montant ».

[526] Pierre-Yves GAUTIER, Nathalie BLANC, *Droit de la propriété littéraire et artistique*, 2e éd., LGDJ, 2023, n°510.

[527] Nathalie BLANC, « Précisions imprécises sur la forme des contrats d'auteur », *RDC*, 2 juin 2018.

législateur s'est abstenu de disposer dans une situation donnée (…) la conclusion qui s'impose[528] ». Ici, la conclusion qui s'impose est que l'écrit est exigé à titre de validité.

370. Dans la même logique, il est unanimement admis que l'écrit à titre de validité doit être imposé lorsque la cession est consentie gratuitement. Dans ce cas, la qualification de donation ne saurait écarter le formalisme applicable aux cessions de droit d'auteur[529]. En ce sens, il a par exemple été récemment jugé que « les cessions de droit à titre gratuit doivent suivre le formalisme édicté par l'article 931 du code civil pour les donations, non rapporté en l'espèce[530] ». Comme le fait observer un auteur, l'exigence du formalisme se confirme d'autant plus que l'article 931 du Code civil exige que toute cession à titre gratuit fasse « l'objet d'un passage devant un notaire, moyennant le prix de leurs services, mais également supporter les obligations fiscales qui en découlent (l'article 777 du Code général des impôts prévoit une imposition à hauteur de 60 % entre personnes sans lien de parenté)[531] ». Toujours dans la même logique, l'inobservation de l'exigence de l'écrit est sanctionnée naturellement par la nullité. Cela dit, en droit d'auteur, cette nullité ne protège que l'auteur. Par exemple, dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris, il a été jugé que « si les mentions exigées par l'article L. 131-3 alinéa 1 du Code de la propriété intellectuelle doivent être interprétées restrictivement, la nullité qui en découle est de nature relative parce que destinée à protéger le cédant et, de ce fait, n'autorise pas un tiers poursuivi pour contrefaçon à se prévaloir de l'irrégularité formelle de la cession incriminée[532] ».

---

[528] Amélie THOUEMENT, *Les maximes d'interprétation*, th. Montpellier, 09 déc. 2020, n°136. V. aussi, Laurent BOYER, Henri ROLAND, *Adages du droit français*, 4e éd., Litec, n°4, p. XVI.

[529] TJ Paris, 8 févr. 2022, n° 19/14142 ; V. Pascal KAMINA, « Une cession à titre gratuit est-elle nécessairement une donation ? », *Comm. com. électr.* n° 4, avr. 2022, *comm.* 25.

[530] TJ Paris, ord. réf., 11 sept. 2024, n° 24/50726 ; En 2023, le même tribunal avait constaté l'acquiescement d'une fondation à la demande en nullité d'un contrat de cession gratuite portant sur une œuvre «aux motifs qu'elle n'avait pas la capacité juridique pour recevoir une libéralité autre qu'un don manuel, que les prescriptions d'ordre public de l'article 931 du code civil, qui exigent à peine de nullité qu'une donation entre vifs soit conclue par acte notarié, n'ont pas été respectées, et que les conditions de l'article L. 131-3 du code de la propriété intellectuelle, qui imposent une mention distincte, dans le contrat de cession de droits, pour chaque droit cédé et la délimitation précise du domaine d'exploitation, n'ont pas davantage été remplies». V. TJ Paris, 12 juillet 2023, n° 23/02616 ; *Légipresse* 2023, p. 456.

[531] Jade DESVIGNES, « Requalification d'une cession de droits d'auteur en donation : la fin des contreparties symboliques ? », *Dalloz actualité*, 4 nov. 2024.

[532] Paris, 29 avril 1998, n° RG 95/20729 ; *Sté Union de Banque à Paris UBP c/ Sté Kenzo ; JurisData* n° 1998-022161 ; *JCP G 1999*, IV, 1096.

371. La sanction de principe demeure donc la nullité relative en ce sens que le but de l'exigence de l'écrit à titre de validité vise au renforcement de la protection du consentement de l'auteur, laquelle doit être au centre des préoccupations lors de la conclusion et de l'exécution du contrat de cession de droits. En ce sens, la Cour d'appel de Paris a précisé que « la réalité d'une convention de cession de droits d'auteur ne peut être admise que si elle résulte d'éléments précis ne pouvant laisser aucun doute à ce sujet… Cette exigence très stricte est imposée par les nécessités de la protection du droit d'auteur, lequel est étroitement lié à la personnalité du créateur de l'œuvre de sorte que ce dernier ne peut être dépossédé que s'il y a consenti et seulement dans les limites de son acceptation[533] ». Cette logique n'est d'ailleurs pas propre au droit d'auteur. En droit de la consommation par exemple, l'écrit est exigé à titre de validité pour tout cautionnement consenti par une personne physique. La loi imposait jusqu'en 2022 une formule sacramentelle que devait recopier la caution. Ainsi selon l'ancien article L. 331-1 du Code de la consommation, « *toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel fait précéder sa signature de la mention manuscrite suivante et uniquement de celle-ci : " En me portant caution de X....., dans la limite de la somme de.....couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de....., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X.....n'y satisfait pas lui-même "* ». Dans la même veine que l'article L. 131-3 du Code la propriété intellectuelle, cette formule avait pour but de permettre au consommateur de prendre conscience de la portée et de l'étendue de son engagement. Elle vise donc uniquement à le protéger[534]. La sanction de son inobservation pouvait aboutir à la nullité ou encore à la limitation de la portée[535]de l'engagement de la caution[536] vis-à-vis du créancier. Bien que l'article L. 331-1 du Code de la

[533] Paris, 2 mai 1975 ; *JCP* 1979. II. 19110, note Ph. Leduc.

[534] C'est aussi le cas en droit d'auteur. L'exigence de l'écrit n'a d'autre but que de protéger l'auteur considérer considéré comme quelqu'un de « peu au fait faîte de la pratique des contrats ». V. Paris, 17 juin 1976, RTD com. 1978, p. 105, obs. Henri Desbois.

[535] Par exemple, il a été jugé que dans le cadre du respect de la formule imposée par l'article L. 331-1 du Code de la consommation, la seule « omission des termes "mes biens" n'avait pour conséquence que de limiter le gage de la banque aux revenus de la caution et n'affectait pas la validité du cautionnement ». V. Com., 1er oct. 2013, n° 12-20.278. *D.* 2013. 2332, obs. Valérie AVENA-ROBARDET ;

[536] Il a été jugé que le non-respect des prescriptions de l'article L. 331-1 du Code de la consommation entraine la nullité du contrat de cautionnement. V. Com., 5 juin 2012, n° 11-19.627 ; *D.* 2012, p. 1604,

consommation ait été supprimé par l'ordonnance du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, l'exigence de l'écrit demeure une condition de validité pour la caution personne physique. En effet, cette ordonnance a modifié l'article 2297 du Code civil qui prévoit désormais dans son premier alinéa qu'à « *peine de nullité de son engagement, la caution personne physique appose elle-même la mention qu'elle s'engage en qualité de caution à payer au créancier ce que lui doit le débiteur en cas de défaillance de celui-ci, dans la limite d'un montant en principal et accessoires exprimés en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, le cautionnement vaut pour la somme écrite en toutes lettres* ». Outre le fait que la nullité de l'acte de caution se trouve réaffirmée avec force en l'absence de tout écrit, cette disposition constitue un régime juridique unique applicable à toute caution personne physique. Aussi, elle accorde plus de souplesse au juge en termes d'appréciation de la portée et de l'étendue de l'engagement de la caution d'une part et, d'autre part, la disposition lui permet d'identifier plus facilement les cautions de mauvaise foi.

372. Le respect de la bonne foi. Dans le même ordre d'idées, afin d'éviter tout malentendu à propos du point de vue développé ici, il est important de préciser qu'il n'est nullement question de valider la violation du principe de bonne foi dans les relations contractuelles par une partie, fût-elle auteure d'une œuvre littéraire et artistique. L'argumentation fondée sur l'absence d'écrit par l'auteur ne saurait être de nature à nuire son cocontractant. En effet, comme le précise l'article 1104 du Code civil, la bonne foi étant d'ordre public, elle doit se traduire dans le comportement de chacune des parties au contrat pendant les phases de négociation, de formation et d'exécution. En ce sens, on ne peut qu'approuver la solution retenue par la Cour de cassation dans un litige opposant l'entreprise *Renault* à l'un de ses salariés auteur de dessins. En ~~effet,~~ l'espèce la Cour de cassation commence d'abord par préciser que, « dès lors que, par une convention de louage d'ouvrage, dont l'exécution pendant quinze ans n'a donné lieu à aucune contestation, la régie Renault a confié à un auteur, moyennant

obs. X. Delpech. Plus surprenant encore, une Cour d'appel a été censurée pour n'avoir pas tiré les conséquences de la substitution par la caution de la conjonction de coordination « et » par le « ou ». Selon la Cour de cassation, « après avoir constaté que la formule écrite de la main de la caution prévoyait que celle-ci s'engageait sur ses revenus ou ses biens, et non sur ses revenus et ses biens, conformément à la mention manuscrite légale, ce qui en modifiait le sens et la portée quant à l'assiette du gage du créancier, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé » l'article L. 341-2 du Code de la consommation alors applicable. V. com., 5 avr. 2023, n° 21-20.905 ; Gazette *du Palais,* 30 mai 2023, n°18, p. 25 ; obs. Julien Risser.

rémunération de son temps de travail, la réalisation de dessins dont il savait dès l'origine qu'ils n'étaient commandés que pour être reproduits, les juges du fond peuvent décider que, dans une telle espèce, la facturation des objets livrés emporte nécessairement cession du droit de reproduction[537] ». En l'espèce, il existait bien un écrit, mais cet écrit était principalement destiné à la constatation des paiements pour les dessins réalisés. En l'occurrence, la bonne foi est utilisée par les juges pour justifier l'existence d'une cession implicite des droits d'auteur.

373. L'autre question qui mérite d'être posée concerne le régime de sanctions applicables en cas d'inobservation par les parties de l'exigence d'un écrit à titre de validité. Si la sanction classique telle que la nullité est sont envisageable, il se trouve que celle de l'inexistence répond mieux à la particularité du droit d'auteur.

B : LA SANCTION DE L'INOBSERVATION DE L'ECRIT

374. L'inexistence comme sanction. En droit d'auteur, l'absence d'écrit peut être assimilée à une absence de consentement de l'auteur et par ricochet justifie la constatation par le juge de l'inexistence[538] du contrat entre les parties. Le choix de l'inexistence comme sanction peut être adapté en ce sens qu'elle permet de rendre compte d'un état de fait qui ne respecte pas les formes indispensables au recueil du consentement de l'auteur. Comme le soulignait Planiol, lorsque la forme extérieure fait défaut à un acte alors qu'elle était nécessaire, l'acte n'existe pas. C'est ce qu'exprime l'adage : « *forma dat esse rei* (la forme donne l'existence à la chose)[539] ».

375. Sur ce terrain, la sanction devient intéressante pour l'auteur en ce sens qu'elle ne signifie pas forcément nullité du contrat. La nullité, c'est une « sanction prononcée par le juge et consistant dans la disparition rétroactive de l'acte juridique qui ne remplit pas les conditions requises pour sa formation[540] ». Il ressort de cette définition que la nullité en tant que sanction a besoin de l'intervention du juge pour être prononcée. Deux écueils apparaissent dans ce cas. D'une part, cela va à l'encontre de l'idée

[537] Civ., 1re 27 mai 1986, n° 83-17.106 ; *Bull. civ. I*, n° 143 ; *D.* 1987. p. 154, note Claude COLOMBET.
[538] Selon le lexique des termes juridique, l'existence « se rapporte à l'acte juridique auquel manque un élément essentiel (par exemple le consentement) devant être considéré comme inefficace par toute personne, alors même qu'aucun texte ne le proclame, et sans qu'il soit besoin d'une décision de justice pour le constater ». V. Serge GUINCHARD, Thierry DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*
[539] Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 11e éd. Tome 1er, LGDJ,1928, n°285, p. 112.
[540] Serge GUINCHARD, Thierry DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*

d'autonomie des textes qui régissent le droit de la propriété littéraire et artistique car, comme il a été souligné précédemment, l'inflation législative et le degré de précision des textes sur la propriété littéraire et artistique devraient permettre d'éviter l'encombrement des cours et tribunaux sur des questions peu techniques comme celles sur la formation du contrat de cession des droits d'auteur. D'autre part, l'auteur, dont le consentement est violé ou obtenu d'une manière non conforme, verra ses droits continuer à être violés le temps que le juge intervienne. Ce qui est contraire aussi au principe de célérité, qui est un autre facteur protecteur du consentement. Cela étant, les juges hésitent souvent à prononcer l'inexistence comme sanction.

376. L'affaire *Etaix* est d'ailleurs très illustrative de ce point de vue et mérite que les faits en soient relatés : en l'espèce, deux auteurs, en l'occurrence les sieurs Pierre Etaix et Jean-Claude Carrière, avaient signé un contrat de cession de droits d'auteur sur un certain nombre de films. Dans le contrat, ils indiquaient avoir cédé à la société *Gavroche Productions* « l'intégralité des droits d'auteur, c'est-à-dire des droits de représentation et de reproduction dont ils sont propriétaires sur les films ». Mais, deux ans après avoir adressé le contrat à la société, cette dernière n'a pas retourné l'exemplaire signé. C'est après avoir eu vent de la signature par les auteurs d'un contrat portant sur les mêmes films avec une fondation, que les dirigeants de la société se sont manifestés. Les deux auteurs, sur la base de l'ancien article 1108 du Code civil (devenu 1128), demandent que soit constatée « l'inexistence » à titre principal ou « en tout cas » la nullité de la convention. En réponse, le juge de première instance refuse de donner une suite favorable à la demande principale en précisant que les « griefs qui portent sur l'inobservation des conditions de formation du contrat ne sauraient le cas échéant être sanctionnés que par la nullité, et non l'inexistence, de l'acte dont il s'agit[541] ». Le Tribunal de grande instance, qui sera d'ailleurs le seul à se prononcer sur cette affaire, ne donne cependant aucune explication sur les motifs de son refus de prononcer l'inexistence du contrat. Pourtant, les arguments ne manquaient pas en faveur de ce régime de sanction telle que l'absence de rencontre des volontés entre les parties.

377. Le choix de la solution retenue par les juges trouve sa justification dans le fait que la notion d'inexistence du contrat est une notion construite essentiellement par la jurisprudence. Pour ce faire, les juges sont guidés par le principe selon lequel « pas de

[541] TGI de Paris, 26 juin 2006, *Légipresse* 2010 p.242, note Charles-Edouard RENAULT.

nullité sans texte[542] » qui les pousse le plus souvent à être prudents. Cette prudence a fini par emporter la conviction des rédacteurs de l'avant-projet de réforme du droit des obligations qui préconisaient la nullité au nom d'une politique d'uniformisation du régime de sanctions en cas d'absence de consentement. Pour eux, outre le fait que cela mettrait fin « aux incertitudes et discussions sur une éventuelle résurgence de la notion d'inexistence du contrat, ce choix présente l'avantage d'homogénéiser ces sanctions avec celles qui sont classiquement retenues en matière de vices du consentement[543] ». Lors de la réforme du droit des obligations en 2016, il semble que le législateur ait entendu cette préconisation puisque l'article 1178 du Code civil dispose en son alinéa 1er qu'un « *contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord* ». Cette disposition semble mettre un frein à toute utilisation éventuelle de l'inexistence en tant que sanction au profit de la nullité.

378. Le choix de l'inexistence comme sanction. Cependant, une lecture attentive de l'article précité permet de déceler une possibilité de sanctionner l'absence de consentement par l'inexistence. En effet, la disposition ne subordonne plus le prononcé de la nullité à la saisine du juge. *In fine*, l'article précise que les parties, d'un commun accord, peuvent la constater. En ce sens, le principe de la liberté contractuelle aidant, les parties peuvent tout à fait constater, en lieu et place de la nullité, l'inexistence du contrat en cas d'absence du consentement. Cela dit, cette solution peut se révéler illusoire en ce sens que, comme c'est le cas en matière de confirmation, le cocontractant de l'auteur doit accepter le principe. Au cas contraire, le recours au juge serait inévitable.

379. L'inexistence et la prescription. Par ailleurs, l'inexistence en tant que sanction présente un avantage sur le plan procédural pour les parties. Elle leur permet par exemple « d'échapper, le cas échéant, à la prescription de l'action en nullité[544] ».

---

[542] Par exemple, sur le plan procédural, il a été jugé qu'aucun « acte de procédure ne peut être déclaré nul pour vice de forme si la nullité n'en est pas expressément prévue par la loi, sauf en cas d'inobservation d'une formalité substantielle ou d'ordre public et la nullité ne peut être prononcée qu'à charge pour l'adversaire qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité, même lorsqu'il s'agit d'une formalité substantielle ou d'ordre public ». V. Civ.3e, 30 sept. 2009, n°08-13.756; *RTD com*. 2009, p. 691 note Joël MONÉGER.

[543] Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, 22 sept. 2005, p. 20.

[544] *313-33 Nullité et inexistence*, Lamy Droit des personnes et de la famille, 10/2016.

Bien que dans l'arrêt rapporté, l'on se trouve encore dans le délai de cinq ans, l'hypothèse que l'auteur puisse échapper au délai de prescription dans lequel l'action en nullité se trouve enfermée n'est pas incongrue et désavantageuse. Car, l'inexistence lui permettra de retrouver l'ensemble de ses droits de propriété littéraire et artistique quel que soit le temps écoulé (si l'inexistence est constatée avant que des actes d'exploitation ne soient réalisés). Cette manière de voir les choses est d'ailleurs en parfaite adéquation avec la durée du droit d'auteur qui est maintenu pendant toute la durée de vie de l'auteur et soixante-dix ans après son décès. En revanche, la même lecture ne peut pas être faite à propos de la propriété industrielle où la durée des droits est, selon l'article 611-2 du Code de la propriété intellectuelle, de vingt ans pour les brevets d'invention, de vingt-cinq ans pour le certificat d'obtention végétale (article 623-13 du même Code), alors que pour les dessins et modèles, l'article 513-1 alinéa 1er précise que « *l'enregistrement produit ses effets, à compter de la date de dépôt de la demande, pour une période de cinq ans, qui peut être prorogée par périodes de cinq ans jusqu'à un maximum de vingt-cinq ans* ».

380. Toujours dans la logique de faire de l'inexistence la sanction de toute absence de consentement de l'auteur en matière de cession, la pertinence de ce point de vue s'appuie sur la position constamment adoptée par la jurisprudence sur l'imprescriptibilité des actions tendant à faire constater l'inexistence. Ainsi, très tôt, la Cour de cassation a estimé qu'un contrat de vente sans prix réel était un acte « qui est dépourvu d'existence légale et qui n'est pas susceptible de prescription[545] ». Plus loin, dans une situation voisine à *l'affaire Etaix*, à propos d'une donation qui n'a pas été acceptée par le bénéficiaire, le juge de cassation a estimé que « dès lors qu'un acte révèle uniquement l'intention de donner et que cette offre de donner n'a pas été acceptée par son destinataire, il ne peut y avoir prescription de l'action en nullité d'un tel acte auquel fait défaut l'un de ses éléments essentiels[546]». En extrapolant cette solution ici, il ne serait pas excessif de soutenir qu'un acte dont il manque une condition essentielle de validité est tout simplement inexistant et de ce fait aucun délai de prescription ne peut empêcher la constatation de son inexistence. Ce point de vue est conforté aussi par la Cour de cassation qui, dans un arrêt de 1987, a eu l'occasion

[545] Civ., 16 nov. 1932, *S.* 1934, 1, p. 1, note P. ESMEIN.
[546] Civ. 1re, 10 juin 1986, n° 84-14.241 ; *RTD civ.* 1987, p. 535, note Jacques MESTRE.

de préciser que les actes qui sont « dépourvus d'existence légale ne sont susceptibles ni de prescription ni de confirmation[547] ».

381. Cependant, il est important de signaler qu'une décision de 2014 semble remettre en cause cette argumentation, en ce sens qu'elle enfermerait les actions en constatation de l'inexistence dans l'ancien délai de prescription de droit commun (trente ans). A l'occasion de cette solution, la Cour de cassation a approuvé des juges d'appel pour avoir conclu à l'inexistence d'un acte dont la signature de l'un des auteurs a été falsifiée en précisant que toute action y afférente « était soumise au délai de prescription de droit commun, alors applicable[548] (trente ans selon l'ancien article…) ». Un raisonnement hâtif pourrait conduire à envisager de convertir cette solution à la nouvelle durée du droit commun de la prescription qui est de cinq ans (selon l'article 2224 du Code civil « *les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* »). Pour autant, en droit d'auteur, l'article 2227 du Code civil peut parfaitement être invoqué au soutien de l'imprescriptibilité de l'action en constatation de l'inexistence. Etant donné que la disposition commence par préciser que « *le droit de propriété est imprescriptible* ». Or, bien qu'ils soient immatériels, il est unanimement reconnu que les droits dont dispose l'auteur sur son œuvre sont des droits de propriété.

C : LA CONFIRMATION COMME SOLUTION

382. Par ailleurs, il est possible d'envisager une issue autre que celle qui consiste à sanctionner l'inobservation du formalisme par la nullité ou l'inexistence. Ainsi la question ne sera plus quelle sanction, mais quelle solution ? La solution qui sera envisagée devra être respectueuse du principe du consentement de l'auteur. En l'espèce, la confirmation peut répondre à cette exigence. Selon le premier alinéa de l'article 1182 du Code civil, « *la confirmation est l'acte par lequel celui qui pourrait se prévaloir de la nullité y renonce* ». Il s'agit de « l'acte juridique par lequel une personne fait disparaître les vices d'une obligation contre laquelle elle eût pu se pourvoir par voie de rescision ou de nullité[549] ». Cette définition montre qu'il s'agit

[547] Com., 28 av. 1987, n°86-16.084; *RTD civ*. 1987, p. 746.
[548] Civ., 21 mai 2014, n° 13-16.591 ; *RDC* 2014, p. 605, note Thomas GENICON.
[549] A. Hudelaot, E. Metman, *Des obligations, sources, extinction, preuve*, 4e éd. Maresq Jeune, n°626, 1908.

d'un acte unilatéral qui ne peut, en principe être utilisé que dans le cadre de la nullité relative. En, effet, si le titulaire de l'action en nullité relative souhaite renoncer à son bénéfice, il paraît difficile de le lui « interdire, du moins si cette renonciation intervient à un moment où le confirmant agit en toute liberté[550] ». En matière de nullité absolue, l'action est ouverte à tous les intéressés. La confirmation de l'acte supposerait dans ce cas qu'ils donnent tous leur accord, ce qui n'est pas possible et qui relativiserait la prééminence du consentement de l'auteur en ouvrant l'action au cocontractant. Ce qui ne protègerait pas l'auteur[551]. Cela étant, le premier alinéa de l'article 1182 précité indique que la confirmation « *mentionne l'objet de l'obligation et le vice affectant le contrat* ». Autrement dit, le titulaire de l'action en nullité du contrat doit être conscient du vice de nullité et la volonté de le réparer. La Cour de cassation précise dans ce sens que « la confirmation d'un acte nul exige à la fois la connaissance du vice l'affectant et l'intention de le réparer[552] ». De ce point de vue, la confirmation peut donc être une solution tout à fait compatible avec le principe du consentement de l'auteur. Le dernier alinéa de l'article 1182 du Code civil indique qu'elle « *emporte renonciation aux moyens et exceptions qui pouvaient être opposés, sans préjudice néanmoins des droits des tiers* ». Cette condition, combinées aux règles protectrices du code de la propriété intellectuelle, permettrait d'attirer l'attention de l'auteur sur la portée de son engagement. L'originalité du droit d'auteur ferait que la confirmation ne sera pas possible sans que le contenu du contrat ne soit précisé dans le respect des textes. Dans cette hypothèse, l'auteur pourrait donc décider de la réfection de l'acte, qui ne peut d'ailleurs être demandé que par lui, à condition de modifier le contenu, l'acte non rectifié n'étant pas confirmable. La possibilité de réfection du contrat dépend donc de la volonté de l'auteur de le confirmer.

383. En tout état de cause, comme le fait observer un auteur à propos de l'affaire *Etaix*, la « nullité suppose que le contrat se soit formé sans respecter certaines conditions de validité, auquel cas la partie pouvant invoquer la nullité pourra (nullité relative) ou non (nullité absolue) confirmer rétroactivement l'acte par une manifestation libre et éclairée de son consentement ; tandis que l'inexistence suppose

[550], François Terré, Philippe Simler, François Chénedé, Yves Lequette, *Droit civil les obligations*, 13e éd., 2022, n°546.

[551] Sur ce point, l'inexistence semble aussi en principe offrir l'action au cocontractant. On serait donc dans une situation atypique d'inexistence relative.

[552] Com. 29 mars 1994, n°92-11.843 ; *D.* 1994, p. 109.

que le contrat ne se soit jamais formé. L'effet le plus évident de la distinction entre ces deux notions est que la nullité, même absolue, doit nécessairement être prononcée par un juge, tandis que l'inexistence s'impose comme une évidence et se constate par elle-même[553] ». Le droit moral étant imprescriptible, la référence à l'imprescriptibilité attachée à l'inexistence pourra se justifier.

384. Au regard de ce qui précède, la protection de l'auteur conduit le contrat de cession à adapter ses paramètres en termes de formation et de sanction. Cette réalité ne se limite pas uniquement au moment de la conclusion du contrat, elle se constate également au moment de son exécution où parfois la spécificité de la cession en droit d'auteur se révèle aux parties.

Section 2 : La spécificité du contrat de cession en droit d'auteur

385. Le contrat de cession est un contrat qui est, par principe, translatif de propriété. En droit d'auteur, il perd cet aspect étant donné que le transfert de propriété au cessionnaire n'est jamais total à raison du droit moral dont dispose l'auteur sur son œuvre. C'est comme si la cession était grevée d'une clause spéciale, impérative et indisponible de réserve de propriété qui ne concerne que les droits extrapatrimoniaux du droit d'auteur. En ce sens, l'exercice paisible par le cessionnaire des droits d'auteurs est subordonné au respect par lui du droit moral de l'auteur.

386. Le droit moral est ce qu'il y a de plus important pour l'auteur une fois la cession actée. En cédant son œuvre, l'auteur confie en même temps une partie de sa personne au cessionnaire qui sera chargée de la protéger. D'où l'incessibilité des droits moraux de l'auteur **(§1**) qui invite à se poser des questions sur le bienfondé du maintien de la qualification de cession par défaut des contrats en droit d'auteur alors que, de son côté, celle de licence paraît plus adaptée (**§2**).

§1 : L'incessibilité des droits moraux de l'auteur

387. Affirmée dès le départ par le code de la propriété intellectuelle, l'incessibilité du droit moral est un instrument important dans le cadre de la protection du consentement de l'auteur. Son influence sur le contrat de cession (A) permet à l'auteur

553 Jean-Baptiste AUROUX, « La sanction de l'inobservation des conditions de formation du contrat d'auteur : à l'inexistence, le juge privilégie la nullité », *RLDI*, n° 54, 1er nov. 2009.

d'avoir un regard sur l'utilisation de son œuvre pendant la phase d'exécution du contrat. Néanmoins, les prérogatives de l'auteur sur la question connaissent certaines limitations justifiées par la prise en compte de l'intérêt de ses cocontractants (B).

A : L'INFLUENCE DU DROIT MORAL SUR LE CONTRAT DE CESSION

388. L'intransmissibilité du droit moral. Le droit moral de l'auteur, par sa particularité, rend unique le contrat de cession de droit d'auteur au point d'en faire un contrat *sui generis*. Fondamentalement, il permet de distinguer la cession de droit d'auteur du contrat de vente entendu au sens strict. Si l'acquéreur d'une œuvre de l'esprit paye totalement le prix fixé, l'auteur, du fait de son droit moral, ne livre pas totalement l'ensemble des droits attachés à son œuvre. En effet, comme le précise l'article 1583 du Code civil, si la « *la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé* », l'auteur d'une œuvre de l'esprit ou ses ayants droits, continuera de revendiquer, sans limitation de durée, le droit au respect de son nom ou encore celui au respect de l'intégrité de son œuvre comme le lui permet l'article L. 121-1 du Code de la propriété littéraire et artistique qui dispose en son alinéa 3 que ce droit « *est perpétuel, inaliénable et imprescriptible* ».

389. De ce fait, l'œuvre artistique achetée n'est jamais totalement acquise à l'acquéreur. Ce dernier ne dispose pas d'une liberté totale sur son utilisation. De la sorte, son droit de propriété se trouve greffé du consentement de l'auteur de manière permanente. En faisant un parallèle avec le démembrement du droit de la propriété, on constate que s'il lui est reconnu un droit d'*usus* et de *fructus* sur son acquisition, il ne bénéficie cependant pas de l'*abusus*. Toute action de sa part qui serait de nature à modifier ou à porter atteinte à la création artistique nécessite le consentement de l'auteur. La jurisprudence a toujours été ferme à propos du respect de cette règle. Elle l'a répété avec suffisamment de précision dans l'affaire *On va fluncher*. Dans ce litige, un auteur et un compositeur avaient cédé à une société spécialisée dans l'édition musicale leurs droits sur la chanson *On va s'aimer*. Dans l'acte de cession, les deux auteurs ont accepté de céder à la société « les droits d'exploiter directement et d'autoriser des tiers à utiliser tout ou partie de l'œuvre, paroles et musiques ensemble ou séparément, en thème dominant ou secondaire de fond sonore de films ou de toute représentation, théâtrale, radiodiffusée, télévisée, publicitaire ou autre encore, même

non mentionnée avec possibilité corrélative d'ajouts à la partition et modification, même parodique, du texte ». Par la suite, dans le cadre de l'utilisation de la mélodie pour une campagne publicitaire au profit de la chaine de restauration rapide *Flunch*, les paroles *On va s'aimer* ont été substitués par *On va fluncher*. Les deux auteurs ont alors assigné les deux sociétés pour non-respect de l'œuvre. Pour eux, il y a atteinte au droit moral, « par la substitution, au texte initial, d'un néologisme médiocre et d'une rime simpliste, et par le remplacement de l'idéal de l'amour par la promotion de la restauration de grande diffusion ». Pour justifier la solution rejetant la demande des auteurs, la Cour d'appel saisie avait estimé que les auteurs avaient renoncé de manière globale et anticipée par le biais de clauses, moyennant une contrepartie financière, à l'ensemble de leurs droits sur l'œuvre litigieuse. Cependant, la Cour de cassation, n'a pas adopté la même lecture. Au contraire, elle en a profité pour rappeler que « l'inaliénabilité du droit au respect de l'œuvre, principe d'ordre public, s'oppose à ce que l'auteur abandonne au cessionnaire, de façon préalable et générale, l'appréciation exclusive des utilisations, diffusions, adaptations, retraits, adjonctions et changements auxquels il plairait à ce dernier de procéder[554] ». Autrement dit, le caractère inaliénable du droit moral étant d'ordre public, il est dès lors impossible même pour l'auteur d'y renoncer par avance. De ce fait, il devient inenvisageable que le cessionnaire puisse de sa propre initiative porter atteinte à l'œuvre. Le caractère d'ordre public qui découle de l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle fait que ce qui est refusé à l'auteur ne peut être accepté pour le cessionnaire. Cela dit, l'indisponibilité du droit moral de l'auteur, en l'occurrence dans sa composante liée au respect de l'œuvre, n'a pas pour conséquence une fixité de l'œuvre. En effet, l'autorisation qu'il peut alors explicitement

[554] Civ., 1re, 28 janv. 2003, n° 00-20.014 ; *JurisData* n° 2003-017443 ; *D.* 2002, p.2679 ; La même affaire a fait l'objet de deux autres arrêts de la Cour de cassation avec toujours la même solution. V. Civ 1re., 5 déc. 2006, n° 05-11.789 ; Civ., 1re 2 avr. 2009, n° 08-10.194, *Comm. com. électr.* 2009, comm. 28, obs. Christophe CARON. Pour plus d'information V. « Signification du principe de l'inaliénabilité du droit au respect de l'œuvre », *Revue Lamy droit des affaires*, n° 59, 1er avril 2003 ; Jean-Pierre GRIDEL, « Des œuvres d'art, des droits auxquels elles donnent lieu et de leur protection en jurisprudence française », *RLDC*, n°64, 1er oct. 2029. En tout état de cause, cette solution s'inscrit dans la même logique que celle adoptée par la Cour de cassation dans l'affaire « Huston ». A cette occasion, la Cour avait précisé (au visa de l'article 1er , 2e alinéa, de la loi n° 64-689 du 8 juillet 1964 et de l'article 6 de la loi du 11 mars 1957) qu'en « France, aucune atteinte ne peut être portée à l'intégrité d'une œuvre littéraire ou artistique, quel que soit l'Etat sur le territoire duquel cette œuvre a été divulguée pour la première fois ; que la personne qui en est l'auteur du seul fait de sa création est investie du droit moral institué à son bénéfice par le second des textes susvisés ; que ces règles sont des lois d'application impérative ». V. Civ. 1re, 28 mai 1991, n° 89-19.522, 89-19.725 ; *Jurisdata* : 1991-001486 ; *D.* 1993, p.197, note Jacques RAYNARD ; *RIDA* juill. 1991, p. 197 et 161, obs. André KEREVER.

donner n'est pas à proprement parler une renonciation à son droit moral, mais un consentement à une utilisation particulière ou une modification de l'œuvre qui est plutôt l'exercice de ce droit. En d'autres termes, ce pouvoir fait de l'auteur le seul maître de toute transformation ultérieure de l'œuvre malgré la cession.

390. Dans le même ordre d'idées, il n'est dès lors pas interdit que l'œuvre soit modifiée pour répondre aux besoins du cessionnaire ou du sous-cessionnaire. Le cessionnaire doit tout simplement s'assurer, au préalable, du consentement de l'auteur s'il s'agit par exemple d'une modification, adaptation non prévue contractuellement. La jurisprudence s'est toujours inscrite dans cette logique. En ce sens, à propos d'une compilation à la seule initiative de la société cessionnaire, il a été jugé qu'une « exploitation, sous forme de compilations avec des œuvres d'autres interprètes étant de nature à en altérer le sens, ne pouvait relever de l'appréciation exclusive du cessionnaire et requérait une autorisation spéciale de l'artiste[555] ». En l'espèce, la juridiction de renvoi, dont la solution est ici censurée, avait refusé d'indemniser le chanteur au titre de la violation de son droit moral sous prétexte que « le seul fait d'imposer d'autorité une exploitation sous forme de compilations ne caractérise pas, à lui seul, une violation du droit moral de l'artiste ». Poursuivant, elle précise que « dans les compilations, l'artiste est "flanqué d'artistes les plus divers", dont certains "au passé trouble sous l'occupation", ce voisinage n'est pas de nature à ternir sa réputation et qu'aucun thème dégradant ou susceptible de heurter les convictions ne ressort de la juxtaposition des enregistrements[556] ». La censure de cette solution par la Cour de cassation était justifiée en ce sens que le principe sur lequel se fonde le respect par le cessionnaire du droit moral de l'auteur doit être d'interprétation stricte. Car, admettre que la violation de cette règle puisse être justifiée par des éléments de nature à constituer un préjudice pour l'auteur serait contraire à l'esprit général des textes. En conséquence, la responsabilité du cessionnaire doit être considérée comme objective. L'auteur ne doit prouver que la violation de son droit moral. La preuve d'un préjudice

---

[555] Soc., 8 févr. 2006, n° 04-45.203, *Jean Ferrat* ; *JurisData* n° 2006-032093 ; Thibault LAHALLE, « Respect dû à l'interprétation de l'artiste », *La Semaine Juridique Social* n° 12, 21 mars 2006, 1238. Dans cette espèce, la solution retenue par la Cour de cassation s'inspire de la solution retenue par la CJCE dans l'affaire « Phil Collins » à l'occasion de laquelle la CJCE avait estimé que « la protection des droits moraux permet notamment aux auteurs et aux artistes de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de l'œuvre qui serait préjudiciable à leur honneur ou à leur réputation ». CJCE, 20 oct. 1993, n° C-92/92 ; *Jurisdata* : 1993-620009.

[556] Civ. 1re, 8 fév. 2006, n°04-45.203, *On va fluncher ; op.cit.*

ne doit pas être une condition *sine qua non* pour obtenir gain de cause. A cela, il faut ajouter le fait que le droit moral dispose de sa propre autonomie en matière de régime juridique qui donne, comme il a été démontré précédemment, une place importante au doit moral qui ne doit pas être confondu avec le préjudice moral.

391. La distinction avec le préjudice moral. En effet, la réparation consécutive à la violation du droit moral de l'auteur est spécifique. En ce sens, l'intérêt de l'auteur impose que l'on ne confonde pas préjudice moral et droit moral de l'auteur. Cette confusion est désignée avec justesse par le Professeur Christophe Caron comme le « vrai et faux droit moral[557] » en ce sens que « le droit moral ne protège pas la personne de l'auteur, pour ce faire, ce dernier jouit comme toute personne des mécanismes de droit commun protégeant contre les atteintes aux droits de la personnalité[558]». A travers un arrêt inédit, cette analyse est confortée par la Cour de cassation qui a estimé avec suffisamment de clarté 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[559] ».

392. Le droit moral et relations salariales. Par ailleurs, le fait de solliciter le consentement de l'auteur pour tout ce qui touche le droit moral ne concerne pas uniquement les rapports qu'entretient l'auteur et le cessionnaire. Même dans le cadre d'une relation habituelle établie, tel que le contrat de travail, l'auteur salarié a droit au respect de l'intégrité de son œuvre. En ce sens, la Cour de cassation, au visa des L. 111-1, L. 111-3 et L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle, a jugé que « l'auteur, personne physique, jouit d'un droit inaliénable au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre, de sorte que ni l'existence d'un contrat de travail ni la propriété du support matériel de l'œuvre ne sont susceptibles de conférer à la personne morale qui l'emploie la jouissance de ce droit[560] ». Autrement dit, pas plus que le contrat de cession de droit d'auteur, le contrat de travail n'est pas de nature à faire renoncer à l'auteur son droit d'exiger son consentement sur toute éventuelle modification de son

[557] Christophe CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 5e éd., LexisNexis, 2009, n°248.
[558] Nicolas BINCTIN « Le droit moral en France », *Les Cahiers de propriété intellectuelle*, Vol. 25, n° 1, 2013, p.357.
[559] Civ., 1re, 10 mars 1993, n° 91-15.915 ; *Jurisdata* n° 1993000556 ; *RTD.com*. p.48, obs. André FRANÇON.
[560] Civ. 1re, 16 nov. 2016, n° 15-22.723 ; *JurisData* n° 2016-024123 ; *Légipresse*, 2016 p.643.

œuvre. En s'engageant en tant que salarié, l'auteur ne cède pas d'avance ses prérogatives[561]. Pour les droits patrimoniaux par exemple, l'employeur est soumis au respect des termes de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle qui impose que chacun des droits cédés soient clairement spécifiés. Autrement dit, le contrat de travail n'emporte pas cession tacite des droits de l'auteur salarié. Il faut une clause spécifique qui permet d'identifier les droits que l'auteur s'engage à céder à l'employeur. En ce sens, la jurisprudence est constante pour dire que « l'existence d'un contrat de travail conclu par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte aucune dérogation à la jouissance de ses droits de propriété incorporelle, dont la transmission est subordonnée à la condition 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[562] ». Pour les droits moraux, l'auteur salarié continue à bénéficier de la protection même conformément à l'article L. 121-1 du Code la priorité intellectuelle. Il a par exemple été jugé que « l'auteur, même salarié, conserve sur son œuvre les attributs d'ordre moral dont l'article L. 121-1 consacre le caractère perpétuel et inaliénable[563] ».

---

[561] Cependant, si les clauses de cession d'œuvres futures sont proscrites, la jurisprudence valide cependant les clauses dites « d'au fur et à mesure ». En ce sens, il a été jugé que «la prévision d'une cession automatique de droits de propriété littéraire et artistique au fur et à mesure d'éventuels travaux n'est pas constitutive de la cession globale d'œuvres futures ». V. Lyon, 28 nov. 1991. *Gaz. Pal.* 1992. 1. 275, note FORGERON. Dans la même logique, la Cour d'appel de Paris a validé une clause à travers laquelle l'auteur s'engeait à céder à l'employeur « l'ensemble des droits de propriété intellectuelle (…) relatifs aux créations réalisées dans le cadre du présent contrat, au fur et à mesure de leur réalisation ». Selon les motifs adoptés par les juges parisiens, « une telle clause n'est pas nulle dès lors qu'elle délimite le champ de la cession à des œuvres déterminables et individualisables à savoir celles réalisées par la salariée dans le cadre du contrat de travail et au fur et à mesure que ces œuvres auront été réalisées. Ainsi, la clause de cession n'encourt pas le grief de cession globale d'œuvres futures puisqu'elle ne vise pas globalement les œuvres objet de la cession ; en outre, elle ne porte pas sur des œuvres futures mais sur des œuvres réalisées, la cession n'opérant qu'au fur et à mesure de la réalisation ». V. Paris, 25 janv. 2023, n° 19/15256 ; *Comm. com. électr.* n° 3, mars 2023, comm. 14, Pascal KAMINA.

L'autre limitation aux droits d'auteur du salarié porte sur les logiciels. En effet, selon le premier alinéa de l'article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle, « *sauf dispositions statutaires ou stipulations contraires, les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créés par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur sont dévolus à l'employeur qui est seul habilité à les exercer* ». La même limitation se retrouve s'agissant du droit moral du salarié auteur d'un logiciel. Selon les termes de l'article L. 121-7 du Code de la propriété intellectuelle, « *sauf stipulation contraire plus favorable à l'auteur d'un logiciel, celui-ci ne peut : 1° S'opposer à la modification du logiciel par le cessionnaire des droits mentionnés au 2° de l'article L. 122-6, lorsqu'elle n'est préjudiciable ni à son honneur ni à sa réputation;2°Exercer son droit de repentir ou de retrait* ».

[562] Civ. 1re, 16 décembre 1992, n°91-11.480.

[563] Aix-en-Provence, 21 oct. 1965, *Meffre c/ Funel* ; *D.* 1966. jur. 70, note GREFFE. Dans le même sens, s'agissant du droit au respect de son nom, il a par exemple été jugé que « le droit moral à la paternité

393. En tout état de cause, s'il est évident que le premier but recherché par le principe d'inaliénabilité du droit moral est avant tout la protection du consentement de l'auteur, il ne faut cependant pas perdre de vue le fait que la règle permet aussi d'éviter d'éventuels excès de la part du cessionnaire, tel que l'abus de jouissance. Ainsi, afin « de lutter contre d'éventuels abus du cessionnaire, il faudrait considérer que la personne (l'auteur) conserve un droit moral inaliénable sur son nom afin de s'opposer à certaines atteintes au droit au respect ou même exercer un droit de repentir[564] ».

394. Dans le même ordre d'idées, cette règle est valable aussi en matière de droit voisin du droit d'auteur. Etant donné que l'article L. 212-2 du Code de la propriété intellectuelle est le pendant de l'article L. 121-1 du même Code en ce sens qu'il dispose clairement que « *l'artiste-interprète a le droit au respect de son nom, de sa qualité et de son interprétation. Ce droit inaliénable et imprescriptible est attaché à sa personne. Il est transmissible à ses héritiers pour la protection de l'interprétation et de la mémoire du défunt* ». Faisant une application de cette disposition, la Cour de cassation a précisé que « l'inaliénabilité du droit au respect de l'œuvre, principe d'ordre public, s'oppose à ce que l'artiste abandonne au cessionnaire, de façon préalable et générale, l'appréciation exclusive des utilisation, diffusion, adaptation, retrait, adjonction et changement qu'il déciderait de réaliser ». Poursuivant, la Cour affirme qu'a violé l'article L. 212-2 du Code de la propriété intellectuelle, « la cour d'appel qui, pour débouter l'artiste de sa demande en réparation du préjudice moral subi du fait de la reproduction de ses enregistrements, par la société, dans des compilations, retient que, par les contrats conclus entre les parties, cet artiste avait consenti une autorisation générale d'exploitation qui impliquait la possibilité de dissocier les œuvres réunies dans les différents albums, ainsi que de procéder à des compilations, notamment des compilations comportant plusieurs interprètes[565]».

étant imprescriptible et inaliénable, il importe peu que ce salarié n'ait pas, après l'expiration de son contrat de travail réclamé une compensation pécuniaire en raison de la publication de l'ouvrage sans nom d'auteur, le seul refus fautif qui lui a été opposé de voir son nom figurer sur l'ouvrage lui ayant occasionné un préjudice en relation immédiate et directe avec cette faute qui sera réparée par une indemnité et par la publication du dispositif de l'arrêt ». V. Paris, 20 avr. 1989, *Mortureux de Faudoas c/ Sté Distrivet* ; *D.* 1989. IR p. 177 ; *RIDA* 1990, n° 143, p. 317).

[564] Christophe CARON, « L'insertion d'un nom patronymique dans une dénomination sociale ne vaut pas autorisation de le déposer en tant que marque » *Comm. com. électro.* n° 7-8, juill. 2003, *comm.* 70.

[565] Soc., 10 juillet 2002, n° 99-44.224 ; *Jurisdata* n° 2002-015183 ; Christophe CARON, « Inaliénabilité du droit moral de l'artiste-interprète », *JCP* E 2002, n° 1642.

395. Une obligation de ne pas faire. Cette solution démontre que, vis-à-vis de l'auteur, l'obligation qui incombe au cessionnaire est une obligation de ne pas faire. En effet, la sanction en cas de violation d'une telle obligation n'est pas, en principe, la résolution du contrat. Selon les termes de l'ancien article 1142 du Code civil, « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur* ». Le nouvel article 1217 alinéa 6 du même code va dans le même sens et précise que « *la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut : - demander réparation des conséquences de l'inexécution*[566] ». Dans le même sens, l'ancien article 1145 du Code civil prévoyait que « *si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages et intérêts par le seul fait de la contravention* ». Cette disposition n'a certes pas d'équivalent dans la réforme du droit des contrats de 2016, cependant son principe demeure. Par ailleurs, cette décision permet aussi de voir que le droit moral de l'auteur n'est pas aussi sacré qu'on ne le croit, en ce sens que la véritable sanction en cas de violation repose pour l'essentiel sur l'octroi de dommages-intérêts. Pourtant, certaines règles du droit commun des contrats peuvent permettre à l'auteur de restaurer le caractère sacré de son droit moral. Par exemple la possibilité d'insérer une clause résolutoire dans le contrat de cession.

396. L'idée d'une clause résolutoire. L'insertion d'une clause résolutoire stipulant que toute atteinte au droit moral de l'auteur entrainera une résolution du contrat de cession de droit d'auteur aura un effet plus dissuasif que le simple octroi de dommages-intérêts. En effet, il peut arriver par exemple que le cessionnaire, en tant que professionnel, agisse en termes de rapport bénéfice/risque pendant l'exécution du contrat de cession. S'il estime qu'il tirera plus de bénéfices en portant atteinte au droit moral de l'auteur, rien ne l'empêchera d'agir en conséquence. Sachant que le plus souvent, les auteurs ne demandent qu'un euro symbolique au titre des dommages-et-intérêts comme ce fut le cas, par exemple, dans l'affaire Jean Ferrat[567]. Rien n'empêche donc que les parties subordonnent la résolution de plein droit du contrat en cas d'atteinte par le cessionnaire du droit moral de l'auteur. A ce propos, l'article 1225 du

[566] Dans le même sens, on peut citer l'article 1221 du Code civil qui dispose que « *le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier* ».

[567] Soc., 8 févr. 2006, n° 04-45.203, *Jean Ferrat*. *op. cit.*

Code civil *ab initio* est on ne peut plus clair lorsqu'il indique que «*la clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat. La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire* ».

397. De son coté, si c'est l'auteur qui porte atteinte à son propre droit moral pendant la durée d'exécution du contrat de cession, la solution se trouve dans le Code de la propriété intellectuelle à travers la procédure du droit de repentir et de retrait. L'auteur, dans ce cas, est tenu d'indemniser le cessionnaire. En effet, selon les termes de l'article L. 121-4 du Code de la propriété intellectuelle, « *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 originairement choisi et aux conditions originairement déterminées* ».

398. Cependant, comme tout droit, le droit moral de l'auteur n'est pas sans limite. Il existe donc des limitations allant dans le sens d'une conciliation avec les droits des tiers.

B : LES LIMITES A LA PREEMINENCE DU DROIT MORAL

399. Le cessionnaire d'un droit d'auteur est tenu de respecter les droits moraux de l'auteur. Parmi ces droits, il y a le droit au respect de l'œuvre. Cette obligation qui pèse sur le cocontractant de l'auteur est une obligation de moyens. En ce sens, il a par exemple été jugé que « si l'auteur jouit d'un droit au respect de son œuvre (article L121-1 du Code de la propriété intellectuelle) et que ce droit s'impose aux propriétaires du support matériel de l'œuvre, l'auteur ne peut imposer au propriétaire du support matériel une intangibilité absolue de son œuvre et sa préservation à des conditions déraisonnables ». Les faits à l'origine de cette solution étaient les suivants : En 1993, deux sculpteurs ont créé une œuvre monumentale composée de « 121 sculptures en bronze et installé au bord d'un lac. Ayant constaté que cette œuvre avait subi des dégradations, notamment des actes de vandalisme et des vols, ils ont assigné le

propriétaire du site, l'Établissement Public Territorial de Bassin (EPTB), notamment pour atteinte à leur droit au respect de l'œuvre[568] ». Outre la solution de principe rappelée précédemment, la Cour d'appel retient indirectement que l'obligation qui pèse sur l'EPTB est une obligation de moyens, qui est ici remplie. Etant donné qu'en « l'espèce, l'EPTB justifie des démarches entreprises pour enrayer les vols et dégradations qui ont été occasionnés à l'œuvre, notamment de nombreux dépôts de plaintes et des interventions auprès des autorités publiques ainsi que des frais de surveillance élevés. L'EPTB a, par les démarches entreprises, essayé d'assurer la préservation de l'œuvre, dont la dégradation n'est pas de son fait ou le résultat de sa carence. Il ne pouvait être exigé de l'EPTB, du fait de la situation de l'œuvre (sur un emplacement à ciel ouvert accessible au public depuis près de trente ans), de ses dimensions et de la convoitise suscitée par les matériaux dans lesquels elle est pour partie réalisée, qu'il assure la préservation de l'œuvre à des conditions excessives. Aucune faute caractérisée ne peut lui être imputée, qui justifierait l'engagement de sa responsabilité (…) au titre de l'atteinte » au droit au respect de l'œuvre[569].

400. Le droit moral de de l'auteur, comme on vient de le voir, est un élément essentiel sur lequel s'appuie l'auteur afin de faire respecter le champ d'application de son consentement dans le cadre de l'exploitation de l'œuvre. Cela dit, on ne doit pas perdre de vue le fait que la bonne marche du monde des affaires dans une économie libérale repose sur la célérité dans les transactions et surtout sur le respect du principe de sécurité juridique. Afin de rendre effectifs ces deux éléments, le législateur a consacré le principe de la liberté contractuelle et surtout celui de la bonne foi dans l'exécution des obligations contractuelles. L'application *stricto sensu* de la rigidité qui résulte des règles protectrices du consentement de l'auteur dans le cadre du droit moral pourrait conduire à des blocages qui ne sont pas de nature à favoriser le respect des principes énumérés précédemment. C'est pourquoi, il est difficile d'être hostile à l'idée que soit injectée une dose de souplesse dans l'application des règles protectrices du consentement de l'auteur dans ses rapports avec le cessionnaire. Cet assouplissement se justifie par l'idée que l'auteur, dans la défense de ses droits, ne doit pas agir de manière inquisitoriale. Car, s'il lui appartient de décider de la forme de son œuvre ainsi

[568] Résumé *JurisData* n° 2020-009613.

[569] Paris, 10 mars 2020, n° 18/08248 ; *JurisData* n° 2020-009613 ; V. Philippe MOURON, « La dégradation du droit au respect d'une œuvre monumentale », *Dalloz IP/IT*, 2020, p. 440.

que de la manière par laquelle celle-ci sera exploitée, cela ne signifie pas pour autant qu'il peut agir de manière discrétionnaire sans tenir compte de certains paramètres.

401. Cela dit, la position de la Cour de cassation, avant de connaître une évolution dans le sens de l'analyse exposée ici, tendait à faire du droit moral de l'auteur un droit de nature discrétionnaire. Par exemple, dans un arrêt du 5 juin 1984, elle a jugé 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[570] ». Dans le sillage de cette solution, une partie de la doctrine s'est inscrite dans la même logique. A propos par exemple de l'exercice des droits de divulgation et de repentir, le Professeur Frédéric Pollaud-Dulian affirme que, « sauf à la vider de son contenu, nul, y compris le juge, ne saurait substituer sa propre appréciation sur l'opportunité de divulguer une œuvre ni imposer sa subjectivité, les prétendus intérêts du public ou ceux de l'exploitant ou du commanditaire pour écarter la volonté de l'auteur en cherchant à en peser les intentions. Il importe peu de savoir pourquoi (que les raisons soient bonnes ou mauvaises) l'auteur décide de rendre son œuvre accessible au public ou le refuse, momentanément ou définitivement, voire la détruit : c'est son œuvre, une part de lui-même dont il n'appartient à personne de régler le sort. En décider autrement reviendrait, du reste, à priver la règle d'utilité et à méconnaître le caractère essentiel de la divulgation dans le processus créatif [571] ».

402. A rebours de cette vision absolutiste du droit moral, le point de vue soutenue dans cette thèse consiste à dire que les créations littéraires et artistiques sont certes des biens spécifiques, mais ce sont des biens tout de même. A ce titre, les limitations imposables au propriétaire d'un bien au sens du droit commun sont transposables aux titulaires de tout bien intellectuel. Cette analyse peut trouver une justification par exemple au sein de l'article L. 121-3 du Code de la propriété intellectuelle qui renvoie au juge la charge de déterminer si le refus d'un ayant droit à la divulgation d'ouvres d'un auteur décédé est constitutif ou non d'abus. Selon le premier alinéa de la disposition précitée, « *en cas d'abus notoire dans l'usage ou le non-usage du droit de divulgation de la part des représentants de l'auteur décédé visés à l'article L. 121-2, le tribunal judiciaire peut ordonner toute mesure appropriée. Il en est de même s'il y a*

[570] Civ. 1re, 5 juin 1984, n° 83-11.639, *D.* 1985. IR 312, obs. Claude COLOMBET; *Gaz. Pal.* 1984, pan. 332.
[571] Frédéric POLLAUD-DULIAN, « Le droit de divulgation de l'auteur et la théorie de l'abus de droit », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 22, 27 mai 2009, II 10093.

conflit entre lesdits représentants, s'il n'y a pas d'ayant droit connu ou en cas de vacance ou de déshérence ». Ainsi, le décès de l'auteur vient amenuiser son pouvoir discrétionnaire en matière de divulgation. C'est particulièrement le cas lorsqu'il ne s'est pas expressément opposé à la divulgation de ses œuvres en cas de décès. L'affaire *François Balsan* illustre bien cette analyse. En effet, au décès de l'auteur, afin de préserver les documents provenant de ses expéditions, ses héritiers « ont établi un règlement d'indivision ayant pour vocation d'éviter la dispersion du fonds et d'en assurer la conservation ». Toutefois, ils se sont opposés à la proposition faite par l'un d'entre eux d'en autoriser la divulgation. Ce dernier ayant été débouté en appel, la Cour de cassation a été saisie. Pour rejeter le pourvoi contre la décision des juges Versaillais, la Cour souligne que « 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 ; qu'en cas de conflits entre les héritiers titulaires de ce droit, il appartient au juge d'ordonner toute mesure appropriée ; qu'en l'espèce, [Monsieur François Balsan], qui s'en était remis pour l'exploitation de ses œuvres, au seul jugement de son fils Patrick, décédé avant lui, n'a manifesté aucune volonté déterminée de voir procéder à la divulgation des archives - carnets de route, comptes rendus de déplacements, réalisation de films, récits, romans, dessins et écrits divers - qu'il laisserait après sa mort, ni entrepris, même partiellement, de les classer pour en permettre une exploitation utile ou en assurer une quelconque divulgation ; que dans ces circonstances, les juges du fond ont pu considérer qu'en raison du conflit opposant les héritiers sur le sort à réserver à ces archives, leur réunion en un fonds unique qui en évitait la dispersion et permettait d'en assurer la conservation tout en en réservant la divulgation, n'était pas contraire à la volonté de l'auteur et constituait une mesure appropriée à la situation qu'elle a consacrée en homologuant le projet de règlement d'indivision excluant la divulgation jusqu'au décès du dernier descendant direct[572] ». Si cette solution réaffirme le pouvoir du juge en termes d'appréciation de la volonté de l'auteur décédé, elle semble toutefois considérer que le silence de l'auteur sur l'exercice

[572] Civ. 1re, 3 nov. 2004, n° 03-11.011, *François Balsan* ; *D.* 2004 p.3223, obs. Philippe ALLAEYS. Dans le même sens, V. inédit, Civ. 1re, 10 juill. 2014, n° 13-14.416 ; *Juris art etc.* 2014, n°18, p.14. Cet arrêt retient que doit être respecté, le règlement d'indivision successorale qui avait « pour objet d'organiser la conservation et la possibilité pour les héritiers d'avoir accès au fonds d'archives [de l'auteur] sans distinguer entre documents, photographies et films le composant, et, d'autre part, que son article 6 prévoyait que ce fonds ne ferait l'objet d'aucune divulgation à l'extérieur de la famille des cohéritiers et interdisait toute communication à des tiers, même pour leur usage privé, toutes publications, expositions, représentations, ainsi que toutes consultations par des tiers (...) ».

de son droit de divulgation *post mortem* valait refus. Même si en réalité, les juges du fond dont la décision est ici maintenue, semblent s'être alignés sur la décision de la majorité des indivisaires. Sur cet aspect, la solution retenue est critiquable. Comme le souligne un auteur, « la solution est surprenante et peut d'autant moins recueillir l'approbation que l'arrêt ne donne, ni ne sous-entend le moindre élément qui justifierait cette mise au secret des archives pour une telle durée, et qu'il ne se réfère pas à une volonté, même supposée, de l'auteur d'empêcher la divulgation posthume, de sorte que l'on a le sentiment que les juges ont seulement suivi les volontés propres des six indivisaires majoritaires - ce qui n'est pas de bonne méthode, en pareil cas[573]».

403. En tout état de cause, la vision qui consiste à relativiser le caractère discrétionnaire de l'exercice du droit moral de l'auteur est ancrée dans la jurisprudence. Par exemple, c'est cette lecture que l'on peut faire d'un arrêt de 1991 rendu par la Cour de cassation. A cette occasion, face à un auteur qui mettait en avant le faible pourcentage de redevances qu'il percevait de son éditeur pour justifier l'exercice de son droit de repentir et de retrait, la Cour avait précisé que certes « le droit de repentir et de retrait constituent des attributs du droit moral de l'auteur » mais que la raison qu'il invoque est «étrangère à la finalité de l' article 32 de la loi du 11 mars 1957 (aujourd'hui article L. 121-4 du Code de la propriété intellectuelle), 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[574] ». En d'autres termes, tout abus dans l'exercice des prérogatives relevant du droit moral est susceptible d'être sanctionné, refusé ou au mieux tempéré afin de parvenir à un équilibre entre les droits de l'auteur et ceux du cessionnaire.

404. La recherche d'un tel équilibre, à laquelle il est difficile de ne pas souscrire, se trouve être au cœur de la ligne jurisprudentielle de la Cour de cassation. En ce sens, à l'occasion de l'affaire *Bull* dans laquelle un architecte, s'appuyant sur son droit moral, refusait toute modification d'un ouvrage qui lui avait été commandée, la Cour de cassation a posé le principe suivant : « la vocation utilitaire du bâtiment commandé à un architecte interdit à celui-ci de prétendre imposer une intangibilité absolue de son œuvre, à laquelle son propriétaire est en droit d'apporter des modifications lorsque se

[573] Frédéric POLLAUD-DULIAN, « Droit moral. Droit de divulgation post mortem. Conflit entre héritiers. Règlement d'indivision », *RTD com.* 2005, p. 86.
[574] Civ. 1re, 14 mai 1991, n° 89-21.701 ; *JurisData* n° 1991-001480 ;

révèle la nécessité de l'adapter à des besoins nouveaux ; qu'il appartient néanmoins à l'autorité judiciaire d'apprécier si ces altérations de l'œuvre architecturale sont légitimées, eu égard à leur nature et à leur importance, par les circonstances qui ont contraint le propriétaire à y procéder[575]». Autrement dit, il doit exister une proportionnalité entre les prérogatives reconnues à l'auteur et les droits du propriétaire du support matériel de l'œuvre. Par ailleurs, cette analyse permet de relativiser le principe posé par l'article L. 111-3 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que « *la propriété incorporelle définie par l'article L. 111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel* ». Aussi, toujours dans le registre du droit moral de l'architecte, les solutions rendues à la suite de l'arrêt *Bull* se sont toutes inscrites dans cette logique. En ce sens, au visa des articles L. 111-1, L. 112-1, L. 112-2 12° et L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle, il a été jugé « qu'il importe néanmoins, pour préserver l'équilibre entre les prérogatives de l'auteur et celles du propriétaire, que les modifications (qu'apporte le propriétaire) n'excèdent pas ce qui est strictement nécessaire et ne soient pas disproportionnées au but poursuivi[576] ». Comme le souligne le Professeur Christophe Caron, cette solution doit être placée « sous le signe de l'équilibre et lutte contre les excès tant de l'auteur que du propriétaire[577] ». Elle permet de rappeler que « l'exercice d'un droit exclusif par son titulaire peut donner lieu à un comportement abusif[578] ». De ce point de vue, la solution ne doit en aucun cas être analysée comme une atteinte au consentement de l'auteur. Au contraire, elle limite les tentations de l'auteur de faire obstacle à toute initiative du propriétaire du support matériel. En effet, le plus souvent, les litiges en matière de droit moral de l'architecte sont liés au fait que le propriétaire fait le choix de faire appel à un architecte autre que celui qui a réalisé l'ouvrage initial pour de futures modifications. En contrepartie, la probabilité que l'architecte initial utilise les prérogatives qu'il tient du de son droit moral est élevée. Il est donc tout à fait logique

---

575 Civ., 1re, 7 janv. 1992, n° 90-17.534; *Jurisdata*: 1992-000123; *RTD com*. 1992, p. 376, obs. André FRANÇON.

576 Civ. 1re, 11 juin 2009, n° 08-14.138 ; *Jurisdata* n° 2009-04869 ; Comm. com. électr. n° 9, sept. 2009, comm. 75, note C. Caron. Pour une application recente de cette solution v. Civ., 1re, 20 déc. 2017, n° 16-13.632 ; Légipresse 2018 p.65.

577 Christophe CARON « Droit moral de l'architecte versus droit de propriété », *Comm. com. électr*. n° 9, sept. 2009, *comm*. 75.

578 Com., 26 novembre 2003, n° 00-22605, « *Affaire TF1* » ; *Jurisdata* n° 2003-021075 ; *RTD.Com*. 2004, 458, obs. E. CLAUDEL.

de limiter ce pouvoir conformément à la théorie d'abus de droit consacrée dans l'affaire *Clément Bayard*[579].

405. Par ailleurs, les limitations de l'exercice du droit moral ne sont pas justifiées que par la défense d'intérêts d'ordre privé. Le droit administratif a très vite, au nom de la nécessité de service public et donc de l'intérêt général, imposé une limitation au droit moral de l'auteur sans pour autant aller jusqu'à la remise en cause de son existence. En ce sens, à propos de la modification apportée à l'orgue de chœur de la cathédrale de Strasbourg par une manufacture d'orgue à la demande du Conseil de fabrique de la cathédrale de Strasbourg, le Conseil d'Etat a estimé que « si en raison de la vocation d'un orgue installé dans un édifice destiné à accueillir des manifestations d'ordre cultuel ou artistique, le professionnel qui, en se conformant aux indications nées d'un marché public, a opéré la restructuration complète d'un tel instrument ne peut prétendre imposer au maître de l'ouvrage une intangibilité absolue de son œuvre ou de l'édifice qui l'accueille, ce dernier ne peut toutefois porter atteinte au droit de l'auteur de l'œuvre en apportant des modifications à l'ouvrage que dans la seule mesure où elles sont rendues strictement indispensables par des impératifs esthétiques, techniques ou de sécurité publique, légitimées par les nécessités du service public et notamment la destination de l'instrument ou de l'édifice ou son adaptation à des besoins nouveaux[580] ». La même solution a été rendue par le Conseil d'Etat à propos de la rénovation et l'agrandissement du stade de Nantes pour accueillir les matchs de la coupe du monde de football en 1998[581].

406. En d'autres termes, dans certaines circonstances, le droit moral de l'auteur se doit de sortir de son caractère très spécial afin de contribuer à la paix sociale. Etant donné que le but de tout droit de propriété « est d'apporter un avantage à la société,

---

[579] Req., 3 août 1915, 00-02.378.

[580] CE, 14 juin 1999, n° 181023, « *Conseil de la fabrique de la cathédrale de Strasbourg c/ Koening* » ; *JurisData* n° 1999-050818 ; *Comm. com. électr.* 1999, comm. 24, note Christophe CARON.

[581] En substance, le Conseil d'Etat a jugé que « si en raison de la vocation d'un stade, l'architecte qui l'a conçu ne peut prétendre imposer au maître de l'ouvrage une intangibilité absolue de son œuvre, ce dernier ne peut toutefois porter atteinte au droit de l'auteur de l'œuvre en apportant des modifications à l'ouvrage que dans la seule mesure où elles sont rendues strictement indispensables par des impératifs esthétiques, techniques ou de sécurité publique, légitimées par les nécessités du service public et notamment la destination de l'ouvrage ou son adaptation à des besoins nouveaux ». v. CE, 11 sept. 2006, n°265174, « *Agopyan* » ; *Jurisdata* n° 2006-07067.

d'entretenir la paix sociale, de parvenir au bonheur des associés[582] ». C'est d'ailleurs au nom de cette fonction, que dans le célèbre arrêt *Clément Bayard*[583], qui a jeté pour la première fois les bases de la notion d'abus de droit, il a été précisé que le comportement de tout propriétaire tendant à nuire à autrui doit être analysé comme abusif.

407. Toujours dans le même sens, dans l'affaire *Canal*, il a été jugé que le droit de suppression, de modification dont dispose un créateur ne doit pas être exercé « dans un but de vexation[584] ». Cela signifie que l'abus dans l'exercice du droit d'auteur peut revêtir la forme d'un détournement de finalité ou de fonction sociale. En ce sens, comme il a été souligné précédemment, il été jugé que, si « le droit de repentir et de retrait constituent des attributs du droit moral de l'auteur », leur utilisation par un auteur contre l'application d'un faible taux par son ancien l'employeur pour le calcul de ses redevances constitue un abus de droit et un détournement de leur finalité[585]». Comme le précise Monsieur Christophe Geiger, « la fonction sociale permet de mettre en perspective les droits individuels par rapport à d'autres droits concurrents et de rappeler que ces droits, s'inscrivant dans un ordre juridique, doivent toujours être confrontés à d'autres droits d'égale valeur ainsi qu'aux intérêts de la collectivité[586] ».

408. En résumé, le contrat de cession de droits d'auteur ne dessaisit pas l'auteur de toutes ses prérogatives. Au regard des différentes solutions jurisprudentielles rendues en la matière, la pratique démontre que l'auteur s'appuie souvent sur ses droits extrapatrimoniaux, en l'occurrence le droit moral, pour contraindre le cessionnaire à recueillir son consentement pour toute modification pouvant avoir une incidence sur les aspects patrimoniaux de l'œuvre.

409. Au regard de ces observations, on peut s'interroger sur la pertinence de la qualification de « cession » pour désigner les conventions portant sur l'œuvre de l'esprit en ce sens que la cession dont il s'agit ici n'est jamais translative de propriété, à la manière de la vente, de l'ensemble des droits attachés à l'œuvre de l'esprit.

---

[582] Scaboro ROMAIN, « Le droit de propriété, un droit absolument relatif », *Droit et Ville*, n° 76, 2013/2, p. 237-255 ; URL : https://www.cairn.info/revue-droit-et-ville-2013-2-page-237.htm
[583] Req., 3 août 1915, 00-02.378.
[584] Civ., 14 mai 1945, *aff. Canal* ; *D.* 1945, p.285, note Henri DESBOIS.
[585] Civ. 1re 14 mai 1991, n°89-21.701 ; *JurisData* n° 1991-001480.
[586] Christophe GEIGER, « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », *D.* 2010 p.510.

§2 : La licence, une qualification adaptée aux contrats en droit d'auteur

410. La notion de licence de droit d'auteur n'est pas expressément mentionnée dans le Code de la propriété intellectuelle. Quand le code utilise le terme « licence », le plus souvent c'est pour parler généralement des conventions portant sur des droits de propriété industrielle. Ainsi, on entend souvent parler de licence de brevet, de licence de dessin et modèle, de licence d'obtention végétale, *etc*. Il n'est dès lors pas exagéré de qualifier d'innommé le contrat de licence en matière de droit d'auteur.

411. Afin de mieux comprendre la place réservée au consentement de l'auteur dans le cadre de la licence, il est judicieux, dans un premier temps, de mettre l'accent sur les éléments de définition (A) avant de voir en quoi elle est plus respectueuse du consentement de l'auteur par rapport à la cession (B).

A : LA NOTION DE LICENCE EN DROIT D'AUTEUR

412. Etymologiquement, le mot licence dérive du latin *licentia* qui signifie autorisation ou encore permission. Ce sens originel perdure encore aujourd'hui dans la plupart des définitions consacrées à la notion. Très tôt, elle a été considérée comme un « contrat par lequel le titulaire d'un monopole d'exploitation concède à une personne en tout ou partie la jouissance de son droit d'exploitation[587] ».

413. D'une manière générale, les auteurs s'accordent pour dire que la licence est un « contrat par lequel le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle concède à une autre personne, physique ou morale, appelée licencié, le droit d'utiliser un objet protégé par un droit de propriété intellectuelle pendant un certain temps et de façon exclusive (licence exclusive) ou non (licence simple)[588]». En droit d'auteur, c'est à travers les logiciels que la notion a été introduite. Elle traduit la volonté du titulaire d'un logiciel d'interdire certaines utilisations de son programme au licencié. Plus précisément, la licence permet de « désigner l'autorisation donnée à un utilisateur de se servir du logiciel de telle ou telle manière (c'est-à-dire concrètement… pour lui interdire de s'en servir de telle ou telle manière)[589] ». Son admission dans la famille des contrats de propriété littéraire et artistique ne devrait pas poser de difficulté

[587] Paul ROUBIER, « Licences et exclusivités », *Ann. dt commercial*, 1936, p. 289 ; *Le droit de la propriété industrielle*, TII, Sirey, 1954, p. 286.
[588] Patick TAFFOREAU, *Petit lexique Droit de la propriété intellectuelle*, Gualino, 2016-2017, p. 14.
[589] Michel VIVANT, Jean-Michel BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins, op. cit*., n°871.

notamment du fait que les règles de définition du contenu des conventions en la matière confèrent un pouvoir d'interdiction large à l'auteur. En effet, l'auteur d'un logiciel peut en autoriser l'exploitation dans un périmètre donné, pour une durée déterminée et pour un objectif précis. Aussi, la licence ne permet pas à son bénéficiaire de se soustraire à l'obligation d'exploitation qui pèse sur tout exploitant d'une œuvre de l'esprit. Au même titre que le cessionnaire, le licencié est soumis à une obligation d'exploitation du logiciel[590]. C'est d'ailleurs par cette utilisation ouverte que le titulaire du programme arrive à améliorer son système en apportant des corrections au fil du temps. Cela traduit parfaitement l'idée qui consiste à dire que « la licence est une sorte de louage avec charge d'exploitation[591]». A ce titre, comme il sera développé dans les lignes qui suivent, elle se distingue du bail ordinaire tout en se rapprochant du bail commercial en ce sens qu'elle instaure pour l'essentiel un « droit d'usage du logiciel[592] » au profit du licencié.

414. Toujours dans le sens de la compréhension de la notion, il est important de souligner que son admission en droit d'auteur n'a pas été aisée. Outre le fait que le Code de la propriété intellectuelle ne l'évoque pas expressément, son champ d'application privilégié concerne les logiciels ou encore les progiciels comme évoqué précédemment. Or, la classification de ces créations au sein de la *summa divisio* de la propriété intellectuelle peut s'avérer délicate : relèvent-elles du droit d'auteur ou du droit de la propriété industrielle ? Il est impossible de donner une réponse convaincante permettant de clore le débat. Si la plupart des auteurs s'accordent pour retenir la qualification d'œuvre de l'esprit, les caractéristiques techniques qui entrent en compte dans l'élaboration de ces programmes n'excluent pas que soit retenue la qualification de création industrielle.

415. Cela dit, les auteurs ne sont pas unanimes pour faire entrer la licence au sein des conventions en matière d'exploitation des œuvres de l'esprit. Pour certains, « le seul mécanisme contractuel connu en propriété littéraire et artistique est donc la cession (L. 122-7, L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle) qui, paramétrée

---

[590] Article L. 132-12 Code de la propriété intellectuelle : « *L'éditeur est tenu d'assurer à l'œuvre une exploitation permanente et suivie et une diffusion commerciale, conformément aux usages de la profession* ».

[591] Michel VIVANT, Jean-Michel BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins, op. cit.*

[592] Franck DELAMER, Arnaud Van EECKHOUT, « Licence de logiciel : son régime juridique à l'épreuve de la pratique », *RDC*, n°3, 01/03/2004, p.817.

conformément aux exigences de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle, notamment en termes de durée, offre une précarité naturelle qui rend inutile le recours à la concession de licence[593] ». Il est évident que s'aligner sur cette ligne doctrinale en termes d'analyse reviendrait à retirer au droit d'auteur sa faculté d'adaptation dans le cadre de sa principale fonction de protection du consentement de l'auteur. Étant entendu que, comme on le verra, l'idée principale ~~ici~~ ne consiste pas à rechercher la différence entre cession au sens de la vente et licence au sens de louage de chose. L'idée est d'analyser au mieux les possibilités qu'offrent chacun de ces deux modèles contractuels, eu égard à la spécificité des œuvres de l'esprit, pour une protection plus aboutie du consentement et dans une certaine mesure, de la logique du droit d'auteur, c'est-à-dire la garantie de « l'effet retour ». A ce titre, le travail consistera à faire observer que son consentement serait mieux protégé dans le cadre de la licence que dans celui de la cession. La justification de cette position est simple : l'œuvre de l'esprit est une prolongation de la personne de son auteur ; la cession d'un droit d'auteur est le consentement donné par l'auteur à une autorisation d'exploitation révocable. En effet, le contrat de licence est de nature à permettre à l'auteur de fixer unilatéralement le contenu du contrat conformément à l'alinéa second de l'article 1110 du Code civil qui prévoit que « *le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties* ». Si déséquilibre il y a, ce sera en faveur de l'auteur en ce sens qu'il est supposé avoir eu le privilège de définir les droits dont il entend autoriser l'exploitation. Cela dit, si l'auteur a la qualité de professionnel, il risque de se voir appliquer l'article 1171 du Code civil qui prévoit dans son premier alinéa que, « *dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre*

[593] Frédéric SARDAIN, « La création contributive sur internet », *RLDI*, n°43, 1er, nov. 2008. Sur la même opinion, v. André FRANÇON, « La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur », *D.* 1976. 55 ou encore l'analyse du Pr. Philippe GAUDRAT (Philippe GAUDRAT « Les modèles d'exploitation du droit d'auteur », *RTD Com.* 2009 p. 323.) qui fait observer que « contrairement, à l'article L. 613-8 CPI qui prévoit expressément la possibilité de céder le brevet ou de concéder une licence, exclusive ou non, les articles L. 131-1 et suivants du CPI ne font jamais aucune référence à la licence. Bien au contraire, le chapitre 1er, consacré aux dispositions générales ne traite que de la cession, assortie d'un régime impératif. Et les chapitres suivants, consacrés aux différents contrats d'exploitation, renvoient implicitement ou explicitement aux dispositions de ce chapitre préliminaire. Le seul argument de texte, surabondamment exploité, est celui de l'article L. 132-18 CPI : à propos du contrat de représentation, il parle d'autorisation et non de cession : pour les tenants du modèle civiliste ce serait la preuve que le législateur a accrédité la licence à côté de la cession. Hypothèse impossible : ou bien elle impliquerait que la cession porte, symétriquement, sur la propriété, ou bien, la licence n'apporterait rien puisque l'économie de l'opération voulue par le législateur a déjà tous les traits d'une concession… ».

les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ». En ce sens, dans un arrêt de 2022, la Cour de cassation a jugé qu'il « ressort des travaux parlementaires de la loi du 20 avril 2018 ratifiant [l'ordonnance du 10 février 2016], que l'intention du législateur était que l'article 1171 du Code civil, qui régit le droit commun des contrats, sanctionne les clauses abusives dans les contrats ne relevant pas des dispositions spéciales des articles L. 442-6 du code de commerce et L. 212-1 du code de la consommation ». En conséquence, indique la Cour, l'article 1171 du Code civil, interprété à la lumière de ces travaux, s'applique donc aux contrats, même conclus entre producteurs, commerçants, industriels ou personnes immatriculées au répertoire des métiers, lorsqu'ils ne relèvent pas de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 24 avril 2019, applicable en la cause (…)[594] ». Enfin, en dehors du contrat d'adhésion, rien n'interdit que l'auteur et le licencié se retrouvent pour discuter du contenu de la concession.

416. Par ailleurs, il existe plusieurs autres arguments sur la distinction entre cession et licence. Le premier consiste à soutenir que la cession permettrait un transfert définitif des droits d'auteur, sous réserve bien sûr du respect de la prohibition des engagements perpétuels. Mais cet argument se heurte au principe de la liberté contractuelle qui permet aux parties de décider de la durée qu'elles souhaitent donner à leur engagement. Cette durée peut ne pas être égale à celle du monopole du droit d'auteur. Deuxièmement, on peut estimer que la cession est soumise au respect strict de l'exigence de l'article L. 131-3 du Code la priorité intellectuelle, tandis que la licence pourrait se passer de certains des aspects de cette disposition. Cette argumentation pourrait laisser penser que dans le cadre de la licence, les parties ne sont pas tenues de spécifier les droits sur lesquelles elles se sont entendues. Cette argumentation est erronée, en ce sens que la disposition précitée est une disposition impérative.

417. Troisièmement, on peut être tenté de soutenir que seule la cession, contrairement à la licence, permet un dessaisissement définitif du support matériel de l'œuvre. Cette opinion peut tout à fait être entendue. Seulement, cet état de fait ne signifie pas dessaisissement définitif des droits cédés. L'incidence de cette situation est uniquement de nature à limiter ou à perturber l'exercice par l'auteur de ses prérogatives. Par exemple, la cession d'une œuvre d'art plastique suppose un

[594] Com. 26 janv. 2022, n° 20-16.782; *D.* 2022 p.539, obs. Sandrine TISSEYRE.

dessaisissement définitif du support matériel. Dès lors, l'auteur ne peut plus accéder à l'œuvre pour la modifier sans l'assentiment du propriétaire du support matériel. En ce sens, un arrêt de 2018[595] de la Cour de cassation, permet d'illustrer ce cas de figure. En l'espèce, un barman a réalisé une décoration sur des panneaux de bois qui ont été apposés sur la vitrine de l'établissement qui l'emploie. A la suite d'un litige lié à son licenciement, le barman est venu taguer une représentation figurative de sexes masculins sur les deux panneaux. Son ex-employeur a, par la suite, porté plainte pour dégradation sur le fondement de l'article 322-1 alinéa 2 du Code pénal qui prévoit que « *le fait de tracer des inscriptions, des signes ou des dessins, sans autorisation préalable, sur les façades, les véhicules, les voies publiques ou le mobilier urbain est puni de 3750 euros d'amende et d'une peine de travail d'intérêt général lorsqu'il n'en est résulté qu'un dommage léger* ». Les motivations de la Cour d'appel de Lyon dont la décision est censurée, sont intéressantes. En effet, selon les juges lyonnais, l'infraction reprochée au barman n'était pas caractérisée en ce sens que les tags réalisés l'ont été sur ses propres œuvres qui, par ailleurs, n'ont fait l'objet d'aucun contrat de cession de droits d'auteur. Pour les juges du fond, le barman « étant titulaire de l'ensemble des droits patrimoniaux et moraux sur son œuvre graphique, il pouvait la modifier sans autorisation préalable de son employeur ; qu'il en résulte qu'en l'absence d'un de ses éléments constitutifs, le défaut d'autorisation, l'infraction n'est pas constituée et le prévenu doit être renvoyé des fins de la poursuite ». Pourtant, c'est pour manque de justification que l'arrêt est cassé par la Cour de cassation qui souligne que la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de la constatation faite par elle sur le fait que le barman « n'avait pas sollicité l'autorisation du propriétaire de l'établissement pour apposer de nouveaux éléments graphiques sur les panneaux de bois de la façade ». A noter que cette solution semble conforme au second alinéa de l'article L. 111-3 du Code de la propriété intellectuelle qui prévoit *in fine* que l'auteur ou ses ayants droit, ne peut « *exiger du propriétaire de l'objet matériel la mise à leur disposition de cet objet pour l'exercice [des droits d'auteur]. Néanmoins, en cas d'abus notoire du propriétaire empêchant l'exercice du droit de divulgation, le tribunal judiciaire peut prendre toute mesure appropriée, conformément aux dispositions de l'article L. 121-3* ». Par ailleurs, la solution démontre qu'outre l'hypothèse d'une cession en bonne et due forme, même la détention du support matériel par un tiers

[595] Crim. 20 juin 2018, n° 17-86.402, *Les Valseuses. Légipresse* 2018, p. 605.

sans droit, ni titre, est de nature à limiter l'exercice par l'auteur de ses prérogatives sur son œuvre. En résumé, la solution illustre ici un fait : la prééminence du droit de propriété corporelle au sens de l'article 544 du Code civil sur le droit de propriété incorporelle de l'auteur lorsque ce dernier se trouve dessaisi du support matériel de son œuvre. Comme le souligne un commentateur de la solution rapportée, « la distinction entre la propriété corporelle et la propriété incorporelle, que pose l'article L. 111-1, alinéa 3 fait que l'artiste qui a cédé le support corporel peut encore imposer le respect de l'intégrité de l'œuvre et son droit de paternité sur le fondement de l'article L. 121-1 mais ne peut, en principe, plus modifier l'œuvre et le corpus sans l'accord du propriétaire. En l'espèce, les dessins ajoutés portaient doublement atteinte au droit de propriété corporelle (C. civ., art. 544) du propriétaire du bar : d'une part, en modifiant les panneaux illustrés qui lui appartenaient ; d'autre part, en modifiant la façade de l'établissement sur laquelle ils étaient apposés[596] ». Dans la même logique que l'arrêt rapporté, il a été jugé que si le propriétaire du support matériel de l'œuvre était tenu d'une obligation d'entretenir l'œuvre, « cette obligation d'entretien de l'œuvre ne peut être étendue à une obligation de la faire entretenir par l'auteur lui-même, ni même sous son nécessaire contrôle ». Dans cette espèce, le sieur Genovesio, artiste plasticien et restaurateur de peintures, a restauré des fresques d'un mur de la salle des guichets de la Gare de Lyon à Paris au cours des années 1980-1981. L'œuvre ayant été restaurée sous sa direction, elle a été qualifiée d'œuvre collective par les juges. En 2018, la SNCF voulant effectuer des travaux de restauration sur les mêmes fresques, son auteur a fait valoir son droit moral et opposé être le seul à avoir les compétences et surtout le droit d'effectuer les travaux. La Cour d'appel de Paris refuse cette argumentation et précise que « la SNCF n'avait aucune obligation, ni légale, ni contractuelle, de recourir à M. Genovesio, même reconnu investi des droits d'auteur sur l'oeuvre collective litigieuse, de recourir à ses services ni pour avis, ni pour exécuter les travaux de réfection nécessaires sur l'œuvre[597] ». Cette solution illustre parfaitement le fait que la propriété du support matériel est indépendante de l'œuvre de l'esprit. Elle témoigne aussi du fait que la cession peut permettre un dessaisissement définitif de l'auteur du support matériel de son œuvre. En l'occurrence, la SNCF demeure propriétaire du support matériel des fresques, mais gardienne de la préservation de l'intégrité de l'œuvre. Dans

[596] Frédéric POLLAUD-DULIAN, « « Tags » ajoutés à l'œuvre par l'auteur : à malin, malin et demi », *RTD com*. 2018, p. 676.
[597] Paris, 4 mars 2022, n° 20/13051; *JurisData* n° 2022-003701; *Dalloz IP/IT*, 2022. 507 ; obs. Philippe MOURON.

ce sens, il a par exemple été jugé que l'acquéreur d'un immeuble avait, au-delà de l'obligation de respecter le droit moral des auteurs, une obligation de conservation et d'entretien de la fresque[598] » qui était fixée au mur.

418. Ainsi, l'argument qui repose sur le dessaisissement de l'auteur du support matériel pour marquer la distinction entre cession et licence serait justifié par les oppositions entre, d'une part des droits sur le support matériel, et d'autre part sur les droits immatériels de l'auteur. En matière de licence, en suivant cette logique, il n'y aurait pas de transfert de support matériel mais uniquement de transfert de l'œuvre accompagnée des droits immatériels. Mais, cette manière de voir les choses se heurte à plusieurs limites : premièrement, il existe des licences en droit d'auteur qui ne sont transmises qu'avec le support matériel. On pense logiquement aux logiciels qui étaient fournis sur des *CD-ROM*, même si aujourd'hui, avec le progrès de la technologie, on assiste à la démocratisation du contrat dit logiciel *SaaS* qui est une solution logicielle hébergée dans le Cloud (en effet, à travers ce mécanisme, le licencié n'a plus accès au logiciel depuis un support physique, mais à partir d'un site d'hébergement contrôlé par l'éditeur via une clé de téléchargement). Deuxièmement, les actes effectués par les tiers sur le support de l'œuvre ne peuvent avoir de conséquences réelles sur l'œuvre. En ce sens par exemple, il été jugé que « le droit de rétention fondé sur la détention matérielle par un créancier, d'une chose appartenant à son débiteur dont ce dernier reste propriétaire, oblige le détenteur à ne pas user de la chose et à en prendre soin. La rétention, lorsqu'elle porte sur une œuvre d'art, ne peut donc en elle-même constituer une atteinte au respect dû à cette œuvre. Ainsi, rien ne s'oppose à ce que les cartons et calques confiés par un artiste à un lissier pour l'exécution d'une tapisserie fassent l'objet du droit de rétention invoqué par ce lissier[599] ».

419. L'un des seuls arguments les plus convaincants est peut-être le fait qu'en matière de cession, le cessionnaire peut disposer du droit de céder les droits dont il est investi à un sous-cessionnaire. Cela dit, encore une fois, tout est une question de liberté contractuelle. Etant donné que rien ne peut empêcher les parties, dans le cadre d'une concession de licence, d'autoriser le licencié à conclure des contrats de sous-licence. Dans cette hypothèse, les conditions et les modalités de la sous-licence (durée,

[598] Douai, 30 mai 2024, n° 22/01806 ; *Dalloz Actualité* 21 juin 2024, note Matthieu BERGUIG.
[599] Civ. 1re, 4 juin 1971, n° 69-14.278 ; Dans le même sens, il été jugé que « l'existence de droits incorporels sur les ouvrages n'exclut pas l'existence d'un droit de propriété sur les objets matériels ».

rémunération, étendue des droits *etc.*) seront préalablement définies entre le concédant et le licencié. En ce sens, le Professeur Jean-Marie Pardessus soulignait à juste titre à propos du contrat d'édition que « la vente d'un manuscrit sans aucune réserve, ne donne pas à l'acheteur le droit d'en disposer de la manière la plus absolue, par exemple de le changer, refondre, augmenter par des intercalations ou réduire par des suppressions. L'éditeur n'est en réalité qu'un usufruitier qui doit jouir en conservant la substance de la chose. Il ne peut donc la détruire ou se dispenser de la publier par voie d'impression[600] ». Pour lui, « la possession d'un manuscrit n'établit jamais, au profit de celui qui le détient, une présomption contre l'auteur, ses héritiers ou ayants cause, qui dispense le possesseur de prouver qu'il a acheté le droit de le publier (…), le simple détenteur doit prouver que l'auteur ou les ayants droits l'ont autorisé à le publier[601] ». Cette analyse rejoint parfaitement notre point de vue, qu'il s'agisse de la cession ou de la licence, l'auteur demeure par principe le maître incontesté de son œuvre indépendamment du transfert définitif ou non du support matériel. Etant donné que c'est uniquement une autorisation d'exploitation qu'il concède, la qualification de licence permet de mieux rendre compte de cette réalité. La cession, au sens latin du terme (*cedere*) signifie « s'en aller ». Autrement dit, c'est l'action de céder quelque chose de manière définitive, sans possibilité de retour. Or, ceci est en totale contradiction avec le principe du droit d'auteur qui attache une importance particulière au caractère définitif de la propriété de l'auteur sur son œuvre, notamment à travers « l'effet retour ». L'auteur ne cède pas en réalité son œuvre, il « ne cède que les profits utiles que l'on peut retirer, pécuniairement parlant, de son œuvre, il ne cède que ceux que peut procurer une jouissance normale[602] ». Comme le résume parfaitement Monsieur Roger Chartier en parlant du droit de propriété de l'auteur sur son œuvre, « une telle propriété a un caractère tout à fait particulier puisque, étant inaliénable, elle demeure indisponible, intransmissible, et celui qui l'acquiert (par exemple un libraire) ne peut en être que l'usufruitier ou le représentant, obligé par toute une série de contraintes – ainsi la limitation du tirage de chaque édition ou le paiement d'un droit pour toute réédition[603] ».

---

[600] Jean-Marie PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, Tome1, 6e éd., Henri Plon, 1856, n°310.
[601] *Ibid.*, p. 395.
[602] Jean-Marie Pardessus, *Cours de droit commercial*, *op. cit.* p. 258.
[603] Roger CHARTIER, « La mort du livre ? », *Communication & langages*, n° 159, mars 2009, p. 57 à 65.

420. En résumé, les pouvoirs d'autorisation et d'interdiction allant de pair, la volonté réelle de l'auteur est de ne pas être dépossédé de son œuvre. Cette possibilité en termes de qualification n'est offerte que par la licence qui abrite en son sein un véritable « effet retour » de l'œuvre dans le patrimoine de son auteur. Ce retour envisagé dès le départ est fondé sur le caractère incessible du droit moral de l'auteur. De ce fait, la durée relativement courte observée en matière de licence de droit d'auteur est respectueuse de ce principe. Sous cet angle, notre point de vue se trouve aux antipodes de celui d'une doctrine qui soutient par exemple que « l'introduction de la licence fait complètement éclater la propriété ; elle en rend le modèle non constructible, non justifiable ; elle fragilise le droit moral. Poussée à son terme, elle permet une expropriation économique du créateur[604] ». Il est difficile de voir en quoi la licence, dont le régime juridique est assimilé au contrat de bail, peut conduire à une « expropriation économique de l'auteur ». Aussi, comme il a été souligné dans la section précédente, le droit moral confère un pouvoir à l'auteur que l'on peut qualifier de coercitif vis-à-vis du cessionnaire. Ce pouvoir, n'a d'autre limite que le mécanisme de l'abus de droit, et a vocation à s'appliquer pleinement dans le cadre de la licence.

421. La notion de cession en droit d'auteur englobe dès lors une autre signification que celle qui consiste à l'assimiler au contrat de vente. En ce sens que ce n'est pas le bien intellectuel en tant que tel qui est cédé mais les droits d'exploitation qui y sont attachés. Et l'utilisation de ces droits par le cessionnaire ne signifie pas qu'il y a eu transfert de propriété pleine et entière entre lui et l'auteur comme c'est le cas entre le vendeur et l'acheteur dans le cadre d'une vente classique. Le fait que le législateur ait préféré le terme de « *cession* » à celui de licence doit être compris comme la possibilité d'effectuer des opérations juridiques sur l'œuvre. En d'autres termes, « dire que l'œuvre est cessible signifierait *lato sensu* qu'elle peut être l'objet de contrats[605] ». En tant que contrat garantissant un véritable effet retour de l'œuvre dans le patrimoine de son auteur, la licence demeure la qualification juridique la mieux indiquée. Sa réception en droit de la propriété littéraire et artistique s'explique par sa souplesse étant donné qu'elle donne plus de latitude à l'auteur. Cela dit, la particularité de son régime juridique ne la distingue pas radicalement du contrat de louage de chose.

[604] Philippe GAUDRAT « Les modèles d'exploitation du droit d'auteur », *op. cit.*
[605] Alexis BOISSON, « Cession et licence en droit d'auteur », *Légicom*, 2014, p.59.

422. Des contrats à exécution successive. En matière de qualification, qu'ils soient courts ou longs en termes de durée, la plupart des contrats en droit de la propriété littéraire et artistique peuvent correspondre à la caractéristique des contrats à exécution successive. Le choix de cette qualification se justifie par le fait que les conventions de ce genre offrent plus de garanties en matière de respect du consentement de l'auteur. L'autorisation de ce dernier étant sollicitée à chaque fois que son cocontractant envisage des actions sur l'œuvre en dehors de ses prérogatives. Ainsi le principe du consentement demeure au centre des rapports entre les parties pendant toute la durée du contrat. Il faut souligner le fait que dans les contrats à exécution successive, il n'est pas exigé que les deux parties aient chacune des obligations qui s'échelonnent dans le temps. Sur ce point, le second alinéa de l'article 1111-1 du Code civil prévoit que « *le contrat à exécution successive est celui dont les obligations d'au moins une partie s'exécutent en plusieurs prestations échelonnées dans le temps* ». En général, l'auteur n'est tenu que d'une obligation de délivrance et de garantie d'éviction des autorisations accordées. Ceci est particulièrement vrai lorsque ces autorisations sont accordées à titre exclusif. Quant à son cocontractant, ce dernier doit en permanence veiller au respect strict des droits cédés et payer les redevances prévues[606]. Il doit aussi constamment assurer le respect des droits moraux de l'auteur, notamment celui dû à l'intégrité de l'œuvre.

423. Dans le même ordre d'idées, la particularité des œuvres de l'esprit, objets de ces contrats, fait qu'il est impossible que les parties puissent exécuter en une seule prestation leurs obligations réciproques comme l'exige l'article 1111-1 alinéa 1er du Code civil à propos des contrats à exécution instantanée. Alors que de son côté, le contrat à exécution successive traduit mieux l'idée du législateur sur la manière dont sont abordés les rapports entre l'auteur et son cocontractant. Pour le législateur, ces rapports n'ont pas vocation à cesser immédiatement après l'échange des consentements ou la remise de la chose, c'est-à-dire l'œuvre de l'esprit objet du contrat. Ils doivent perdurer au moins pour la durée du contrat.

424. A ce propos, si la vente comprend de nombreux contrats à exécution instantanée, le contrat de cession en droit d'auteur ne donne pas une telle possibilité

[606] En effet, en principe, le paiement des droits se fait de manière proportionnelle. Selon l'alinéa 1er de l'art L. 131-4 du Code de la propriété intellectuelle, la cession doit « *comporter au profit de l'auteur une rémunération appropriée et proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation* ».

aux parties bien qu'il soit assimilé à la vente. En effet, l'essence des contrats de propriété littéraire et artistique les placent parmi la catégorie des contrats à exécution successive. Partant de cette analyse, la logique voudrait que la qualification de licence soit retenue en ce sens qu'elle est par nature à exécution successive. Pour rappel, les auteurs s'accordent pour définir le contrat à exécution successive comme un « contrat comportant l'exécution d'obligations s'échelonnant dans le temps, au moins pour l'une des parties, soit que les prestations se répètent, soit qu'il existe entre les parties un rapport continu d'obligation[607]». En droit d'auteur, c'est la particularité des œuvres de l'esprit qui commande à ce que les parties entretiennent des relations contractuelles continues. Aussi, le choix de la licence en droit d'auteur, du point de vue pratique, consiste, pour emprunter la formule de Jacques Raynard et Jean-Baptiste Seube, à « satisfaire les besoins d'un consommateur « cigale » trop endetté ou « fourmi » trop parcimonieux pour acquérir la propriété » d'un bien intellectuel incorporel dont il sait qu'il ne sera jamais propriétaire de manière absolue même en cas de cession dans laquelle il ne bénéficie que d'une « liberté surveillée[608] ».

425. Par ailleurs, la notion « d'autorisation » retrouve tout son sens avec la licence. Le principe de la liberté contractuelle aidant, les parties devraient être en mesure de choisir la licence comme mode d'exploitation des œuvres de l'esprit surtout si ce choix rend mieux compte de la réalité. Sur ce point, il est important de préciser ~~tout de même~~ que cette liberté, même dans le cadre de la licence, peut être limitée par le fait que le droit de la propreté littéraire et artistique est extrêmement pointilleux en termes d'encadrement des clauses contractuelles. Aussi, il convient de ne pas confondre les limitations imposées par la loi quant à la protection du consentement de l'auteur et la liberté de choix du mode d'exploitation. Sur cette question, le « cadre impératif ne laisse guère de place au contrat en tant qu'il permettrait d'aménager la portée de cette protection[609]». Par le biais de la licence, le titulaire d'un droit ou d'un bien ne transmet pas indéfiniment ses prérogatives, il n'accorde que « des autorisations partielles ou

[607] Serge Guinchard, Thierry DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*
[608] Piatek DARIUSZ, « Le droit d'auteur, constitue-t-il un système clos et autosuffisant ? Pour une redéfinition de « l'équilibre interne » », *op. cit.*
[609] Jérôme PASSA, « Incidence de la liberté contractuelle sur l'existence et la portée des droits de propriété intellectuelle ? », *RDC*, 4 déc. 2020, p.144.

ponctuelles[610] ». Dès lors, l'idée de durée limitée se trouve intimement liée à la notion d'autorisation.

426. Aussi, la notion reconnait un droit prépondérant au bénéfice de l'auteur. En ce sens que celui qui dispose du droit d'autoriser dispose également du pouvoir d'interdiction ou de limitation. Cette analyse permet une fois encore de conforter le point de vue qui consiste à faire de la licence la figure contractuelle qui répond le mieux au questionnement des conventions en droit de la propriété littéraire et artistique en termes de qualification en ce sens qu'elle est tout à fait compatible avec la notion d'autorisation qui se trouve être le thème central dans tous les principaux contrats qui traitent des droits d'auteur. Ainsi, à propos du contrat d'édition (considéré pourtant comme une vente par certains auteurs note de bas de page), l'alinéa 2 de l'article L. 132-11 du Code de la propriété intellectuelle précise que l'éditeur ne peut apporter aucune modification sur l'œuvre « *sans autorisation écrite de l'auteur* ». Aussi, dans le cadre du contrat de représentation, la notion d'autorisation est préférée. L'article L. 132-18 du même code définit ce contrat comme étant « *celui par lequel l'auteur d'une œuvre de l'esprit et ses ayants droit autorisent une personne physique ou morale à représenter ladite œuvre à des conditions qu'ils déterminent* ». Et même en matière de droit voisin du droit d'auteur, l'article L. 212-3 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « *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* ». Ces remarques, non exhaustives, permettent néanmoins de recentrer l'analyse sur la distinction entre consentement et autorisation, étant donné que la notion d'autorisation est plus compatible avec la notion de licence.

427. Consentement et autorisation. Si tout acte autorisé par l'auteur est un acte de consentement, tout acte consenti n'est pas forcément un acte d'autorisation. En effet, comme il a été précisé précédemment, le consentement signifie « l'acquiescement de la volonté donné librement et d'une façon éclairée[611]». Il consiste dans « l'acceptation par une partie de la proposition faite par l'autre[612] ». Cela aboutit

[610] Jérôme PASSA, « Incidence de la liberté contractuelle sur l'existence et la portée des droits de propriété intellectuelle ? », *op. cit*., p.143.
[611] Dominique PAGE, *Petit dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Fides, 1975, p. 26.
[612] Serge GUINCHARD, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2024-2025.

généralement à la création d'un acte juridique. Toutes ces définitions montrent « qu'il y a dans la notion de consentement un aspect de réciprocité ». Ce qui n'est pas le cas de l'autorisation.

428. La notion d'autorisation, dans un sens général est « la permission accordée par une autorité qualifiée (juge, parents, administration) à une personne d'accomplir un acte juridique que celle-ci ne pourrait normalement faire seule, soit en raison d'une incapacité d'exercice, soit en raison des limites de ses pouvoirs ordinaires ou de sa compétence[613] ». Autrement dit, si elle est accordée, l'autorisation étend les pouvoirs de celui qui en fait la demande sur un ou des sujets donnés. La notion est perçue comme la « permission donnée à une personne de capacité juridique réduite de poser un acte juridique qu'elle ne pourrait pas poser, sans l'obtention préalable de ladite permission[614] ». En ce sens, la notion va de pair avec celle de refus, ce qui empêche la réalisation de l'acte demandé. Comme le souligne le doyen Louis Josserand, l'autorisation « implique, pour l'autorité compétente, un pouvoir d'appréciation pouvant se manifester par un refus[615] ». La notion, de ce point de vue, est synonyme d'autorité. Seule une personne habilitée peut donner une autorisation ou un refus. Ainsi par exemple, le mineur pour se marier doit obtenir l'autorisation au moins de l'un de ses parents conformément à l'article 148 du Code civil[616]. De même, malgré le fait que les congés payés constituent un droit, le salarié ne peut poser ses congés selon son bon vouloir. Il doit solliciter l'autorisation de son employeur auparavant.

429. L'extrapolation de cette logique en droit d'auteur ne pourra être considérée comme une exagération, notamment au regard des importantes prérogatives que l'auteur tient du législateur. Concrètement, au sens strict, le consentement qu'exprime

---

[613] Gerard CORNU, *Vocabulaire Juridique*, PUF, p. 106, 2020.

[614] Dominique PAGE, *op. cit*. p. 26.

[615] Louis Josserand, *Cours de droit civil positif français. 1. Théorie générale du droit et des droits. Les personnes. La famille. La propriété et les autres droits réels principaux*, 3e éd., Recueil Sirey, 1938, p. 136.

[616] Selon l'article 148 du Code civil, « les mineurs ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère ; en cas de dissentiment entre le père et la mère, ce partage emporte consentement ». Il est vrai que le législateur utilise l'expression « consentement des parents », mais en réalité ce sont les futurs époux qui consentent au mariage. Etant donné que le refus de l'un des futurs époux suffit à ce que le mariage ne voit jamais le jour tandis que celui des parents peut être surmonter, notamment en cas d'abus. En ce sens d'ailleurs, il a été jugé que comme il a été jugé qu'il y a « exercice abusif d'un droit et manœuvre déloyale de la part d'un père de famille qui, après avoir promis son consentent au mariage de son enfant, le refuse sans raison légitime ». V. Lyon, 23 janv. 1907 : *D.* 1908. 2. 73 (3e esp.), note Louis JOSSERAND.

en premier l'auteur porte sur l'exploitation de son œuvre. Les modalités de son exploitation se définissent par des autorisations ponctuelles. En ce sens, selon l'article L. 131-3 du Code la propriété intellectuelle, « *la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée* ». Cette disposition signifie que l'auteur peut donner son consentement à l'exploitation de son œuvre tout en en limitant l'étendue. Par exemple, l'auteur d'une œuvre littéraire peut consentir à son exploitation uniquement sous format physique. Toute exploitation numérique ou adaptation cinématographique doit nécessiter une autorisation expresse de l'auteur. Dans le même sens, en matière de contrat d'édition, l'alinéa 1er de l'article L. 132-16 du Code de la propriété intellectuelle indique que « *l'éditeur ne peut transmettre, à titre gratuit ou onéreux, ou par voie d'apport en société, le bénéfice du contrat d'édition à des tiers, indépendamment de son fonds de commerce, sans avoir préalablement obtenu l'autorisation de l'auteur*[617] ». Toute absence d'autorisation de l'auteur peut justifier la résolution du contrat[618]. Dans le même temps, si l'autorisation de cession du contrat d'édition peut être donnée par le biais d'une clause contractuelle[619], il est impossible pour l'auteur de renoncer à son droit d'autorisation. En ce sens, il a été jugé que « la clause d'un contrat d'édition par laquelle l'auteur d'un ouvrage réserve la faculté à l'éditeur de transférer à des tiers les droits cédés par ledit contrat est nulle. En effet, l'auteur, seul juge du respect de ses droits moraux et patrimoniaux, ne peut renoncer à la protection que lui assure l'art. L. 132-16 en autorisant, lors de la signature d'un contrat d'édition et de façon générale, la cession du bénéfice du contrat au profit du cessionnaire dont le choix incomberait exclusivement à l'éditeur, sans aucun contrôle de sa part. Les dispositions de l'art. L.

---

[617] La même règle est prévue pour les contrats de représentations. A ce propos, le dernier alinéa de l'article L. 132-19 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que « *l'entrepreneur de spectacles ne peut transférer le bénéfice de son contrat sans l'assentiment formel et donné par écrit de l'auteur ou de son représentant* ».

[618] En ce sens, il été jugé que « la cession d'un contrat d'édition réalisée sans l'autorisation de l'auteur ne lui est pas opposable et le contrat d'édition peut être résolu sur le fondement de l'art. 1184 du Code civil anciennement (article 1217 à 1228 nouveaux). V. TGI Paris, 22 mai 1987. *Cah. dr. auteur*, janv. 1988, p. 13. Cela dit, la nullité éventuelle de la sous-cession n'est pas insusceptible de confirmation au sens de l'article 1182 du Code civil. Il par exemple été jugé que des « auteurs pouvaient renoncer à se prévaloir de cette nullité en ratifiant la cession de leurs contrats ». V. Civil. 1re, 24 mai 2017, 16-10.898 ; *JurisData* n° 2017-010355.

[619] Civ. 1re, 19 déc. 2013, n° 12-28.912 ; *RTD com*. 2014, 118, obs. Frédéric POLLAUD-DULIAN.

132-16, ayant pour but la protection des intérêts pécuniaires et moraux de l'auteur, sont impératives : toute clause contraire doit être réputée non écrite[620] ». En faisant une analyse de cette solution, on observe que le droit d'autorisation de l'auteur ressemble à une charge ministérielle, c'est-à-dire à « une mission officielle comportant pouvoir et devoir d'agir[621] ». De ce point de vue, le droit d'autorisation de l'auteur n'est pas uniquement un droit, il est un devoir. Le devoir de ne pas permettre la violation des règles protectrices de son consentement.

430. Aussi, investi de son pouvoir d'autorisation, l'auteur peut, malgré le contrat de cession auquel il a consenti, refuser d'autoriser toute nouvelle forme d'exploitation. En cela, son absence d'autorisation expresse vaut refus. Il a par exemple été jugé que « les contrats devant être interprétés de façon restrictive, l'autorisation donnée en vue d'une adaptation d'une pièce de théâtre à l'opéra ne peut être considérée comme valant aussi cession des droits d'adaptation cinématographique[622] ». Dans le même ordre d'idées, l'auteur tient son pouvoir d'autorisation du caractère exclusif et opposable à tous de ses droits[623].

431. Par ailleurs, si *ab initio* l'auteur donne son consentement au contrat de cession de droit d'auteur, toute sollicitation de son consentement ultérieur constitue une demande d'autorisation. Dans la même logique, le cessionnaire ne consent pas, au sens strict, de droit d'auteur au sous-cessionnaire. Il donne une autorisation, qui peut prendre la forme d'une licence, en ce sens que l'étendue de ses droits est déterminée par l'auteur dès le contrat initial. Aussi, les organismes de gestion collective, dans leurs rapports avec les tiers, ne consentent pas de cession de droits d'auteur. Elles accordent des autorisations d'utilisation de l'œuvre sous forme de licence. Ceci est particulièrement vrai à propos des organismes de gestion des œuvres indisponibles. Par exemple, selon l'article L. 134-3, I, « *lorsqu'un livre est inscrit dans la base de données mentionnée à l'article L. 134-2 depuis plus de six mois, le droit d'autoriser sa reproduction et sa représentation sous une forme numérique est exercé au nom des titulaires de droits par un organisme de gestion collective* (…) ». C'est la même expression qui est utilisée à propos des pouvoirs de ces organismes en matière de

[620] TGI Paris, 7 nov. 1988 ; *Cah. dr. auteur*, févr. 1989, p. 9.
[621] Gerard CORNU, *Vocabulaire Juridique*, PUF, 2020, p. 164.
[622] Civ. 22 juin 1959 : *D.* 1960, p. 129, note Henri DESBOIS.
[623] Article L. 111-1 Code de la propriété intellectuelle : « *L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous* ».

gestion des télédiffusions des œuvres[624]. D'ailleurs, le législateur utilise souvent le terme autorisation à chaque fois qu'il est question des pouvoirs reconnus à ces organismes.

432. L'autre argument qui montre qu'il existe une nette différence entre les termes de consentement et d'autorisation réside dans la fréquence de leur utilisation. Dans la partie consacrée à la propriété littéraire et artistique du Code de la propriété intellectuelle, le terme « autorisation » y est répertorié soixante-treize fois, tandis que celui du « consentement » n'est mentionné que neuf fois. Le terme « autorisation » y est donc plus récurrent que celui de « consentement ». Même si, en pratique, c'est l'expression « consentement de l'auteur » qui est la plus couramment usitée chaque fois qu'il s'agit de l'exploitation des droits d'auteur, les biens de la propriété littéraire et artistique ayant vocation à revenir dans le patrimoine de l'auteur, l'utilisation du terme autorisation est de ce fait plus appropriée que celle de consentement qui traduit l'idée de vente au sens strict.

433. Bail ou louage de chose. Toujours en matière de qualification, comme évoqué précédemment, la licence est une notion proche du contrat de bail ou de louage de chose. A cet effet, l'article 1709 du Code civil dispose que « *le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer* ». Si dans l'imaginaire collectif le contrat de bail ne porte que sur les biens de nature immobilière, telle n'est pas la lecture que l'on peut faire de la législation en vigueur en la matière. D'abord, l'article 1713 du Code civil dispose qu'on « *peut louer toutes sortes de biens meubles ou immeubles* ». Ensuite, la jurisprudence juge constamment qu'il « résulte du rapprochement des articles 1709, 1711 et 1713 du Code civil que les règles générales applicables au louage de biens immeubles le sont également au louage de biens meubles, autant qu'elles sont compatibles avec la nature des choses[625] ». Ainsi, « la licence, ou concession d'exploitation, de brevet, marque ou droit d'auteur n'est autre que la location d'une invention, d'un signe ou d'une œuvre

[624] Par exemple, l'article L. 132-20-1, I précise que « *le droit d'autoriser la retransmission par câble, simultanée, intégrale et sans changement, sur le territoire national, d'une œuvre télédiffusée à partir du territoire national ou du territoire d'un autre Etat membre de l'Union européenne ne peut être exercé que par un organisme de gestion collective* (...) ».

[625] Civ., 1re, 22 juill. 1968 ; *D.* 1968, p. 622 ; V. également très tôt dans le même sens : Civ. 18 aout 1882, DP 1883, I, p. 213.

appropriée selon chacune de ces techniques de propriété intellectuelle. En effet, ces dernières formules reproduisent les prestations caractéristiques, et réciproques, décisives dans l'opération de qualification de bail, laquelle reste indifférente aux spécificités du bien[626] ». Comme pour le contrat de bail, la « licence n'opère aucun transfert de propriété et s'apparente à un contrat de bail dont l'objet est simplement un bien meuble incorporel[627] ». Cette analyse permet d'ailleurs d'observer qu'il est impossible de parvenir à une autonomisation de la discipline du droit d'auteur. Pour construire leur régime juridique, les techniques contractuelles en la matière ont besoin d'emprunter aux modèles existants en droit commun. Admettre le contraire relèverait de l'utopie en ce sens que « l'approche isolationniste, loin de légitimer la matière, la transformerait inexorablement en une illustration du phénomène d'inflation législative, nourrie par une vision archaïque du système normatif[628] ».

434. Dans le même ordre d'idées, la licence de droit d'auteur, en ce sens qu'elle porte sur un bien incorporel, peut être comparable au contrat de location-gérance que l'article L. 144-1 du Code du commerce définit comme étant le contrat par lequel le propriétaire d'un fonds de commerce « *en concède totalement ou partiellement la location à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls* ». Cela dit, dans ce cadre, le gérant dispose d'une plus grande autonomie par rapport au cessionnaire de droits d'auteur. Par ailleurs, la licence est soumise aux règles spécifiques du Code de la propriété littéraire et artistique au moment de la conclusion du contrat, pendant l'exécution ou encore en cas de litige. Dans cette logique, on peut soutenir que « les contrats de licence, ou concession, de brevet d'invention, de marque, de droit d'auteur, dessins et modèles caractérisent encore des louages de savoir-faire et informations appropriés, c'est-à-dire objets d'un droit de propriété intellectuelle dont le régime relève de règles spéciales posées par le Code de la propriété intellectuelle, sur fond de droit commun[629] ». En ce sens, l'obligation d'exploitation[630] qui se greffe au contrat de

---

[626] Jacques RAYNARD, Jean-Batiste SEUBE, *Droit des contrats spéciaux*, 10e éd., LexisNexis, 2019, p.297.
[627] Christophe CARON, « Quelques observations sur les montages contractuels en droit de la propriété intellectuelle », *RDC*, n°3, 01/07/2007, p. 1001.
[628] PIATEK DARIUSZ, « Le droit d'auteur, constitue-t-il un système clos et autosuffisant ? Pour une redéfinition de « l'équilibre interne » », *Légipresse*, n° 62, HS2, 2019, p. 99-111.
[629] Jacques Raynard, Jean-Batiste SEUBE, *op. cit.*, p. 278.
[630] En matière de cession de droit d'auteur, le dernier alinéa de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que « *le bénéficiaire de la cession s'engage par ce contrat à rechercher une exploitation du droit cédé conformément aux usages de la profession et à verser à l'auteur, en cas*

louage de chose classique du fait de la spécificité du droit d'auteur, fait de ce contrat un contrat *sui generis*. C'est donc la nouveauté des obligations en cause, en l'espèce l'obligation d'exploitation ou la reddition des comptes[631], qui donne à la qualification de louage de chose son originalité[632].

435. Cette analyse permet d'apporter une réponse à la question de savoir si le principe de la liberté contractuelle permet aux parties d'envisager d'autres contrats non prévus par le Code de la propriété intellectuelle. Seulement, il ne faut pas confondre la liberté en matière de choix de la forme contractuelle et du contenu. La liberté du choix du contenu n'est pas totale. Elle doit être conforme aux règles protectrices du consentement de l'auteur. D'ailleurs, la rigidité de ces règles de fond

---

d'adaptation, une rémunération proportionnelle aux recettes perçues ».la sanction en cas de non-respect de cette obligation est prévue par l'article L. 131-5-2, I du même code prévoit que « *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* ».

[631] C'est par exemple le cas en matière de contrat d'édition. Selon l'article L. 132-17-3 du Code de la propriété intellectuelle, « *I. L'éditeur est tenu pour chaque livre de rendre compte à l'auteur du calcul de sa rémunération de façon explicite et transparente.*
A cette fin, l'éditeur adresse à l'auteur, ou met à sa disposition par un procédé de communication électronique, un état des comptes mentionnant :
1° Lorsque le livre est édité sous une forme imprimée, le nombre d'exemplaires fabriqués en cours d'exercice, le nombre des exemplaires en stock en début et en fin d'exercice, le nombre des exemplaires vendus par l'éditeur, le nombre des exemplaires hors droits et détruits au cours de l'exercice et, si le contrat d'édition prévoit une provision pour retours d'exemplaires invendus, le montant de la provision constituée et ses modalités de calcul ;
2° Lorsque le livre est édité sous une forme numérique, les revenus issus de la vente à l'unité et de chacun des autres modes d'exploitation du livre ;
3° Dans tous les cas, la liste des cessions de droits réalisées au cours de l'exercice, le montant des redevances correspondantes dues ou versées à l'auteur ainsi que les assiettes et les taux des différentes rémunérations prévues au contrat d'édition.
Une partie spécifique de cet état des comptes est consacrée à l'exploitation du livre sous une forme numérique.
La reddition des comptes est effectuée au moins une fois par an, à la date prévue au contrat ou, en l'absence de date, au plus tard six mois après l'arrêté des comptes.
II.-Si l'éditeur n'a pas satisfait à son obligation de reddition des comptes selon les modalités et dans les délais prévus au I, l'auteur dispose d'un délai de six mois pour mettre en demeure l'éditeur d'y procéder.
Lorsque cette mise en demeure n'est pas suivie d'effet dans un délai de trois mois, le contrat est résilié de plein droit.
III.-Lorsque l'éditeur n'a satisfait, durant deux exercices successifs, à son obligation de reddition des comptes que sur mise en demeure de l'auteur, le contrat est résilié de plein droit trois mois après la seconde mise en demeure.
IV.-L'éditeur reste tenu, même en l'absence de mise en demeure par l'auteur, de respecter ses obligations légales et contractuelles de reddition des comptes ».

[632] Xavier HENRY, La technique des qualifications contractuelles, th. Université Nancy 2, 1992, p.37, note n°1.

fait qu'il n'est pas exagéré de soutenir que le principe de la liberté contractuelle ne s'applique pas lorsqu'il s'agit du contenu du contrat en droit d'auteur. En effet, « compte tenu de la finalité des droits de propriété intellectuelle existants et du pouvoir qu'ils confèrent à l'égard des tiers, les conditions d'obtention de ces droits, telles que prévues par les textes, sont classiquement considérées comme d'ordre public. Le contrat ne peut, dans une situation particulière, ni rehausser ni abaisser le seuil d'accès à la protection légale, ni prétendre trancher la question de l'appréciation de la satisfaction de telle ou telle des conditions d'accès à la protection[633] ».

436. En résumé, la cession étant assimilée à la vente, cela amène le plus souvent le cessionnaire à s'écarter de ses obligations en exécutant d'autres obligations que celles sur lesquelles il s'était engagé initialement. De ce fait, la forme de la licence permet de corriger ce risque en ce sens qu'elle permet à l'auteur d'être responsable non seulement au moment de la formation du contrat, mais aussi à la fin de la collaboration. Toutes ces observations conduisent à « constater qu'en pratique, les contrats de licence de logiciels ou progiciels correspondent davantage à des contrats *sui generis* qu'à de classiques contrats de louage de choses[634] ». C'est d'ailleurs ce caractère *sui generis* qui fait que la licence est, par excellence, le contrat le plus respectueux du consentement de l'auteur en matière d'exploitation des œuvres de l'esprit.

B : LA LICENCE, CONTRAT RESPECTUEUX DU CONSENTEMENT DE L'AUTEUR

437. Les caractéristiques du contrat de licence de droit d'auteur ont permis d'apaiser les oppositions à sa réception au sein de la propriété littéraire et artistique. Comme démontré précédemment, par rapport à la cession, elle est plus réceptive lorsqu'il s'agit de respecter les spécificités des droits d'auteur.

438. Les règles qui encadrent le consentement de l'auteur conduisent à qualifier le droit d'auteur de « droit retenu[635] ». Cette observation traduit non seulement l'idée de « l'effet retour » par lequel se singularisent les œuvres de l'esprit, mais aussi le caractère précaire des droits du cessionnaire de droits d'auteur alors même que la

---

633 Jérôme PASSA, « Incidence de la liberté contractuelle sur l'existence et la portée des droits de propriété intellectuelle ? », *RDC*, 4 déc. 2020 p.144

634 Franck DELAMER, Arnaud VAN EECKHOUT, « Licence de logiciel : son régime juridique à l'épreuve de la pratique », *RDC*, n°3, 01/03/2004, p.817.

635 Michel VIVANT, Jean-Michel BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n°739.

cession est censée lui faire échapper à cette réalité. En ce sens, la qualification de cession est une expression trompeuse. Alors que celle de licence englobe par essence l'idée que les droits du licencié ne sont jamais totalement acquis.

439. Théoriquement, le contrat de cession, à travers les règles impératives qui l'encadrent, est plus protecteur du consentement de d'auteur que ne l'est la licence. En réalité, la cession, telle qu'on la pratique, protège paradoxalement mieux les exploitants du fait du monopole de l'auteur. Comme le souligne à juste titre un auteur, « notre système qui est *a priori* un système pour l'auteur, est en fait un système pour l'industrie. Pourquoi ? Parce que c'est une illusion d'imaginer que l'auteur exploite lui-même son œuvre. L'auteur cède ses droits à son éditeur et à son producteur. Dans la pratique, ce n'est donc guère l'auteur mais l'industriel qui le publie ou le produit qui bénéficie de ces droits hyperprotégés par la législation continentale. Cela signifie qu'en réalité l'énorme protection voulue par la loi européenne ne profite guère à l'auteur, mais profite à l'éditeur, à l'industriel. Les Américains ont très rapidement compris cela et ont adapté leur système sur le modèle européen[636]». Emmanuel Kant avait d'ailleurs déjà évoqué cet aspect des choses en soulignant qu'en matière de contrefaçon, « ce n'est pas l'auteur, mais l'éditeur chargé de ses pouvoirs, qui est lésé ; car, comme le premier a entièrement abandonné au second son droit sur la gestion de son affaire et ne s'est point réservé d'en disposer encore de son côté, celui-ci est seul propriétaire de cette gestion d'affaire, et c'est à son droit que le contrefacteur porte atteinte, non à celui de l'auteur[637] ».

440. Cette analyse permet de démontrer que la cession, envisagée *stricto sensu*, est en réalité moins protectrice du consentement de l'auteur. Les cocontractants disposent d'un levier fondé sur l'action en contrefaçon contre tout tiers qui porterait atteinte aux droits des auteurs dont ils ont la charge d'exploiter les œuvres. Dans le même temps, ils sont plus prompts à encaisser leurs royalties que de défendre le principe du consentement de l'auteur en cas de contrefaçon ou de plagiat. Cela a été le cas par exemple dans l'affaire qui opposa le célèbre saxophoniste Manu Dibango à Michael Jackson qui avait utilisé des passages de la chanson « *Makossa* » dans son album « *Thriller* » sans le consentement de son auteur. Dans son combat contre la maison de

[636] Alain BERENBOOM, « Entretien avec Jan Baetens », *Le combat du droit d'auteur*, in Les Impressions Nouvelles, 2001 p. 171
[637] Emmanuel KANT, *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit*, éd. August Durant, 1853, p. 274.

disque de la star américaine, le saxophoniste n'a pas bénéficié du soutien de sa maison de disque comme il le confiera plus tard : « ma maison de disques a baissé les bras. C'est moi qui ai tout payé, je suis sûr que si j'avais été Johnny ou Sardou, les choses auraient été différentes[638]». Pourtant, aux dires du musicien, les représentants de Michael Jackson lui ont versé deux millions de francs : un pour lui et un pour son éditeur ! L'issue de cette histoire aurait pu être différente si la cession intervenue entre l'artiste et son éditeur avait été rédigée à la manière d'une licence. Le choix de cette forme aurait pu éviter que l'éditeur, non diligent face aux atteintes à l'œuvre, profite des émoluments versés à l'auteur au titre de la réparation de son préjudice.

441. Dans la même logique, les arguments ne manquent pas pour faire de la licence le contrat par défaut en droit d'auteur eu égard au caractère précaire des droits objets de ces contrats. Afin de mieux cerner ce point de vue, il est important de traiter de la question de la qualification en faisant un parallèle avec le contrat de bail par exemple. En effet, la particularité du contrat de bail, auquel on assimile la licence de droit d'auteur, fait que son titulaire n'est dépositaire que d'un titre précaire. Par définition, la précarité d'un droit consiste en la « détention d'une chose lorsque celle-ci est fondée en droit mais sur un titre qui oblige le détenteur à restitution (sans cependant que le propriétaire, tenu de respecter le contrat ou la loi, puisse exiger cette restitution quand bon lui semble)[639] ». Or, même si en pratique la cession de droit d'auteur est consentie pour la durée du monopole, le cessionnaire n'accède pas pour autant à la pleine propriété, notamment par ce qu'il ne dispose d'aucun levier pour contourner le droit moral attaché aux œuvres de l'esprit. Toute action tendant à porter atteinte à l'intégrité de l'œuvre peut avoir pour conséquence, soit la résiliation du contrat dans le meilleur des cas, sa nullité ou encore son inexistence comme il a été développé précédemment. Cela a pour principal effet de précipiter le retour de l'ensemble des droits attachés à l'œuvre dans le patrimoine de son auteur.

442. L'autre aspect qui traduit la précarité du droit d'auteur dans le cadre de la cession concerne l'obligation d'exploitation qui pèse sur l'exploitant. Si ce dernier ne respecte pas cette obligation, l'auteur dispose de la possibilité de recouvrir l'ensemble

---

[638] Le Parisien, « Manu Dibango attaque Michael Jackson en justice », 17 janvier 2009 : https://www.leparisien.fr/culture-loisirs/manu-dibango-attaque-michael-jackson-en-justice-17-01-2009-376723.php

[639] Gerard CORNU, *Vocabulaire Juridique*, 14e éd., PUF, 2002, p.789.

de ses droits. Au regard de ce raisonnement, l'exploitant qui éprouve des difficultés à honorer ses obligations peut se retrouver dans une situation à laquelle le licencié échappe généralement, étant donné que ce dernier sait, dès le départ, qu'il ne bénéfice que d'une autorisation d'utilisation de l'œuvre limitée dans le temps et dans l'espace.

443. Aussi, dans une certaine mesure, la cession en droit d'auteur traduit les aspects de la licence en réalité. On peut citer par exemple la possibilité que la loi reconnaît à l'auteur de consentir des doits à plusieurs cessionnaires sur une même œuvre en vertu de l'article L. 131-3 qui dispose que « *la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée* ». De manière concrète, l'auteur peut consentir l'exploitation physique de son œuvre à une personne et céder à une autre son exploitation numérique. Comme le souligne à juste titre un auteur, « en droit d'auteur, la faculté de démembrement contractuel des droits patrimoniaux est encore plus spectaculaire. Le contrat de cession permet en effet, sous l'égide de la loi, de transformer ou subdiviser le droit de propriété intellectuelle en une myriade de droits réels, de même nature, qui en dérivent. C'est ainsi, au fil de cessions, à un démembrement à volonté, et quasiment à l'infini, que le titulaire peut procéder en fonction, notamment, des modes d'exploitation de l'œuvre protégée[640] ».

444. Au soutien de ce point de vue, on peut rappeler l'observation pertinente, du moins au début, d'une opinion doctrinale opposée à l'admission de la licence en droit d'auteur. Selon le Professeur Philippe Gaudrat, « la loi ne fait mention que de cession alors que la propriété est incessible et indivisible, ou bien le législateur s'est trompé - il voulait évoquer une licence - ou bien il faut identifier l'objet de la cession, lequel doit être autre que la propriété. L'hypothèse d'une erreur terminologique est à écarter ; non seulement la mention de la cession est récurrente, mais à l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle la loi vise expressément la transmission du droit de l'auteur. L'effet translatif est caractéristique d'une cession et contraire à la licence, laquelle est non seulement ignorée mais écartée par la loi[641] ». Heureusement que les mots ont un

[640] Jérôme PASSA, « Incidence de la liberté contractuelle sur l'existence et la portée des droits de propriété intellectuelle ? », *op. cit.* p.143.
[641] Philippe GAUDRAT, « Les modèles d'exploitation du droit d'auteur », *RTD. Com.*, 2009 p. 323.

sens. D'abord parce que « écarté » ne veut aucunement dire « interdit » ou « prohibé par la loi ». Ensuite, parce que la cession n'est jamais translative de droit d'auteur au sens de la vente. La conception défendue ici sur la question demeure donc la même : la licence est plus compatible avec l'exploitation des biens intellectuels que la cession. Par ailleurs, en termes de durée, et même si ce n'est pas fréquent, les parties peuvent convenir d'une durée inférieure à celle du monopole de l'auteur dans les conventions en vertu du principe de la liberté contractuelle. Dans une telle hypothèse, il serait beaucoup plus aisé alors de parler de licence que de cession.

445. Dans la même logique, à l'heure du numérique, le droit d'auteur doit s'adapter aux nouvelles réalités. La durée d'exploitation des œuvres de l'esprit doit refléter les enjeux du moment, en intégrant par exemple le fait que la technique et la technologie évoluent et ne sont pas à l'abri de l'obsolescence. C'est en ce sens que les Professeurs Jean-Michel Bruguière et Monsieur Vincent Fauchoux, à propos de l'édition d'ouvrage littéraire, soutiennent le fait que « l'obsolescence milite en faveur d'une durée plus courte. Cinq années renouvelables par exemple ». Pour ne pas se retrouver avec des difficultés liées à l'application du contrat ou à son adaptabilité, ces auteurs proposent l'insertion d'une « clause de rendez-vous afin d'adapter le livre aux nouveaux modes d'exploitation[642] ».

446. Par ailleurs, le consentement de l'auteur peut être plus intéressant au sein de la licence par rapport à la cession. Plusieurs raisons expliquent cela.

447. La première raison relève de l'ordre du psychologique en ce sens que, conscient du caractère précaire de son droit, le licencié sera plus enclin à respecter la volonté de l'auteur. La licence étant par nature à durée limitée, la reconduction, généralement systématique, est dans ce cas implicitement conditionnée au respect des clauses contractuelles et particulièrement le consentement de l'auteur. Du point de vue de l'auteur, le fait pour lui de savoir que les droits attachés à ses biens intellectuels lui reviennent à l'issue du contrat le responsabilise dans ses choix et dans la défense de son consentement.

[642] Jean-Michel BRUGUIERE, Vincent FAUCHOUX, « Le livre numérique. Quel statut juridique ? », *RLDI,* n° 73, 1er juill. 2011.

448. La deuxième raison relève d'un choix discrétionnaire à la fin du contrat. L'auteur étant libre ou non de renouveler l'expérience avec le licencié. En ce sens, il a par exemple été jugé que, « lorsque les relations contractuelles initiales ont pris fin, l'éditeur est tenu de solliciter une nouvelle autorisation des auteurs[643] ». Aussi, l'exploitant de l'œuvre accepte en réalité une charge de manière indéterminée dans le cadre de la cession (le contrat étant souscrit pour la durée du droit d'auteur). Ce faisant, il court un risque étant donné que, tenu d'une obligation d'exploitation[644], il est obligé d'investir des fonds pour la promotion, les impressions, les reproductions, les mises en valeur avec le risque que l'œuvre ne rencontre pas le succès escompté. Alors que la licence pousse à plus de dynamisme. En tant qu'obligation « déterminée ou de résultat[645] », l'obligation d'exploiter l'œuvre est plus facile à réaliser dans le cadre d'une licence[646] avec moins de risques en ce sens qu'il est toujours possible de prévoir pour le licencié une durée lui permettant d'expérimenter la rentabilité de son investissement.

449. De toutes les manières, dans les faits, c'est-à-dire en termes de durée, il peut arriver que le contrat de cession de droit d'auteur dégénère en contrat de licence en cas

---

[643] Paris, 21 nov. 1994 ; *RIDA* avr. 1995, p. 374.

[644] Sur ce point, il a été jugé que « même si un contrat d'édition est antérieur à l'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 1957, il demeure que la règle énoncée par l'article 57 de cette loi selon laquelle l'éditeur est tenu d'assurer à l'oeuvre une exploitation permanente et suivie et une diffusion commerciale conformément aux usages de la profession est une règle traditionnelle à laquelle les éditeurs étaient tenus même avant 1957. En conséquence, il convient de résilier un contrat d'édition antérieur à la loi du 11 mars 1957 aux torts exclusifs de l'éditeur dès lors que celui-ci n'a pas exploité l'ouvrage pendant plusieurs mois alors qu'il s'agit d'une obligation essentielle et a publié une douzième édition en dépit de la volonté des ayants droit de l'auteur de mettre fin au contrat » : PARIS, 11 juin 1997 ; *Jurisdata* n° 1997023239. L'exploitant ne peut se soustraire de l'obligation d'exploitation que dans le cadre d'une force majeure. Il par exemple été jugé que « l'éditeur ne peut pour y échapper mettre en avant un changement de goût du public. Cette évolution ne peut constituer un événement imprévisible et irrésistible pour des sociétés qui s'étaient engagées à réaliser des enregistrements sonores » : Civ. 1re, 18 oct. 1977 ; *RIDA* juill. 1978, p. 170.

[645] Civ. 1re, 29 juin 1971; *Bull. civ*. I, n° 219; *D*. 1971. somm. 190; *RIDA* oct. 1971, p. 136; *JCP* 1971. IV. 216.

[646] L'obligation d'exploitation est inhérente à la licence. En effet, le bien, objet de la licence, ayant vocation à revenir à son titulaire, ce dernier peut assortir la délivrance de la licence des conditions qu'il veut. Parfois, comme c'est le cas en l'espèce, c'est la loi qui l'impose. En ce sens par exemple, à propos de la licence de taxi, outre le fait que le titulaire est tenu de justifier « de son exploitation effective et continue (…) » selon les termes de l' article L. 3121-1-2, II du Code des transports, l'article L. 3121-1-1 du même code indique que « *l'autorité administrative compétente pour délivrer les autorisations de stationnement mentionnées à l'article L. 3121-1 peut fixer des signes distinctifs communs à l'ensemble des taxis, notamment une couleur unique de ces véhicules automobiles. Elle peut également fixer un signe distinctif permettant de reconnaître facilement les taxis accessibles aux personnes utilisatrices de fauteuil roulant* ».

d'inexécution par le cessionnaire de ses obligations. Ainsi, il a été admis qu'un auteur puisse opposer à un éditeur la perte de son droit de réédition en ce sens que ce dernier a cessé « d'assurer l'exploitation de l'ouvrage en ne procédant à la réédition que plus de vingt ans après la première édition, alors que celle-ci est depuis longtemps épuisée[647] ».

450. Clause de tacite reconduction. L'analyse qui précède démontre que les contrats en droit d'auteur empruntent dans la plupart des cas les aspects de la licence. Il est donc tout à fait logique de se poser la question de la validité éventuelle des clauses de tacite reconduction en la matière. Pour éviter toute forme de confusion, il faut faire la distinction entre la tacite reconduction au sens strict et la situation d'un contrat dans lequel les parties ont pris le soin d'y introduire une clause de tacite reconduction.

451. La tacite reconduction au sens strict est la « continuation- fondée sur la volonté probable des parties - de tout contrat à durée déterminée dont les parties poursuivent l'exécution au-delà du terme prévu[648] ». La situation visée est le comportement adopté par les parties à un contrat arrivé à terme qui continuent à se comporter comme si le contrat initial était toujours valable. Parfois, c'est la loi même qui prévoit de telles hypothèses. Par exemple, en matière de baux d'habitation, l'article 1738 du Code civil prévoit que « *si, à l'expiration des baux écrits, le preneur reste et est laissé en possession, il s'opère un nouveau bail* (…) ». Autrement dit, la tacite reconduction repose sur une présomption de volonté des parties au contrat[649] en ce sens « qu'elle correspond à ce qui est probable de la part des parties qui continuent à exécuter le contrat[650] ». L'admission de la tacite reconduction dans les contrats en droit d'auteur peut se révéler difficile à concevoir. En effet, cela peut être impossible à concilier avec certaines règles impératives qui visent à protéger la volonté de l'auteur. D'abord, on sait que selon l'article 1215 *in fine* du Code civil, la tacite reconduction « *produit les mêmes effets que le renouvellement du contrat* ». Le second alinéa de l'article 1214 du même Code précise que le contrat issu de la tacite reconduction est à durée «

---

647 Paris, 25 oct. 1991; *D.* 1993. somm. 93, obs. Claude COLOMBET; *Légipresse* 1993, III, p. 73, note NOGUIER.

648 Gerard CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit*. p. 1006.

649 Civ. 3e, 16 mai 1973, n° 72-11.698. Dans cet arrêt, il a été jugé que « la tacite reconduction repose sur une présomption de volonté des parties dont l'existence est souverainement appréciée par les juges du fond ».

650 Alain BENABENT, « La prolongation du contrat », *RDC*, janv. 2004, p. 117.

indéterminée ». Or, les contrats en droit d'auteur sont par définition à durée déterminée d'après l'article L. 123-1 du Code de la propriété intellectuelle. Soixante-dix ans après le décès de l'auteur, le monopole de l'auteur cesse et le contrat de droit d'auteur devient sans objet. De ce fait, la tacite reconduction devient incompatible avec le principe de la durée du monopole de l'auteur. Ensuite, le contrat qui succède au contrat initial n'est pas le même que le précédent. Il s'agit d'un nouveau contrat comme le consacrent, par jeu de renvoi, les articles 1214 et 1215 du Code civil. L'automaticité par laquelle naît le nouveau contrat empêche toute possibilité de respecter certains principes imposés par certaines règles du code de la propriété intellectuelle, à l'instar de l'article L. 131-3 qui dispose que « *la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée* ». Aussi, pour échapper à la tacite reconduction, la jurisprudence impose à la partie qui ne souhaite pas voir le contrat se poursuivre de notifier son refus à son cocontractant au plus tard à la date de fin du contrat initial[651]. Soumettre l'auteur à une telle obligation serait contraire aux règles protectrices de la propriété littéraire et artistique, l'auteur étant considéré comme une partie faible. En résumé, la tacite reconduction comporte tellement d'incertitudes quant à la volonté réelle des parties sur le nouveau contrat qu'il est nécessaire de la formaliser dès la conclusion du contrat initial.

452. La clause de tacite reconduction est une clause expresse prévue dans le contrat initial permettant la reconduction de ce dernier dans les mêmes termes ou dans des termes différents. Cette analyse est partagée par le Professeur Alain Bénabent qui souligne que « ce renouvellement envisagé à l'avance est prévu le plus souvent pour une certaine durée, qui peut être identique à celle du contrat initial - c'est alors véritablement un renouvellement à l'identique - mais qui peut aussi être différente[652] ». En réalité, il ne s'agit pas de clause tacite, en ce sens que le terme tacite est synonyme d'implicite. Il s'agit plutôt de clause expresse d'où le choix de certains

[651] Civ. 3e, 13 nov. 1979, n°78-11.506 ; V. également Paris, 7 juill. 2023 ; n° 23/03376 qui juge que « le bailleur doit ainsi manifester, avant la date contractuelle du bail, sa volonté de ne pas poursuivre sa relation contractuelle avec le locataire, car à défaut, le nouveau bail soumis au statut commence à courir dès l'expiration du bail et une manifestation de volonté postérieure à la date d'expiration du bail est sans effet ».

[652] Alain BENABENT, « La prolongation du contrat », *op. cit.*

auteurs de suggérer l'expression « renouvellement stipulé[653] ». Ils ont d'ailleurs été entendus par le législateur étant donné que lors de la réforme du droit des contrats en 2016, l'article 1224 du Code civil utilise la même expression. En effet, il y est précisé que « *le contrat à durée déterminée peut être renouvelé par l'effet de la loi ou par l'accord des parties* ». Aux termes de ces précisions, se pose la question de la validité des clauses de tacite reconduction dans les contrats de droit d'auteur, notamment en ce qui concerne l'applicabilité du droit de la consommation.

453. Sur ce sujet, il n'existe aucune disposition dans le code de la propriété intellectuelle qui interdit les clauses de tacite reconduction. Partant de ce constat, le principe de la liberté contractuelle devrait permettre l'existence de telles clauses dans les contrats de droits d'auteur. Aussi, la durée du monopole du droit d'auteur n'est pas une durée impérative. Les parties ont tout à fait la possibilité de prévoir une durée moins longue.

454. Cela dit, il peut y avoir une difficulté sur la manière par laquelle il faut interpréter le second alinéa de l'article 1214 du Code civil qui prévoit que le contrat renouvelé par l'effet d'une clause de tacite reconduction est à durée interminée. Prise à la lettre, la disposition peut contrevenir à la volonté des parties, surtout si celles-ci n'ont aucune intention de continuer leur collaboration de manière indéterminée. Pour autant, le principe de la liberté contractuelle permet aux parties de déterminer le contenu du contrat et sa durée. Ce principe s'applique également au contenu de la clause de reconduction tacite. Le premier alinéa de l'article 1214 du Code civil le souligne d'ailleurs explicitement lorsqu'il précise que le renouvellement d'un contrat à durée déterminée peut être le fait de la loi ou « *[de] l'accord des parties* ». En droit d'auteur, les parties ont la possibilité de convenir, outre les autorisations accordées conformément à l'article L. 131-2 du Code de la propriété intellectuelle, de la durée du futur contrat, ainsi que des modalités de continuation et d'interruption. En ce sens, on peut rappeler ~~ici~~ un arrêt d'avant la réforme de 2016 qui reconnait cette latitude aux parties. Il s'agit d'un arrêt de 2008 où il a été jugé qu'hors « les situations régies par une loi spéciale, un contrat conclu pour une période déterminée, et renouvelable ensuite d'année en année par tacite reconduction, sauf dénonciation adressée par l'une des parties à l'autre, trois mois au moins avant la fin de la période annuelle en cours,

[653] *Ibid.*

et qui s'est effectivement poursuivi au-delà de la période initialement convenue, conserve le caractère de contrat à durée déterminée, ce dont il suit que, sauf abus, le refus de son renouvellement n'ouvre pas droit à indemnité[654] ». Cette solution met un accent particulier sur le pouvoir de la volonté des parties relativement à la durée du nouveau contrat, contrairement à la logique qui consiste à faire automatiquement de ce dernier un contrat à durée indéterminée.

455. Par ailleurs, l'auteur étant considéré par les textes du code de la propriété intellectuelle comme une partie faible, la logique voudrait que toute clause de tacite reconduction ou de renouvellement respecte les termes de l'article L. 215-1 du Code de la consommation[655]. En effet, le premier alinéa de cet texte dispose que « *pour les contrats de prestations de services conclus pour une durée déterminée avec une clause de reconduction tacite, le professionnel prestataire de services informe le consommateur par écrit, par lettre nominative ou courrier électronique dédiés, au plus tôt trois mois et au plus tard un mois avant le terme de la période autorisant le rejet de la reconduction, de la possibilité de ne pas reconduire le contrat qu'il a conclu avec une clause de reconduction tacite. Cette information, délivrée dans des termes clairs et compréhensibles, mentionne, dans un encadré apparent, la date limite de non-reconduction* ». Ensuite, une clause de tacite reconduction au sein d'un contrat en

---

654 Com. 15 janvier 2008, 06-14.698.

655 Article L. 215-1 Code de la consommation : «*Pour les contrats de prestations de services conclus pour une durée déterminée avec une clause de reconduction tacite, le professionnel prestataire de services informe le consommateur par écrit, par lettre nominative ou courrier électronique dédiés, au plus tôt trois mois et au plus tard un mois avant le terme de la période autorisant le rejet de la reconduction, de la possibilité de ne pas reconduire le contrat qu'il a conclu avec une clause de reconduction tacite. Cette information, délivrée dans des termes clairs et compréhensibles, mentionne, dans un encadré apparent, la date limite de non-reconduction.*
Lorsque cette information ne lui a pas été adressée conformément aux dispositions du premier alinéa, le consommateur peut mettre gratuitement un terme au contrat, à tout moment à compter de la date de reconduction.
Les avances effectuées après la dernière date de reconduction ou, s'agissant des contrats à durée indéterminée, après la date de transformation du contrat initial à durée déterminée, sont dans ce cas remboursées dans un délai de trente jours à compter de la date de résiliation, déduction faite des sommes correspondant, jusqu'à celle-ci, à l'exécution du contrat.
Les dispositions du présent article s'appliquent sans préjudice de celles qui soumettent légalement certains contrats à des règles particulières en ce qui concerne l'information du consommateur.
*Par exception au premier alinéa du présent article, pour les contrats de fourniture de service de télévision au sens de l'*article 2 de la loi n° 86-1067 *du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication et pour les contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande, le consommateur peut mettre gratuitement un terme au contrat, à tout moment à compter de la première reconduction, dès lors qu'il change de domicile ou que son foyer fiscal évolue* ».

droit d'auteur peut être potentiellement abusive toutes les fois où le contrat présente un déséquilibre significatif pour l'auteur conformément à l'article L. 212-1 du Code de la consommation qui prévoit en son premier alinéa que « *dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ». La question qui en résulte est de savoir si l'auteur peut être qualifié de consommateur ou de non-professionnel.

456. Selon le Professeur Pierre-Yves Gautier, « l'auteur a beau être une personne civile, il n'est pas pour autant un consommateur[656] ». Cela dit, s'il n'est pas un consommateur, est-il un non professionnel ? En vérité, il n'y a pas de consommateur né, ni de non professionnel né. Selon l'article liminaire du Code de la consommation, le consommateur c'est « *toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole* ». Toutefois, il est vrai que la situation de l'auteur est singulière par rapport à la définition que l'on a du consommateur. En effet, l'auteur se trouve dans une position où c'est lui qui offre ses œuvres à la consommation. A partir de là, on peut être tenté de le qualifier de professionnel. Mais, en même temps, la qualité d'auteur n'est pas synonyme de compétences en droit des contrats, notamment en contrat d'auteur. Tous les auteurs ne sont pas des juristes spécialisés en droit de la propriété intellectuelle. En même temps si un auteur épisodique est un consommateur, rien n'interdit un auteur régulier d'être qualifié de professionnel, même si c'est une activité secondaire. En tout état de cause, les règles du droit de la propriété intellectuelle sont conçues dans des termes permettant d'attirer l'attention de l'auteur sur ce sur quoi il s'engage, comme pour le consommateur. Cette analyse est partagée par le Professeur Christophe Caron qui souligne le fait qu'il « est constant que le droit de la consommation tente de protéger le consommateur, partie faible du contrat (…). C'est aussi l'obsession du droit contractuel en droit d'auteur, entièrement voué à la protection de l'auteur. De même, les règles qui gouvernent les contrats de consommation s'attachent à faire réfléchir le consommateur (…). Or, cette préoccupation innerve les contrats d'exploitation du droit de la propriété littéraire et artistique qui sont dominés par un important formalisme. Et puis, tous ces contrats ont également en commun un contenu largement réglementé par des lois d'ordre public. Il serait même possible de considérer que le droit d'auteur

[656] Pierre-Yves Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 9e éd., 2015, n° 546.

pourrait être un véritable laboratoire pour le jeune droit de la consommation puisqu'il poursuit ces logiques de protection de la partie faible depuis plus de deux siècles[657] ».

457. Dans le même ordre d'idées, l'article 1171 du Code civil conforte l'idée de l'application des disposions protectrices du code de la consommation sur les contrats d'auteur. Le premier alinéa de cette disposition prévoit que « *dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite* ». Le déséquilibre significatif dont il s'agit ici ne concerne pas l'objet du contrat ni de son prix, mais uniquement les clauses accessoires[658] telles que les clauses de tacite reconduction. C'est ce qui ressort du second alinéa de la disposition précitée qui prévoit que « *l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* ». En conséquence, une clause de tacite reconduction qui causerait un déséquilibre significatif dans un contrat d'auteur sera réputé non écrite. Par exemple une clause qui ne laisserait pas de marge de manouvre à la volonté de l'auteur peut être réputée non écrite. Dans le même sens, une clause de tacite reconduction dans un pacte de préférence au sens de l'article L. 132-4 du Code de la propriété intellectuelle, dans lequel l'auteur « *s'engage à accorder un droit de préférence à un éditeur pour l'édition de ses œuvres futures de genres nettement déterminés* », peut être réputée non écrite lorsque le nombre d'œuvres dépasse, « *pour chaque genre, (…) cinq ouvrages* » et une durée de plus de cinq années (alinéa 2 de l'article L. 132-4).

458. En résumé, les clauses expresses de reconduction sont tout à fait compatibles avec les contrats d'auteur. Outre leur compatibilité avec la qualification de licence, leur présence permet d'ailleurs à l'auteur de décider ou non de la continuation de la collaboration avec son cocontractant. Par ailleurs, elles ne sont pas de nature à transformer le contrat en un engagement indéterminé dans le temps. Par exemple, il a été jugé qu'un contrat d'édition ayant « été conclu pour une durée de cinq ans, renouvelable par tacite reconduction, sauf dénonciation par l'une des parties, par périodes successives de cinq années chacune, c'est à bon droit [qu'une Cour d'appel] a

[657] Christophe CARON, « Le consommateur en droit d'auteur », *RLDA*, n°77, 1er, déc. 2004.
[658] Maïté GUILLEMAIN, « La réforme du droit des contrats et le droit d'auteur », *JCPE*, n° 24, 16 juin 2016, aff. 1368.

jugé que la clause d'exclusivité stipulée dans ces contrats n'avait pas de caractère perpétuel et illimité[659] ».

Conclusion du chapitre 1

459. Le consentement de l'auteur, au regard de la spécificité des droits sur lesquels il porte, permet d'inclure les contrats portant sur les droits d'auteur dans la catégorie des contrats solennels. Par principe, le contrat est consensuel, par exception il peut être solennel. Les règles encadrant les droits de l'auteurs sont des règles exceptionnelles par rapport au droit commun des contrats. Cela se justifie par le fait que l'auteur est considéré comme une partie faible dont l'expression du consentement doit être encadrée, ce qui lui permet de se prémunir des éventuels agissements malveillants de la part de ses co-contractants. Etant donné que le principal but du formalisme consiste à « ralentir et compliquer la conclusion du contrat, pour prévenir l'irréflexion ou la fraude[660] ». Le fait que les articles L. 131-2, L. 131-3 ou encore l'article L. 132-7 du Code de la propriété intellectuelle exigent la condition de l'écrit sans préciser si c'est à peine de nullité, n'est pas de nature à faire des contrats de droits d'auteur des contrats consensuels. En effet, il est impossible de satisfaire, en pratique, le contenu de ces dispositions sans passer par l'écrit. Aussi, par deux fois[661] le législateur a eu l'occasion de préciser sa pensée sur cette question sans qu'il ne le fasse. L'absence réitérée de précision sur une question aussi cruciale invite les juges à se questionner sur la pertinence de considérer encore l'écrit comme une condition *ad probationem*. L'ambiguïté des textes devrait profiter à l'auteur. Dans le même sens, à propos du contrat d'édition, l'ordonnance du 12 novembre 2014 dont est issu l'article L. 132-17-1 qui exige l'écrit à peine de nullité pour les cessions dans le cadre de l'édition

[659] Civ. 1re, 21 mars 2006, n° 03-20.960 ; *RLDI*, n° 18, 1er juill. 2006, obs. Laure MARINO. En 2020, le Tribunal judiciaire de Lille a été saisie d'une demande de nullité d'un contrat d'édition. L'un des arguments de la demanderesse visait à dénoncer la présence dans le contrat d'une clause de tacite reconduction. Le tribunal a certes prononcé la nullité du contrat, mais sur d'autres fondements. Cela prouve que la présence de clause de tacite reconduction dans les contrats d'auteur est tout à fait valable. V. TJ Lille, 26 mai 2020, *Mme Y. c/ LIPS & CO Editions*.

[660] Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, Eric SAVAUX, *Droit civil : les obligations, l'acte juridique*, 17e éd., Sirey, 2022, n°506.

[661] Il s'agit de l'ordonnance du 12 novembre 2014 relative au contrat d'édition, et la loi du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine qui a modifié L. 131-2 du Code de la propriété intellectuelle.

numérique, devrait être considéré comme un texte interprétatif des textes qui évoquent l'écrit.

460. Par ailleurs, on a pu démontrer que le droit de propriété de l'auteur était différent du droit commun de la propriété, notamment par le fait que ce droit est assorti de droits moraux qui sont inaliénables. Aussi, le cessionnaire est assujetti à certaines obligations dont la plus emblématique est l'obligation d'exploitation dont le non-respect peut entrainer la résiliation du contrat. Ces observations permettent de soutenir que dans les contrats sur les œuvres de l'esprit, il n'y a pas en réalité de transfert définitif des droits. Le cessionnaire se trouve en réalité dans la situation d'un locataire, exactement comme dans le cadre d'une licence.

Chapitre 2 : Le consentement de l'auteur au sein de l'environnement numérique

461. Le progrès technique a toujours exercé une influence sur les créations artistiques. Loin de s'en méfier, au contraire, les auteurs et les utilisateurs s'en sont saisis. Les premiers pour performer dans leurs créations, les seconds pour profiter des atouts que représente le numérique en termes d'utilisation. Le développement du système de streaming dans le secteur de la musique en est une illustration. Du développement de l'art graphique, où la technique a permis une meilleure maitrise des couleurs et du relief, à l'invention de l'imprimerie, l'auteur a su s'adapter. Longtemps, on avait cru que, dans ces domaines, le droit d'auteur avait atteint son apogée. Avec l'apparition du numérique et son adoption par les consommateurs, s'est très vite posée la question de son incidence sur les droits d'auteur. Le législateur et la jurisprudence ont d'abord hésité à prendre en compte les nouvelles réalités induites par son développement. Les réticences à accompagner le phénomène, en encourageant par exemple l'offre au sein de cette nouvelle façon d'utilisation des œuvres, n'ont pas été sans conséquences sur le consentement de l'auteur (**section1**). En effet, le choix de départ a été d'appliquer le dispositif répressif afin de contrer les utilisations illicites des œuvres en lieu et place d'un autre choix : celui d'un accompagnement du mouvement en encourageant une offre plus large qui aurait pu juguler les fraudes. Cela dit, dans l'optique de rassurer et de favoriser l'exploitation des œuvres dans ce nouvel univers, l'idée selon laquelle seule la « technique peut arrêter la technique » a commencé à germer jusqu'à la mise au point des mesures techniques de protection (**section2**), avec pour principaux enjeux le respect du consentement de l'auteur et la volonté de protéger l'intégrité de l'œuvre.

Section 1 : La résilience du droit d'auteur face au numérique

462. L'admission de l'exploitation numérique des œuvres n'a pas été un long fleuve tranquille. Les craintes qui ont nourri l'hésitation étaient justifiées par plusieurs facteurs. Le premier d'entre eux était fondé sur le manque d'anticipation quant à l'incidence que cela pouvait avoir sur l'exploitation des œuvres, notamment sur le consentement des auteurs. L'inquiétude portait surtout sur le sort réservé au droit au respect de l'œuvre que consacre l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle ainsi qu'au droit de reproduction qui, en matière d'IA générative est considéré comme

particulièrement atteint. Pour Madame Stéphanie Le Cam, « c'est d'abord parce qu'il y a une reproduction, une représentation de l'œuvre de l'esprit[662] (Cf. le dernier chapitre de cette thèse sur l'IA et sur le d'*opt out* et *opt in*) ». Plus exactement, la question était relative au sort du consentement de l'auteur face au bouleversement que s'apprêtait à effectuer l'utilisation du numérique dans le monde de la création. Le principe du consentement de l'auteur tel que le consacrent les textes pouvait-il être remis en cause ? Face à cette interrogation, on a assisté à la résilience des règles protectrices des œuvres de l'esprit. Elles ont non seulement résisté, mais elles ont aussi réussi à s'adapter à la révolution numérique avec le maintien du principe du consentement de l'auteur, qui ne s'est pas vu déposséder de ses droits les plus fondamentaux, même si pour certains usages son consentement est désormais présumé sauf opt-out, comme en matière d'intelligence artificielle. (**§1**). Le second facteur portait sur un élément beaucoup plus réaliste qui s'expliquait par le fait que le numérique, une fois admis, ne pouvait pas ne pas avoir de conséquences sur les œuvres qui ont déjà fait l'objet de contrat de cession (**§2**). D'où l'apparition d'une nouvelle problématique portant sur la gestion de ces incidences. On peut citer entre autres celles relatives à l'introduction des hyperliens dans des œuvres, qu'elles soient récentes ou anciennes, ou encore celles liées au partage et au stockage d'œuvres dans un système d'intranet *etc.*

§1 : Le maintien du principe du consentement de l'auteur

463. Si la révolution numérique n'a pas eu pour effet l'effacement du principe du consentement de l'auteur comme cela avait été redouté, s'est pourtant posée la question de l'exploitabilité et de l'exploitation des œuvres de l'esprit comparativement au schéma traditionnel exclusivement pensé pour l'exploitation physique des œuvres (**A**). Cela a entrainé la confrontation des visions classiques et modernes sur les questions relatives au droit d'auteur (**B**). Le débat est dépassé aujourd'hui grâce à l'adaptabilité des règles du droit de la propriété littéraire et artistique qui ont permis de régler les inquiétudes soulevées (**C**). A cela, il faut ajouter l'impulsion du droit de l'UE qui, par la directive du 17 avril 2019[663], préconise une adaptation des contrats

[662] Stéphanie Le CAM, « Les grandes questions juridiques posées par l'IA » Parlez-moi d'IA, *Radio Cause Commune,* 02 mars 2024.

[663] Directive (UE) 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 et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE.

d'auteur pour prendre en compte l'incidence de l'exploitation numérique des œuvres. Par exemple, l'article 20 de la directive précise qu'en «l'absence d'accord collectif applicable prévoyant un mécanisme comparable à celui énoncé dans le présent article, les États membres veillent à ce que les auteurs et les artistes interprètes ou exécutants ou leurs représentants aient le droit de réclamer à la partie avec laquelle ils ont conclu un contrat d'exploitation des droits ou aux ayants droits de cette partie, une rémunération supplémentaire appropriée et juste lorsque la rémunération initialement convenue se révèle exagérément faible par rapport à l'ensemble des revenus ultérieurement tirés de l'exploitation des œuvres ou des interprétations ou exécutions ».

A : L'EXPLOITATION NUMERIQUE DES ŒUVRES DE L'ESPRIT

464. Consentement de l'auteur et choix du support. L'exploitation des œuvres de l'esprit sous format numérique n'a pas été accueillie avec beaucoup d'enthousiasme par le droit à tel point que la jurisprudence a semblé adopté une attitude méfiante. Par exemple, en matière de création littéraire, le Conseil d'Etat a refusé de reconnaitre la qualité d'œuvre de l'esprit aux livres diffusés sous format numérique. Ainsi, à propos d'un *CD-ROM* support d'une œuvre littéraire, il a été initialement jugé que « si, par son contenu homogène et son apport intellectuel, il est susceptible de contribuer à la diffusion de la culture et de la pensée, le disque numérique à lecture optique qui constitue un cédérom ne peut être regardé lui-même comme un livre, au sens des dispositions de l'article 278 bis du Code général des impôts et du point 6 de l'annexe H à la sixième directive modifiée, lesquels réservent cette qualification aux ouvrages imprimés[664]». Même si la portée de cette solution, qui n'est pas une solution de principe, doit être confinée uniquement sur le plan fiscal, elle démontre tout de même la difficile reconnaissance du livre numérique en tant qu'œuvre de l'esprit. Cela dit, cette solution, que l'on peut qualifier d'espèce, était de nature à confondre l'œuvre avec son support. Dans cette confusion, elle semblait opérer aussi une distinction entre les supports. En effet, la solution retenue pouvait laisser penser que seules les créations réalisées sur des supports matériels mériteraient

[664] CE, 5 juin 2002, n° 232392, « *Havas Interactive* » ; *JurisData* n° 2002-080160. Il faut noter qu'à l'époque, l'enjeux était de faire bénéficier à ces formats une taxation réduite prévue par l'article 279 du Code général des impôts qui prévoyait que « *la taxe sur la valeur ajoutée est perçue au taux réduit de 7 % en ce qui concerne ... e/ les opérations d'achat, d'importation, de vente, de livraison, de commission, de courtage ou de façon portant sur les livres* ».

la qualification d'œuvres de l'esprit. C'est comme si une œuvre de l'esprit, immatérielle par définition, ne pouvait être incorporée dans un support immatériel. *Immatériel sur immatériel ne vaut* pourrait-on être tenté de dire. Alors que si les CD et livres numériques nécessitent un lecteur pour accéder à l'œuvre, contrairement au livre papier où le lecteur humain suffit, c'est par ce que cela est consubstantiel des œuvres musicales (sauf pour la partition papier).

465. Au-delà du fait que cette conception contribuait à omettre le fait que « l'œuvre n'est pas le support[665] », elle prenait aussi le contrepied de l'article L. 111-3 du Code de la propriété intellectuelle qui prévoit clairement que la propriété incorporelle « *est indépendante de la propriété de l'objet matériel* ». Ce principe, jusqu'à présent, est unanimement accepté par la doctrine étant donné que « le livre n'est que le contenant, la matière dans laquelle s'abrite l'œuvre littéraire tel un bernard-l'hermite dans sa coquille[666] ». Ainsi, le disque, le *CD-ROM* ou encore la clé *USB* sont des supports au même titre que les autres. A ce titre, ils n'ont pas vocation à avoir une quelconque incidence sur l'œuvre. En matière d'édition par exemple, les œuvres contenues dans ces supports peuvent prendre plusieurs formats (livre relié, format poche, disque au format classique ou en 33 tours) sans que cela n'ait une quelconque incidence. L'œuvre ne perd pas, de ce fait, son statut. Quant au support, quelle que soit sa nature, il garde son statut de véhicule par lequel le travail artistique s'exprime. Ici, le contenant, comme tout support, n'est que la courroie de transmission et de présentation de l'œuvre. Cette analyse ne vise pas à déconsidérer la place du support dans la vie de l'œuvre. Au contraire, elle permet de démontrer le rôle essentiel qu'il joue, notamment en matière de fixité de l'œuvre. De ce point de vue, l'avènement du numérique n'aurait pas dû surprendre, en ce sens que la nature du support de l'œuvre n'est pas quelque chose de figé, elle ne doit dès lors pas être imposée à l'auteur. Au contraire, le choix du support de diffusion de l'œuvre relève de la liberté de création de l'auteur qui tient compte de l'évolution de la technique et de la technologie. Par ailleurs, le choix peut aussi être justifié par la protection de l'authenticité de l'œuvre. Ainsi, un support immatériel peut offrir une meilleure protection de l'authenticité et de l'intégrité de l'oeuvre. C'est par exemple le cas du système des *NFT* qui confère une fiabilité aux fichiers informatiques en les rendant infalsifiables. Tandis qu'une œuvre sur support

[665] Valérie-Laure BENABOU, « Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle », *op.cit*.
[666] *Ibid.*

physique est susceptible de modification. Par exemple, en matière d'œuvre d'art, certains peintres peuvent être tentés de retoucher leur création dans les musées. Cela a été le cas du célèbre peintre perfectionniste Pierre Bonnard qui avait pour habitude de retoucher ses œuvres une fois exposées dans les musées. D'où l'utilisation du terme « bonnardiser » dans le milieu artistique.

466. Aujourd'hui, à l'instar de toutes les œuvres diffusées sous format numérique, le livre numérique, comme l'avait qualifié avec justesse en 2005 Madame Stéphanie Carrié, n'est plus un OCNI[667] (objet culturel non identifié) au sein de l'environnement juridique. Même s'il a tout de même fallu attendre la loi du 26 mai 2011 relative au prix du livre numérique pour avoir une reconnaissance officielle de cette réalité. L'article premier de cette loi indique clairement qu'elle « *s'applique au livre lorsqu'il est une œuvre de l'esprit créée par un ou plusieurs auteurs et qu'il est à la fois commercialisé sous sa forme numérique et publié sous forme imprimée ou qu'il est, par son contenu et sa composition, susceptible d'être imprimé, à l'exception des éléments accessoires propres à l'édition numérique*[668] ». Cette reconnaissance s'inscrit dans la continuité de l'arrêt *Pachot* à l'occasion duquel l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a reconnu la possibilité de protéger les programmes d'ordinateur par les règles du droit d'auteur. Selon les termes utilisés par les hauts magistrats, « le caractère scientifique de programmes informatiques n'est pas un obstacle à leur protection par le droit d'auteur. Il n'y a lieu de voir dans l'organigramme, la composition du logiciel, et dans les instructions rédigées, quelle que soit la forme de fixation, son expression, de sorte qu'un programme d'ordinateur ne constitue pas une simple méthode et que sa protection doit être examinée dans son ensemble », en conséquence, un logiciel peut être qualifié d'œuvre originale, donc être protégé par les règles du droit d'auteur, lorsqu'il est établi qu'il révèle l'apport intellectuel de son auteur[669].

467. Livre numérique et livre numérisé. Il est important de rappeler qu'il existe une grande distinction entre livre numérique et livre numérisé. Si les deux ont en commun l'utilisation d'outils numériques, la similitude s'arrête à ce niveau, en ce sens que le livre numérisé part souvent d'un ouvrage déjà édité selon le format

---

667 Stéphanie CARRIE, « Le livre numérique : un « OCNI » (Objet culturel non identifié) », *Comm. com. électr.*, n° 10, oct. 2005, étude 36.
668 Article 1er de la loi n° 2011-590 du 26 mai 2011 relative au prix du livre numérique.
669 Ass. plén., 7 mars 1986, n°83-10.477 ; *JurisData* n° 1986-098125 ;

traditionnel, c'est-à-dire sur support matériel. C'est uniquement par la suite qu'intervient la numérisation. A cet égard, la loi du 1er mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XXe siècle permet la numérisation des livres publiés en France avant le 1er janvier 2001 par un organisme de gestion collective[670]. Aussi, la numérisation d'un livre peut relever d'une exception au droit auteur telle que l'exception à la copie privée ou encore le fait d'une personne autre que l'éditeur. C'est le cas d'un prestataire à l'image de la BNF qui numérise les ouvrages anciens en vue de leur conservation. En résumé, « le livre numérisé est celui qui a été *ab initio* imprimé et publié sur un support tangible, puis qui s'est vu numérisé, généralement après plusieurs années et par un opérateur extérieur. Le livre numérique, lui, est celui qui a été pensé pour la forme immatérielle - spécialement pour des appareils de lecture spécifiques tendant à se rapprocher au plus près du confort de lecture offert par le papier - et publié et exploité sous cette seule forme ou concomitamment à une édition papier[671] ». Contrairement au livre numérisé, le livre numérique n'a pas pour but principal la conservation de l'œuvre. Comme le livre sous format papier, il vise à diffuser l'œuvre, améliorer la vente et surtout s'adapter aux nouvelles technologies afin de toucher le plus de monde. C'est un véritable instrument de diffusion de la culture en général et de l'œuvre en particulier car les livres numériques « bénéficient de formatages particuliers destinés, si ce n'est à faciliter leur lecture, du moins à rendre celle-ci plus agréable et plus ergonomique, qui implique l'existence de logiciels permettant de lire ces formats sur la liseuse ou le lecteur[672]». Ils permettent donc de toucher un public plus jeune et dynamique.

468. En outre, l'autre observation que l'on peut faire à propos de cette distinction concerne le consentement de l'auteur, plus précisément le moment auquel il est invité à le manifester. Dans le cadre de la numérisation d'un ouvrage, il est manifeste que le consentement de l'auteur s'exprime après le consentement à la première publication sous la forme imprimée. Tandis qu'en matière d'ouvrage à la fois sous forme imprimée et sous forme numérique, on assiste à l'expression d'un double consentement au même moment et le plus souvent dans un seul acte divisé en deux parties : une partie portant

[670] Les modalités et régimes juridiques de ces œuvres sont régis par les articles L. 134-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle. Pour d'amples développement, v. Chapitre 2 du titre 1er de la seconde partie de cette thèse.
[671] Boris Barraud, « De l'imprimé au numérique - Le régime juridique des médias écrits à l'épreuve de leur dématérialisation », *RLDI, n°*85, 1er août 2012.
[672] André R. BERTRAND, *Créations littéraires, droits des éditeurs et des journalistes*, Chapitre 206 *op.cit*.

sur la cession de l'édition sous format papier et une autre sur la cession sous format numérique comme l'exige l'article L. 132-17-1 du Code de la propriété intellectuelle qui prévoit que, « *lorsque le contrat d'édition a pour objet l'édition d'un livre à la fois sous une forme imprimée et sous une forme numérique, les conditions relatives à la cession des droits d'exploitation sous une forme numérique sont déterminées dans une partie distincte du contrat, à peine de nullité de la cession de ces droits* ». Cette manière de procéder vise à assurer à l'auteur un meilleur rendement sur l'exploitation de son œuvre en profitant des multiples possibilités qu'offre le numérique en matière de gestion et d'organisation des œuvres de l'esprit. Dans le même sens, le livre numérique peut concerner « un livre classique retravaillé et enrichi (…) devenant ainsi un *hyperlivre*[673]». Pour ce faire, l'autorisation de l'auteur doit être sollicitée à nouveau. S'agissant par exemple de l'œuvre audiovisuelle, l'avant dernier alinéa de l'article L. 121-5 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que « *tout transfert de l'œuvre audiovisuelle sur un autre type de support en vue d'un autre mode d'exploitation doit être précédé de la consultation du réalisateur* ». Cela dit, la démocratisation du numérique a permis de revigorer les partisans de l'idée d'un monde sans droit d'auteur.

469. Le risque d'un contournement du droit d'auteur par l'usage du numérique. Il faut rappeler que, pendant un temps, le développement de la technique et de la technologie a renforcé les partisans d'une libre utilisation des œuvres de l'esprit. Les adeptes de cette logique contestataire du droit d'auteur résument leurs approches en six points qualifiés de « non négociables » : « libre circulation des informations sur internet, abolition du droit d'auteur, droit complet à l'anonymat sur internet, droit au partage libre et sans contrainte de toutes les œuvres numériques, suppression de la taxe sur les supports vierges, et gratuité d'accès à la toile[674] ». En réalité, ce mouvement vise tout simplement à supprimer le consentement de l'auteur sur son œuvre, en faisant fi de ses droits patrimoniaux et extra-patrimoniaux. Il considère le corps de règles qui composent le droit d'auteur comme assez lourd et injustifié en ce sens que l'œuvre artistique n'est pas un bien que l'on acquiert comparativement aux autres catégories de biens qui sont produits grâce à l'exercice d'un « métier » telle que la menuiserie, la maçonnerie, le commerce *etc.* Leur

673 Boris BARRAUD, « De l'imprimé au numérique - Le régime juridique des médias écrits à l'épreuve de leur dématérialisation », *op. cit*.
674 Dumons OLIVIER, « *Droits d'auteur : la résistance s'organise* » : Lemonde.fr, 06.07.06 https://www.multitudes.net/article26542654/.

conception, qui ne date pas d'aujourd'hui, est fondée sur des idées reçues qui refusent de considérer les activités artistiques comme rémunératrices. Par exemple, dans son dictionnaire des idées reçues, Gustave Flaubert écrivait ceci à propos de l'art : « ça mène à l'hôpital. À quoi ça sert, puisqu'on le remplace par la mécanique qui fait mieux et plus vite ». Plus loin, il fait un compte rendu caustique de la perception que l'on ~~avait~~ a de l'artiste à l'époque. Voici les termes qu'il utilise sans fioriture aucune : « Artiste : tous farceurs. Vanter leur désintéressement (*vieux*). S'étonner de ce qu'ils sont habillés comme tout le monde (*vieux*). Gagnent des sommes folles, mais les jettent par les fenêtres. Souvent invités à dîner en ville. Femme artiste ne peut être qu'une catin. Ce qu'ils font ne peut s'appeler travailler[675] ». Comme il a été souligné précédemment, certaines de ces idées perdurent, au point d'avoir tenté d'utiliser le numérique pour empêcher la protection du consentement de l'auteur sur son œuvre qui ne serait pas, selon leur conception, le résultat d'un véritable travail.

470. En résumé, on constate que l'introduction du numérique en matière de gestion des créations artistiques n'a pas eu pour effet la mise à l'écart du consentement de l'auteur. Même s'il y a eu du retard au démarrage de la part du législateur pour encourager les offres dans le domaine, le principe du consentement de l'auteur n'a jamais été remis en cause. Il doit toujours être sollicité afin qu'il consente ou non à l'exploitation de son œuvre dans le cadre des nouvelles possibilités qu'offre la technique et la technologie sous réserve de quelques exceptions comme dans le cadre de la fouille de données automatisé prévue par l'article 4 de la directive DANUM[676]. C'est en cela que la mise à mort redoutée des règles de protection du consentement de l'auteur par le biais du numérique n'a pas eu lieu. Au contraire, la question de la protection de l'œuvre par des dispositifs de verrouillages s'est très vite imposée comme

---

[675] Gustave FLAUBERT, *Dictionnaire des idées reçues*, Editions du Boucher, p. 6 et 7.

[676] Directive (UE) 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 et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE. Selon son article 4 : 1. Les États membres prévoient une exception ou une limitation aux droits prévus à l'article 5, point a), et à l'article 7, paragraphe 1, de la directive 96/9/CE, à l'article 2 de la directive 2001/29/CE, à l'article 4, paragraphe 1, points a) et b), de la directive 2009/24/CE et à l'article 15, paragraphe 1, de la présente directive pour les reproductions et les extractions d'œuvres et d'autres objets protégés accessibles de manière licite aux fins de la fouille de textes et de données. 2. Les reproductions et extractions effectuées en vertu du paragraphe 1 peuvent être conservées aussi longtemps que nécessaire aux fins de la fouille de textes et de données. 3. L'exception ou la limitation prévue au paragraphe 1 s'applique à condition que l'utilisation des œuvres et autres objets protégés visés audit paragraphe n'ait pas été expressément réservée par leurs titulaires de droits de manière appropriée, notamment par des procédés lisibles par machine pour les contenus mis à la disposition du public en ligne. 4. 1. Le présent article n'affecte pas l'application de l'article 3 de la présente directive ».

un élément central[677], même si cela n'a pas empêché que se tienne le débat entre les tenants du tout numérique et ceux de l'ancien monde du droit d'auteur.

B : LE NUMERIQUE FACE A LA CONCEPTION CLASSIQUE DU DROIT D'AUTEUR

471. La crainte pour le sort du consentement de l'auteur. Au regard de la vitesse à laquelle s'est développé le numérique, les règles en matière de protection du droit d'auteur sont apparues tout à coup insuffisantes voire obsolètes à certains égards. Les raisons de ce bouleversement étaient que le système d'exploitation des œuvres littéraires et artistiques était relativement simple, car facile à tracer. Cela offrait de la simplicité en termes de contrôle. Par exemple, le système de distribution de la musique à l'époque reposait « sur une technologie ancienne dans laquelle il faut transporter matériellement le disque, la cassette ou le DVD, de l'usine de production jusqu'au consommateur, grâce à un réseau de distribution[678] ». Ce procédé était rassurant en ce sens qu'il permettait non seulement d'avoir une traçabilité, mais aussi une facilité en termes de vérification des autorisations consenties par l'auteur tout au long de la chaine.

472. Les atouts du système traditionnel d'exploitation conjugués à la crainte suscitée par l'avènement du numérique ont conduit systématiquement le législateur et la jurisprudence à adopter une attitude répressive vis-à-vis des utilisateurs de cette nouvelle façon d'utiliser l'œuvre. En effet, plutôt que de chercher à accompagner l'exploitation numérique des œuvres, on a priorisé la répression des utilisations illicites. Comme si on était persuadé qu'en procédant de la sorte, on allait empêcher ce nouveau mode de consommation[679] de se développer. L'immobilisme observé par les

---

[677] *Conf*. Section 2 de ce chapitre.

[678] Mercouroff WLADIMIR, « La licence légale, pas si injuste », *Libération*, vendredi 30 décembre 2005 https://www.multitudes.net/la-licence-legale-pas-si-injuste/.

[679] Par exemple, la loi HADOPI du 12 juin 2009 avait prévu la possibilité pour l'autorité de régulation de prononcer des sanctions allant jusqu'à la suspension d'internet au titulaire de l'accès dont les services auraient été utilisés dans le cadre d'une exploitation frauduleuse des œuvres de l'esprit. Par la suite, la disposition a été censurée par le Conseil constitutionnel pour qui « la compétence reconnue à cette autorité administrative (qui n'est pas une juridiction) n'est pas limitée à une catégorie particulière de personnes mais s'étend à la totalité de la population ; que ses pouvoirs peuvent conduire à restreindre l'exercice, par toute personne, de son droit de s'exprimer et de communiquer librement, notamment depuis son domicile ; que, dans ces conditions, eu égard à la nature de la liberté garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789, le législateur ne pouvait, quelles que soient les garanties encadrant le

tenants d'une telle politique conservatiste a entrainé des conséquences négatives sur l'industrie culturelle notamment en encourageant la piraterie et le développement de la contrefaçon. Le constat fait par Monsieur Edgard Bronfman conforte cette analyse sur ce point et mérite d'être reproduit ici. Ainsi, pour cet auteur, « nous nous sommes mentis à nous-mêmes (…). Nous pensions que notre contenu était parfait tel qu'il était. Nous nous attendions à ce que notre business model reste glorieusement inchangé, alors même que le monde de l'interactivité, la possibilité d'être constamment connecté et le partage de fichiers étaient en train d'exploser. Et nous avions tort, bien sûr. Comment avions-nous tort ? En restant immobiles ou en évoluant à un rythme beaucoup trop lent, nous sommes partis en guerre contre nos consommateurs sans nous en rendre compte, en leur refusant ce qu'ils voulaient et pouvaient obtenir ailleurs et, bien évidemment, le résultat a été que les consommateurs ont gagné[680] ». Ce que l'auteur appelle ironiquement ici victoire relate l'instauration d'une habitude de consommer illicitement les œuvres par le biais du numérique. Si on avait compris et commencé par ne pas concentrer tous les efforts sur la répression, mais au contraire par encourager les offres dans le domaine, on aurait pu permettre une utilisation du numérique profitable aux auteurs. Comme l'a fait observer un auteur, « si le partage s'est développé sans contrôle, ce n'est pas que les mesures répressives ont manqué. C'est qu'après s'être trop bien adaptée (…) l'industrie s'est montrée incapable d'adapter son offre à l'émergence d'internet. Elle s'est contentée de prolonger – trop longtemps – ses modèles de distribution. Elle n'a pas proposé de nouvelle offre. A-t-elle cherché à enrichir l'existante ? Même pas[681] ».

473. La nécessité de s'adapter. Par la suite, le droit d'auteur se devait de s'adapter car, vouloir rester dans une *enclosure*[682] l'aurait conduit inévitablement à sa perte. Surtout que par le passé, les techniques d'exploitation des œuvres littéraires et artistiques ont toujours évolué en s'adaptant à chaque nouvelle tendance. En ce sens,

---

prononcé des sanctions, confier de tels pouvoirs à une autorité administrative dans le but de protéger les droits des titulaires du droit d'auteur et de droits voisins ». V. Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580-DC, consi. n°16 ; *AJDA* 2009, p.1132.

[680] Discours tenu lors du « GSMA Mobile Asia Congress », cité dans « Techcrunch » par Duncan Riley, 14 novembre 2007.

[681] Gilles BOENISCH, « Juan BRANCO, *Réponses à Hadopi* », *Questions de communication*, n°24, 2013 ; V. égl. Juan BRANCO, *Réponses à Hadopi*, Capricci, 2011.

[682] Mot d'origine anglaise qui désigne la « clôture des terres acquises par les grands propriétaires à la suite du partage des biens communaux, transformant en bocage (*closed field*) l'ancien paysage (*openfield*) ». V. *Le petit Larousse illustré*, 2012.

comme le rappelle un auteur, « l'internet fait naître une nouvelle technologie de distribution des contenus qui, à terme, va faire disparaître l'ancienne, en tout cas sous sa forme actuelle. Une technologie en chasse une autre : le cheval a été remplacé par l'automobile, le disque en vinyle par le CD, le DVD va remplacer le CD…Les technologies sont inévitablement provisoires[683] » et finissent parfois par s'additionner par la suite. Cette réalité ne devait pas être occultée par le droit d'auteur. Au contraire, il se devait d'adopter une attitude beaucoup plus réaliste permettant de tirer l'avantage de ce qui était perçu comme une menace à son égard. Et comme c'est le cas dans ce genre de situation, l'évolution a été amorcée par la pratique.

474. Le contrat et le fractionnement du consentement de l'auteur. En effet, la réalité a conduit les différents intervenants du secteur, pourtant aux intérêts opposés, à acter le fait qu'il fallait prendre désormais en compte la nouvelle donne induite par le développement du numérique. Ainsi, dans le secteur de l'édition, à travers l'accord entre le CPE (Conseil permanent des écrivains) et le SNE (Syndicat national de l'édition) sur le contrat d'édition dans le secteur du livre, les parties ont exprimé avoir pris conscience « du caractère encore incertain des évolutions induites par les technologies numériques dans le secteur de l'édition » et souhaitent que « l'élaboration normative puisse répondre à un souci de souplesse et d'évolutivité ». Dans l'optique d'une meilleure adaptation des règles encadrant le droit d'auteur, les professionnels du secteur se sont engagés à ouvrir des discussions régulières « afin de permettre l'anticipation des évolutions induites par les technologies numériques, l'adaptation aux évolutions des usages professionnels[684] ». Par ailleurs, ils ont décidé d'inciter à la prise en compte de l'incidence que représente le numérique sur le droit d'auteur dans la pratique des contrats. Prenant conscience du fait que les parties sont amenées à consentir à deux choses différentes, il a ainsi été suggéré que ce consentement soit exprimé deux fois dans un seul et unique document contractuel. En ce sens par exemple, s'inspirant de l'article L. 131-3 alinéa 3[685] du Code de la propriété intellectuelle, l'accord-cadre précité indique que « lorsqu'il prévoit l'édition d'un livre sous une forme numérique, le contrat d'édition détermine, dans une partie distincte,

[683] Mercouroff WLADIMIR, « La licence légale, pas si injuste », *op. cit.*

[684] Accord-cadre relatif au contrat d'édition à l'ère du numérique entre le conseil permanent des écrivains et le syndicat national de l'édition, 21 mars 2013 ; *Légipresse*, 2013, p.435.

[685] Article L. 131-3 alinéa 3 Code de la propriété intellectuelle : « Les cessions portant sur les droits d'adaptation audiovisuelle doivent faire l'objet d'un contrat écrit sur un document distinct du contrat relatif à l'édition proprement dite de l'œuvre imprimée ».

les conditions relatives à la cession des droits d'exploitation numérique de l'œuvre à peine de nullité de la cession de ces droits[686] ». En d'autres termes, les parties devront « négocier les droits deux fois : l'une pour l'imprimé et l'autre pour le numérique[687] ».

475. Il faut noter que pour les Professeur Jean-Michel Bruguière et Pierre Deprez, cela « est très favorable aux intérêts des éditeurs. Ces derniers ont en effet certainement la crainte de voir les auteurs monnayer leurs droits numériques auprès de tiers. La crainte est légitime lorsque les éditeurs ont fortement investi sur les créateurs[688] ». Cependant, la stipulation, en termes d'objectif, s'éloigne de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle alinéa 1er qui dispose que « *la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée* ». Cette disposition invite l'auteur à diversifier ses partenaires contractuels en l'incitant à ne pas céder l'ensemble de ses droits d'exploitation à un seul cessionnaire. Aussi, elle s'éloigne également de l'objectif visé par l'article L. 122-7[689] du même code qui permet à l'auteur de céder à plus d'une personne ses droits, dans le but d'éviter de voir s'installer dans la pratique un système de présomption de cession de fait de l'ensemble des droits d'exploitation numérique lors de la conclusion du contrat. Or, comme le montre l'accord cadre validé d'ailleurs par le législateur à travers l'article L. 132-17-1 du Code de la propriété intellectuelle, les éditeurs sont en position de force en ce sens que, dans les faits, rien ne les empêche de conditionner la conclusion du contrat d'édition par l'acceptation par l'auteur de la cession de

---

686 Cette formule a été introduite par l'article L. 132-17-1 du Code de la propriété intellectuelle par l'ordonnance du 12 novembre 2014 modifiant les dispositions du code de la propriété intellectuelle relatives au contrat d'édition. Selon cette disposition, « *lorsque le contrat d'édition a pour objet l'édition d'un livre à la fois sous une forme imprimée et sous une forme numérique, les conditions relatives à la cession des droits d'exploitation sous une forme numérique sont déterminées dans une partie distincte du contrat, à peine de nullité de la cession de ces droits* ».

687 Benoît KERJEAN, « Pratique contractuelle. Contrats de l'édition. Les nouveaux (?) usages de l'édition numérique », *Comm.com. électr.*, sept. 2014, p. 15.

688 Jean-Michel BRUGUIERE, Pierre DEPREZ « Les sept nouveaux chapitres du droit du livre numérique », *Légipresse,* 2014 p.19.

689 Article L. 122-7 Code de la propriété intellectuelle : « *Le droit de représentation et le droit de reproduction sont cessibles à titre gratuit ou à titre onéreux. La cession du droit de représentation n'emporte pas celle du droit de reproduction. La cession du droit de reproduction n'emporte pas celle du droit de représentation.*
Lorsqu'un contrat comporte cession totale de l'un des deux droits visés au présent article, la portée en est limitée aux modes d'exploitation prévus au contrat ».

l'exploitation numérique. L'avantage que procure cette disposition aux éditeurs est renforcé par le fait qu'en cas de manquement, la nullité qui sera prononcée n'affectera pas le contrat dans son entièreté. En ce sens d'ailleurs, la Cour d'appel de Paris a jugé que « si la cession relative aux droits d'exploitation de la forme numérique de l'œuvre encourt la nullité en application de l'article L. 132-17-1 en ce qu'elle n'a pas été déterminée dans une partie distincte du contrat, ladite nullité n'entache pas la validité du contrat dans son ensemble[690] ». Autrement dit, si le contrat n'isole pas la partie numérique, il n'encourt pas la nullité dans sa totalité, seule la cession des droits numériques sera nulle. Cela dit, une telle décision est justifiée par une caractéristique particulière des règles du droit d'auteur : l'adaptabilité.

C : L'ADAPTABILITE DES REGLES DU DROIT DE LA PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE

476. La capacité d'adaptation du droit d'auteur. Comme il a été précédemment précisé, la capacité de résilience des règles en matière de droit de la propriété littéraire et artistique face à la révolution numérique réside dans leur faculté d'adaptation rapide à chaque nouvelle donne. La discipline puise cette faculté sur le long chemin qui a conduit à sa reconnaissance et à son autonomisation en tant qu'entité juridique spéciale. En ce sens, pour reprendre les propos du Professeur Laurent Pfister, « avec la révolution numérique, la survie du droit d'auteur [était] devenue une question obsédante. Pourtant, sa construction historique, résultat d'une lutte sans cesse renouvelée pour placer, en France au moins, l'auteur au cœur de la protection, témoigne de la capacité d'adaptation du droit aux transformations techniques, économiques et sociales[691] ».

477. L'ingéniosité pour élargir la protection du consentement aux nouvelles façons d'accéder à l'œuvre a consisté à étendre, tout en les adaptant bien sûr, les règles classiques. Ainsi, par exemple, si le coût de reproduction d'un ouvrage numérique est quasiment nul, le tarif appliqué n'est que légèrement inférieur à celui appliqué pour l'édition papier. Cela est dû au fait que le législateur a fait un choix, certainement judicieux, qui a consisté à étendre le principe du prix unique du livre aux ouvrages

[690] Paris, 11 mai 2021, n° 19/00977, *JurisData* n° 2021-019038.
[691] Laurent PFISTER, « Mort et transfiguration du droit d'auteur ? Éclairages historiques sur les mutations du droit d'auteur à l'heure du numérique », *Les cahiers de la justice*, 2012, p.13.

numériques[692]. En procédant de la sorte, le législateur « en fait le principe de plusieurs « prix uniques », selon le type d'offre et les modalités d'accès et d'usage[693] ». Ce qui n'est pas consensuel, « la fixation du prix du livre numérique est incompréhensible (…). Peut-être que cette politique de prix insensée a pour but de dissuader les lecteurs de lire au format numérique afin de protéger les librairies[694]». L'autre crainte était que cela puisse nuire à l'utilisateur qui aurait pu avoir des livres beaucoup moins chers. Au lieu de cela, on se retrouve avec une tarification qui fait que les livres numériques semblent très surpayés compte tenu de leur absence de support physique. En tout état de cause, le choix d'une telle politique a le mérite de maintenir la valeur économique des œuvres de l'esprit malgré le coup faible induit par la digitalisation.

478. La clause d'adaptabilité. L'adaptabilité des règles de propriété intellectuelle est une caractéristique qui permet aux acteurs d'être beaucoup plus vigilants, prudents et surtout rassurés lors de la conclusion du contrat. Cette caractéristique se lit par exemple à travers l'article L. 131-6 du Code de la propriété intellectuelle qui prévoit que « *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* ». Cette disposition n'est pas sans rappeler l'article 1195 du Code civil[695] qui consacre la théorie de la révision pour imprévision dans les relations contractuelles. Pour ce qu'il s'agit des règles du droit d'auteur, celles-ci permettent la prise en compte dans le droit contractuel de l'imprévisibilité dont l'origine est dans le monde réel. Ainsi, la disposition précitée, qui reprend mot pour mot les termes de l'article 38 de la loi 1957, témoigne d'une véritable vision avant-gardiste de la part du législateur. Cela a pour

---

[692] V. Loi n°81-766 du 10 août 1981 dite « Lang » et loi n° 2011-590 du 26 mai 2011 relative au prix du livre numérique.

[693] Alexis BOISSON, « La réforme du contrat d'édition en France », *RFPI*, n°1, sept.2015.

[694] « Le prix du livre numérique », *Franceinter*, mercredi 6 mai 2020 https://www.radiofrance.fr/franceinter/podcasts/les-80-de/le-prix-du-livre-numerique-4992200 consulté le 12/12/2024.

[695] Article 1195 Code civil : « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.*
En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

effet de faciliter le travail du juge à chaque fois que la question lui est posée de savoir si les clauses prévoyant la possibilité pour le cessionnaire d'exploiter l'œuvre sous une forme différente de celle pour laquelle l'auteur avait donné son consentement initial étaient valables. Aussi, il faut souligner tout d'abord que cette autorisation est une véritable exception à la logique exposée au sein de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle qui, avec une précision implacable, exige en son alinéa premier que dans le contrat de cession de droits d'auteur, « *chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée* ». N'eut été le dispositif posé par l'article L. 131-6, le cessionnaire aurait été tenu de solliciter à chaque fois le consentement de l'auteur avant d'envisager toute nouvelle forme d'exploitation pour les contrats conclus avant l'avènement de l'ère numérique. En apportant de la souplesse à la rigidité de certains principes, le législateur permet la validation *a priori* des clauses contractuelles dont l'objet n'est pas déterminé voire déterminable au moment de la conclusion du contrat. Ce faisant, il encadre ainsi l'imprévisibilité.

479. La clause d'adaptabilité et le consentement de l'auteur. Cette façon de voir les choses peut sembler être en totale contradiction avec l'indépendance de l'auteur dans l'expression de son consentement. C'est pourquoi, afin d'amoindrir les effets d'une telle contrainte imposée à l'auteur, le législateur a prévu un mécanisme que l'on peut qualifier de compensation financière. En ce sens, toute nouvelle forme d'exploitation non prévue expressément par le contrat oblige le cessionnaire à associer l'auteur « aux profits » d'exploitation, même s'il n'est pas certain qu'une telle mesure soit de nature à compenser efficacement l'absence de sollicitation du consentement de l'auteur. En effet, comme évoqué dans les lignes qui précèdent, le cessionnaire est dans la plupart des cas en position de force et l'auteur n'aura n'a d'autre choix que d'accepter les conditions qu'il lui soumet.

480. La jurisprudence a réellement saisi la véritable mesure du problème. En appliquant cette disposition au contrat, elle s'assure tout de même que la clause en question prévoit bel et bien la possibilité d'une exploitation non prévisible au moment de la conclusion du contrat. Par exemple, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé qu'une cour d'appel « doit rechercher si un contrat d'édition daté du 17 mars 1946 emporte ou non cession sans limitation de la propriété pleine et entière du droit

d'exploitation, pour toute la durée légale de protection, sous une forme prévisible ou non prévue, y compris celle de son droit d'exploitation numérique[696]».

481. Toujours dans le même ordre d'idées, très tôt, les juges du fond avaient déjà commencé à éclairer le régime juridique de ce type de clause. Par exemple, dans un litige qui a opposé le magazine *Le figaro* à des journalistes à propos de l'exploitation de leurs contributions sur le Minitel, la Cour de d'appel de Paris avait jugé que « l'édition télématique sur Minitel du Figaro et l'archivage sur serveur ne peuvent être assimilés à un prolongement de la diffusion sur papier, s'agissant d'une technologie nouvelle, non envisagée lors de la conclusion du contrat de travail, et d'une exploitation par la société éditrice moyennant une redevance en fonction de la durée de consultation ». Plus loin, la Cour précise que « le droit de reproduction cédé [*au Figaro*] était épuisé dès la première publication sous la forme convenue, soit le premier support papier et que toute nouvelle reproduction sur un support de même nature ou sur un support différent impliquait l'accord préalable des parties contractantes, en contrepartie d'une rémunération équitable[697] ». Plus récemment, la Cour de cassation a eu l'occasion de souligner que « l'exploitation des photographies par l'archivage et la mise en ligne des journaux sous format PDF, non prévisible lors de la cession des droits, ne s'inscrit pas dans la continuité de l'œuvre première et constitue un usage autre que celui contractuellement prévu[698] ». L'article L. 131-6 du Code de la propriété intellectuelle n'est donc pas d'une application spécifique au droit d'auteur *stricto sensu*. Il s'intéresse à d'autres secteurs à l'image du monde de la presse. Sur ce point, il est possible d'affirmer que « la cession du droit de reproduction de photographies au format papier, destinées à figurer dans un périodique de presse, n'inclut pas automatiquement le droit de reproduction de ces mêmes œuvres au format numérique. Une cession implicite de ce droit ne saurait être admise que si elle est correctement justifiée et délimitée dans son champ d'application[699]».

---

[696] Crim., 12 mars 2013, n° 12-85.163, *JurisData* n° 2013-006702 ; *Comm. com. électr.*, n° 7-8, juill. 2013, comm. 74, note Christophe CARON.

[697] Paris, 1re ch., 10 mai 2000 ; *JurisData* n° 2000-112151 ; *Comm. com. électr.*, juin 2000, act. 104, obs. François-Régis LEVOL.

[698] Civil, 1re, 4 juill. 2019, n° 18-17.155 ; *Légipresse*, 2019 p.394 ;

[699] V. Le commentaire de Philippe MOURON sur civ. 1re, 4 juill. 2019 intitulé « De la cession du droit de diffusion de photographies d'illustration dans un service d'archives en ligne », *Dalloz IP/IT,* 2019, p.623.

482. La difficulté que suscite cette disposition ne date pas d'aujourd'hui. Déjà, Monsieur André Huguet, dans son analyse de l'article 38 de loi de 1956, ancêtre de l'article L. 131-6 du Code de la propriété intellectuelle, notait le fait que la disposition vidait de son objet[700] l'article 30 alinéa 4 de la loi de 1957 (actuel article L. 122-7 du Code de la propriété intellectuelle) qui prévoit que toutes les fois où un contrat comporte cession totale du droit de représentation et droit de reproduction, « *la portée en est limitée aux modes d'exploitation prévus au contrat* ». Autrement dit, seuls les modes d'exploitation prévus au contrat feront foi. Or, le type de clause que prévoit l'article L. 131-6 permet de paralyser cette disposition en ce sens qu'elle valide à la fois les modes d'exploitation non seulement imprévisibles, mais surtout imprévus au moment de l'échange des consentements entre les parties. La difficulté de conciliation ne se limite pas uniquement à l'article L. 122-7. On peut citer aussi, l'article L. 131-3 alinéa 1er qui dispose que « *la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée* ». Cette disposition semble ne pas donner de place à tout ce qui était imprévisible au moment du contrat. En suivant cette interprétation, il est difficile de s'aligner sur les positions du Professeur André Huguet lorsqu'il affirme que « le législateur aurait dû distinguer entre les modes prévisibles et les modes imprévisibles lors du contrat » et n'autoriser que la cession des derniers par une clause expresse. Mais, au lieu de cela, « la loi a mélangé les modes imprévus et imprévisibles, de sorte qu'on aboutit à une grande incohérence, peu favorable aux auteurs[701] ». Cependant, si une telle interprétation a le mérite de mettre en évidence les incohérences rédactionnelles de la loi, elle ne permet cependant pas de mettre l'accent sur la capacité des règles de la discipline à s'adapter, étant donné qu'elle se contente d'assimiler l'épithète non « prévu » à une absence de diligence des parties qui n'auraient pas jugé nécessaire de prévoir des modes d'exploitation dans le contrat pourtant possibles au moment de l'échange des consentements.

483. A rebours de cette analyse, le Professeur Henri Desbois a une autre lecture, qui semble plus adaptée. Pour lui, « le défaut de prévision s'entend d'une défaillance

[700] André HUGUET, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur : étude sur la loi du 11 mars 1957*, n°179, p.130, *op. cit.*
[701] André HUGUET, *op. cit.*

commune aux deux parties ; il ne suffirait pas que, seul, l'auteur n'eût aucune idée d'un mode futur d'exploitation, qui deviendra peut-être le pain quotidien de demain, pour que la clause supplétive et abstraite fût valable ; l'ignorance doit être partagée par son cocontractant, souvent mieux averti des prochaines applications de découvertes[702] ». En d'autres termes, au moment du contrat, la référence aux modes d'exploitation imprévisibles et non prévus doit se comprendre comme des modes qui ne sont pas connus de la technique et de la technologie, et qui échappent au moment de la conclusion du contrat aux deux parties. Cette analyse est partagée par une partie de la doctrine actuelle à l'instar du Professeur Frédéric Pollaud-Dulian qui affirme que la clause visée par l'article L.131-6 du Code de la propriété intellectuelle « concerne les formes d'exploitation qui n'existent pas encore au moment de la conclusion du contrat – qu'elles soient prévisibles ou envisageables, ou totalement imprévisibles, inimaginables[703] ». Cela dit, mettre l'auteur, eu égard au fait qu'il soit considéré comme une partie faible, dans le même rapport d'égalité que son co-contractant peut interroger, notamment du point de vue de la bonne foi et de l'obligation d'information en droit commun des contrats.

484. L'obligation d'information. En effet, les formes connues et prévisibles au moment de la conclusion du contrat ne devraient pas bénéficier d'un traitement de faveur. Cet argument peut être justifié par le fait que le co-contractant de l'auteur est souvent un professionnel en ce sens qu'il est censé exercer une activité qui rentre dans son domaine de compétence. Sa qualité lui confère un avantage par rapport à l'auteur lorsqu'il s'agit de se projeter sur les modes d'exploitation futures. Par exemple, en matière de contrat d'édition, l'éditeur, eu égard à son métier, est mieux outillé pour s'enquérir des formes d'exploitation futures. En réalité, il dispose d'un réseau d'informations beaucoup plus précis ; il assiste à des conférences et dispose de services de recherche et de développement. Dès lors, il est logique que se pose la question de l'obligation précontractuelle d'information à son égard. Autrement dit, l'éditeur est-il tenu d'informer l'auteur des futurs modes d'exploitation de son œuvre ? En effet, l'obligation d'information est une exigence précontractuelle. Elle est aujourd'hui codifiée à l'article 1112-1 du Code civil qui dispose en son premier alinéa que « *celle des*

[702] Henri DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 3e éd., n° 530, p.642, *op. cit.*
[703] Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, n°1380, p.951*, op.cit.* Michel Vivant et Jean Michel-Bruguière abondent aussi dans le même sens : V. Michel VIVANT et Jean MICHEL-BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, n°746, *op.cit.*

parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant ». Le troisième alinéa de la même disposition donne des exemples d'informations considérées comme déterminantes. Ainsi, « *ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties* ». En droit d'auteur, les formes d'exploitation de l'œuvre sont des éléments qui participent au contenu du contrat. On peut en déduire que le fait pour le cocontractant de s'abstenir de transmettre des informations sur les modes d'exploitation future de l'œuvre est de nature à vicier le consentement de l'auteur. La sanction en cas de non-respect de cette obligation peut aller jusqu'à l'annulation du contrat ~~conclu~~ comme le précise le dernier alinéa de l'article précité. S'agissant des contrats en droit d'auteur, cette nullité pourrait consister à neutraliser uniquement la clause de l'article L. 131-6 du Code de la propriété intellectuelle.

485. L'obligation de bonne foi. En plus du devoir d'information, le cocontractant de l'auteur peut être contraint de respecter l'obligation de bonne foi. L'article 1104 du Code civil, d'ordre public, dispose que « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ». L'article 1112 alinéa 1er du même code abonde dans le même sens en préconisant que « *l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi* ». Si l'acheteur n'est pas tenu d'informer le vendeur de la valeur exacte de la chose, en droit d'auteur on peut légitimement estimer que le cocontractant de l'auteur est tenu de l'informer sur les modes futurs d'exploitation de l'œuvre. Cette analyse est tout à fait conforme à l'arrêt *Baldus* dont la portée est uniquement limitée à la non-obligation pour l'acquéreur de révéler au vendeur la valeur exacte de son bien[704]. De ce point de vue, le non-respect de l'obligation de bonne foi peut être assimilé à une réticence dolosive. En ce sens, il été jugé que « le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant a son cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter[705]». Autrement dit, outre le mensonge et les manœuvres, le silence sur un ou des éléments

[704] Civ. 1re, 3 mai 2000, n° 98-11.381, *Baldus*. Dans le même sens, en 2007, il a été explicitement précisé que « l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis ». V. Civ. 3e, 17 janv. 2007, n° 06-10.442 ; *AJDI*, 2007, p. 416.
[705] Civ. 3e, 15 janvier 1971, n° 69-12.180 ; *RTD civ*. 1971, p. 839, obs. Yvon LOUSSOUARN.

déterminants du consentement de l'un des cocontractants peut être constitutif de dol. En cela, « la bonne foi apparaît aussi comme un principe protecteur du consentement en fondant la sanction du dol, cause de nullité du contrat[706] ». Ainsi, la clause de l'article L.131-6 du Code de la propriété intellectuelle ne peut s'appliquer que lorsque le cocontractant de l'auteur est de bonne foi. Lorsque sa mauvaise foi est constatée, le contrat peut être annulé pour dol ou, lorsque les parties l'envisagent, celui-ci peut être renégocié sans aucune obligation de parvenir à un accord[707].

486. Par ailleurs, en prévoyant que « *la clause d'une cession qui tend à conférer le droit d'exploiter l'ouvre 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 »,* l'article L. 131-6 du Code de la propriété intellectuelle peut être perçu comme un obstacle à la liberté contractuelle. Toutefois, on observe que le législateur n'impose pas de rédiger une telle clause. Lorsqu'elle n'est pas envisagée, le consentement de l'auteur est nécessaire à toute nouvelle forme d'exploitation de l'œuvre. C'est seulement dans l'hypothèse inverse que les parties doivent se conformer aux prescriptions de l'article L. 131-6 précité qui peut être analysé comme favorable à l'auteur. En effet, la clause prévoit pour l'auteur « *une participation corrélative aux profits d'exploitation* ». Le législateur part du postulat que l'auteur doit bénéficier des profits générés par toute nouvelle forme d'exploitation. Toutefois, la disposition ne précise pas explicitement sous quelle forme cette rémunération doit être versée. A ce niveau, le choix de la formulation, « *participation corrélative aux profits d'exploitation »,* permet de dire qu'il s'agit d'une participation proportionnelle aux résultats de l'exploitation. Cette analyse est partagée par la majorité des auteurs à l'instar du Professeur Frédéric Pollaud-Dulian qui souligne que la clause de l'article L. 131-6 « exclut tout recours à une rémunération forfaitaire et impose une rémunération proportionnelle aux recettes[708] ». En cas d'impossibilité d'établir une rémunération proportionnelle, la clause ne pourra pas s'appliquer étant donné qu'il ne serait pas de l'intérêt de l'auteur que soit établi une rémunération forfaitaire sur une forme d'exploitation qui n'existe pas au moment de la conclusion du contrat.

---

[706] Bérénice de BERTIER-LESTRADE, « La bonne foi dans la réforme française des contrats » in *Le contrat dans tous ses États*, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2019, p.141-160.

[707] Com., 3 oct. 2006, n° 04-13214 ; *D.* 2007 p.765.

[708] Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, 2e éd., Economica, 2014, n°1381. V. égal. Henri DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 3e éd. Dalloz, 1978, n°530

487. L'extension de la clause d'adaptabilité. Toutefois, au-delà du caractère adaptable que l'article L. 131-6 confère aux contrats en matière d'exploitation des œuvres littéraires et artistiques, se pose la question de savoir si la clause qu'il renferme demeure valable en cas de modifications induites par l'exploitation numérique de l'œuvre. En d'autres termes, les conséquences de l'adaptation numérique de l'œuvre seront-elles couvertes par la clause de l'article L.131-6 du Code de la propriété intellectuelle ? La réponse à cette question invite à se placer du point de vue de l'auteur et plus spécialement de celui de ses intérêts protégés par son consentement. En ce sens, toute adaptation de l'œuvre en vue de son exploitation sous une forme non initialement prévue qui entraînerait des conséquences sur son intégrité (ajouts, hyperliens) doit conduire à l'inapplicabilité automatique d'une telle clause et par conséquent à la sollicitation du consentement de l'auteur. Ce point de vue se justifie par le fait que cela n'a pas été prévu initialement dans le contrat et du fait que ce mode d'exploitation est de nature à modifier l'aspect général de l'œuvre en impactant sa structure. Ce faisant, le risque est celui d'une atteinte au droit moral de l'auteur, notamment à son droit au respect et à l'intégrité de l'œuvre.

488. Dans le même sens, une opinion autorisée soutient que toutes les fois que le nouveau mode d'exploitation a une incidence « neutre » sur l'œuvre, la clause de l'article L. 131-6 peut suffire. En revanche, « si la numérisation s'accompagne, comme il est fréquent, de l'interactivité (changement du défilement de l'œuvre, modification des images, combinaison de l'œuvre d'origine avec une autre pour introduire des fonctions hypertexte, des illustrations sonores…), le contrat ancien ne suffit plus, même s'il comporte la clause de l'art. L. 131-6, car une telle clause ne couvrirait qu'une exploitation de la même œuvre, non modifiée, par un mode qui était inconnu à l'époque du contrat ; or, il s'agit ici d'une exploitation de l'œuvre modifiée, nécessitant la cession du droit d'adaptation à cette nouvelle forme[709] ». Cette vision, à laquelle il est difficile de ne pas souscrire, est, tout à fait conforme à l'article L. 131-3 alinéa 3 du Code de la propriété intellectuelle qui prévoit que « *les cessions portant sur les droits d'adaptation audiovisuelle doivent faire l'objet d'un contrat écrit sur un document distinct du contrat relatif à l'édition proprement dite de l'œuvre imprimée* ». Dans une certaine mesure, accepter de faire jouer la clause de l'article L.131-6 sur une telle

[709] Jean-Louis GOUTAL, « Multimédia et réseaux : l'influence des technologies numériques sur les pratiques contractuelles en droit d'auteur », *D.* 1997 p.357.

modification reviendrait à valider la cession d'œuvres futures, pourtant interdite en principe par l'article L. 131-1 du Code de la propriété intellectuelle.

489. Le consentement de l'auteur et le sort des contrats conclus avant 1957. L'autre question que l'on doit se poser est le sort des contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la loi de 1957 notamment eu égard au principe selon lequel le contrat est soumis aux lois en vigueur au moment de sa conclusion[710]. Le cessionnaire peut-il être admis à exploiter l'œuvre sous un mode autre que celui prévu au moment du contrat ? Ou doit-il solliciter à nouveau le consentement de l'auteur ? En suivant le principe d'interprétation stricte des règles en droit de la propriété littéraire et artistique, il est évident que, dans une telle hypothèse, le consentement de l'auteur doit être à nouveau sollicité. En effet, dans une telle situation, rien ne s'oppose à ce que le principe d'interprétation stricte des contrats en droit d'auteur s'applique. Ce principe résulte de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle qui précise dans son alinéa 1er que « *la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée* ». La jurisprudence est intraitable sur la question. Elle rappelle à chaque fois que l'occasion se présente que « l'auteur est supposé s'être réservé tout droit ou mode d'exploitation non expressément inclus dans un contrat de cession[711] ».

490. La question ~~posée~~ présente une certaine complexité due au fait qu'elle mélange à la fois les aspects de sécurité juridique et de d'adaptabilité auxquels peut faire face tout contrat. D'ailleurs, cette complexité s'observe à travers les décisions jurisprudentielles rendues en ce sens. L'oscillation entre fermeté dans l'application des principes et volonté d'assouplissement des règles, rend difficile une lecture claire et précise de la jurisprudence en la matière.

491. D'abord, dans l'arrêt *Collette (cf supra)*, rendu à propos d'un contrat conclu avant l'entrée en vigueur de la loi de 1957, la Cour de cassation a décidé qu'il « résulte

---

[710] Il est acquis depuis bien longtemps que les contrats de droit d'auteur « demeurent soumis à la loi en vigueur lors de leur conclusion ». En ce sens, v. solution constante depuis Crim., 19 mars 1926, *DP* 1927, 1, p. 25, note Marcel NAST ; Plus récemment, v. Civ. 1re, 4 déc. 2001, n° 98-18.411 ; *JurisData* n° 2001-011977 ; *Comm. com. électr.* 2002, *comm.* 19, obs. Christophe CARON.

[711] Versailles, 13 avr. 1992 ; *D.* 1993, p. 402, note Bernard EDELMAN.

de l'article 1er du décret des 19 et 24 juillet 1793 que la stipulation de la vente pleine et entière d'une œuvre littéraire transmet à l'acquéreur l'ensemble des droits patrimoniaux de l'auteur, d'où il résulte que la vente de ses œuvres par Colette réalisée en 1907 emportait, en l'absence de toute limitation dans l'acte, la cession au profit de l'éditeur de tous les modes d'exploitation, fussent-ils inconnus, y compris le bénéfice des prolongations légales de protection dans les pays concernés par l'exploitation[712] ». Cette solution prend en compte le contexte dans lequel le contrat a été conclu. A l'époque, le droit commun des contrats était omniprésent dans l'interprétation des contrats de droits d'auteur. Le contrat de cession de droit d'auteur était considéré comme un contrat de vente pure et simple. Et par conséquent, le cessionnaire était réputé avoir acquis pleinement l'ensemble des droits attachés à l'œuvre. Appliquée au domaine étudié ici, la solution pouvait concerner l'exploitation numérique de l'œuvre.

492. A la suite de cette solution, la Cour de cassation a continué dans la même ligne jurisprudentielle, sans toutefois être aussi tranchante qu'elle ne l'a été dans l'arrêt *Collette*. Ainsi, dans un arrêt de 2013, elle a censuré un arrêt d'appel pour n'avoir pas répondu aux conclusions d'une partie civile qui faisait valoir qu'un contrat d'édition en date du 17 mars 1946 qui « emportait cession, sans limitation, pour tous les ouvrages portant cette mention, de la propriété pleine et entière, telle qu'elle est et pourra être définie par les lois sur la propriété littéraire, impliquait celle de son droit d'exploitation, pour la durée légale de protection, sous une forme non prévisible ou non prévue, y compris celle de son droit d'exploitation numérique[713] ». En d'autres termes, la Cour ne dit pas expressément que ce contrat emporte cession des droits liés à l'exploitation numérique, mais, en filigrane, elle semble dire que cela peut être ainsi. Et qu'il appartiendra à la Cour d'appel de renvoi, en tant que juge du fond, de le décider. Cette position jurisprudentielle, qui se veut souple par rapport à la rigidité affichée par L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle, n'est pas isolée. En effet, un peu plus tôt, une Cour d'appel a condamné pour contrefaçon une agence pour avoir commercialisé sous une forme numérique les clichés d'une photographe alors que cette forme d'exploitation n'était pas explicitement prévue par le mandat qu'elle avait reçu de l'artiste. La solution a été censurée par un arrêt du 30 mai 2012 de la Cour de

[712] Civ., 1re, 25 mai 2005, n° 02-17.305 *; Comm. com. électr.*, n°7, juill. 2005, *comm.* 109, obs. Christophe CARON.
[713] Crim. 12 mars 2013, 12-85.163 ; *JurisData* n° 2013-006702 ; *Comm. com. électr.,* n° 7-8, juill. 2013, *comm.* 74, obs. Christophe CARON.

cassation pour qui, « en statuant ainsi, sans rechercher, ainsi que l'agence l'y avait invitée, si les numérisations et mises en ligne litigieuses - ces dernières seulement en basse définition et avec la protection d'un système anti-piratage interdisant leur appréhension par des tiers - n'étaient pas impliquées, en l'absence de clause contraire, par le mandat de commercialiser ces images et le besoin d'en permettre la visualisation par des acheteurs potentiels, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 122-4 et L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle, ensemble les articles 1134 et 1135 du Code civil[714]». Cette solution offre plusieurs enseignements axés sur la relation qu'entretient le droit d'auteur avec le droit commun des contrats.

493. D'abord, les dispositions visées par les hauts magistrats sont édifiantes en ce sens qu'elles ne relèvent pas toutes du Code de la propriété intellectuelle. L'article 1135 du Code civil (depuis la réforme de 2016, cette disposition est codifiée à l'article 1194 du même code) permet d'apporter de la souplesse en matière d'interprétation du contenu du contrat. Aux termes de cet article, « *les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ». Contrairement à l'articles L. 131-3, l'accent est mis certes sur le contenu du contrat, mais le juge est invité à prendre en compte d'autres facteurs que sont « l'équité » ou les « usages » qui sont de nature à faire évoluer le contrat en facilitant son exécution. En d'autres termes, il s'agit de préciser la portée du consentement donné par l'auteur *ab initio* dans l'intérêt commun des cocontractants.

494. Ensuite, et c'est le cœur de cette solution de 2012, le consentement donné par l'auteur peut être interprété selon des considérations implicites. En ce sens, le juge est invité à vérifier si le mode d'exploitation en cause ne participe pas à l'obligation d'exploitation qui pèse sur le cessionnaire. Dans son commentaire sur la solution rapportée, le Professeur Christophe Caron souligne que « si les contrats d'auteur doivent prévoir tous les détails de l'exploitation et être interprétés tant restrictivement qu'en faveur de l'auteur, ils n'en demeurent pas moins des contrats soumis aux règles du Code civil, ce qui signifie que leur force obligatoire peut s'étendre

[714] Civ. 1re, 30 mai 2012, n° 10-17.780 ; *JurisData* : 2012-011572 ; *D.*, 2012 p.1798 ; *Légipresse*, 2012, p. 410.

à des stipulations implicites (…). L'explicite du droit d'auteur se heurte alors à l'implicite du Code civil[715] ».

495. Enfin, la solution montre que le droit d'auteur, malgré le caractère précis de ses règles, n'est jamais totalement indépendant du droit commun des contrats. Ses limites sont compensées par le droit commun, même en matière d'exploitation numérique des œuvres. Sur ce terrain, si les règles ont été édictées pour un meilleur encadrement, leur rigidité contraint souvent le juge à adopter une application mécanique. Or, cela peut se révéler contreproductif même pour l'auteur dont la protection du consentement ne doit pas empêcher le contrat de prendre en compte les réalités pour évoluer. Cette analyse coïncide avec celles de certains auteurs pour qui « les modes d'exploitation non compris dans l'énumération légale et auxquels les parties ne se sont pas référées ne devraient être exclus de la cession que s'ils ont acquis une autonomie suffisante pour justifier raisonnablement une mention distincte[716] ».

496. Ce point de vue est justifié par le fait qu'il n'y a pas eu de bouleversement majeur du fait de l'exploitation numérique de l'œuvre. Les règles de base qui régissent la question n'ont pas subi de transformation profonde. En effet, on observe une transposition des mécanismes juridiques en termes d'exploitation sans difficulté vers les réalités induites par le numérique. C'est le cas par exemple en matière d'obligation d'exploitation[717]. En ce sens, il est possible de considérer qu'indépendamment du droit moral, l'auteur peut se prévaloir de ce droit « pour contrôler les exploitations de sa création et contraindre le bénéficiaire des droits à la porter activement à la connaissance du public pour la faire fructifier, sous peine de pouvoir mettre un terme à leur relation[718]». A ce niveau, il faut préciser que l'obligation d'exploitation est imposée légalement, les parties ne peuvent y déroger conventionnellement comme le montre le dernier alinéa de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que « *le bénéficiaire de la cession s'engage par ce contrat à rechercher une*

---

[715] Christophe Caron, « La rigidité du droit contractuel d'auteur assouplie par le droit civil », *Comm. com. électr.* n° 9, sept.2012, comm. 89.

[716] André LUCAS, et Henri-Jacques LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique,* Litec, 2e éd. 2001, n° 513.

[717] En matière d'édition, l'article Article L. 132-12 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « *l'éditeur est tenu d'assurer à l'œuvre une exploitation permanente et suivie et une diffusion commerciale, conformément aux usages de la profession* ».

[718] Benoît KERJEAN, « L'obligation d'exploitation dans le contrat d'édition à l'épreuve du numérique », *Comm. com. électr.* 2012, prat. 15.

exploitation du droit cédé conformément aux usages de la profession et à verser à l'auteur, en cas d'adaptation, une rémunération proportionnelle aux recettes perçues ». A l'inverse, dans d'autres secteurs, comme en matière de bail commercial, l'obligation d'exploiter un commerce doit être stipulée dans le contrat. En ce sens par exemple, il a été jugé que « la résiliation judiciaire d'un bail commercial pour défaut d'exploitation des locaux ne peut être prononcée si aucune stipulation expresse du bail ne fait obligation au preneur d'exploiter son fonds de commerce dans les lieux loués[719] ». En droit d'auteur, l'obligation d'exploitation est un véritable levier qui permet de renforcer la place du consentement de l'auteur. Le non-respect de cette obligation peut entrainer une résiliation du contrat de cession. En ce sens, le Tribunal judiciaire de Paris a jugé par exemple que « l'exploitation permanente et suivie de l'œuvre constitue pour l'éditeur une obligation de moyens renforcée. Manquer à cette obligation peut entraîner la résiliation judiciaire du contrat de cession et d'édition musicale d'une œuvre[720] ». Dans la même logique, le Code des usages en matière de littérature générale prévoit le principe d'une seconde édition dans son préambule. En effet, après cinq années d'exploitation du dernier tirage, si le volume vendu est en dessous de cinquante exemplaires, « l'auteur dispose alors de la faculté de proposer un nouvel éditeur pour une *seconde édition* en librairie faites dans les conditions conformes aux usages de la profession[721] ». Cette règle, considérée comme « véritable garde-fou des intérêts de l'auteur pour éviter que son œuvre ne soit trop rapidement délaissée[722] », risquait d'être fortement compromise par l'exploitation sous format numérique du livre. Afin d'éviter que l'éditeur, pour échapper à son obligation d'exploitation active, se contente ~~que~~ du maintien d'un fichier en ligne, les acteurs du secteur ont convenu que « l'aspect technique se substitue aux notions de stocks ou d'exemplaires vendus[723] ». Ainsi, le Code des usages signé en décembre 2014 entre le conseil permanent des écrivains (CPE) et le syndicat national de l'édition (SNE) en son article 4.2 prévoit que l'éditeur est tenu « *pour une édition sous forme numérique : exploiter l'œuvre dans sa totalité sous une forme numérique ; la présenter à son catalogue numérique ; la rendre accessible dans un format technique exploitable en*

[719] Civ. 3e, 3 déc. 2020, n° 19-20.613 ; *AJDI*, 2021, p. 882, Jean-Pierre BLATTER.
[720] TJ Paris, 17 mai 2024, n° 21/11783 ; *Comm. com. électro*. n° 7-8, juillet-août 2024, alerte 216, Cabinet Racine.
[721] V. Le préambule du Code des usages en matière de littérature générale.
[722] Benoît KERJEAN, « Pratique contractuelle. L'obligation d'exploitation dans le contrat d'édition littéraire à l'épreuve du numérique », *Comm. com. électr.*, sept. 2012, p. 15.
[723] *Ibid.*

tenant compte des formats usuels du marché et de leur évolution, et dans au moins un format non propriétaire ; la rendre accessible à la vente, dans un format numérique non propriétaire, sur un ou plusieurs sites en ligne, selon le modèle commercial en vigueur dans le secteur éditorial considéré ».

497. Allant plus loin que le schéma traditionnel, l'exploitation numérique a permis un renforcement de l'obligation d'exploitation qui pèse sur l'éditeur. Alors que pour l'exploitation sous format papier d'un livre, l'article L. 132-13 semble n'instaurer qu'une faculté en la matière lorsqu'il précise en son deuxième alinéa que « *l'auteur pourra, à défaut de modalités spéciales prévues au contrat, exiger au moins une fois l'an la production par l'éditeur d'un état mentionnant le nombre d'exemplaires fabriqués en cours d'exercice et précisant la date et l'importance des tirages et le nombre des exemplaires en stock* », l'article L.132-17-2,I réaffirme avec plus de force cette obligation en disposant que « *l'éditeur est tenu d'assurer une exploitation permanente et suivie du livre édité sous une forme imprimée ou sous une forme numérique* ».

498. En définitive, l'analyse de l'adaptabilité des règles en droit de la propriété littéraire et artistique démontre que le numérique n'a pas privé l'auteur de ses droits les plus fondamentaux. Loin de là, « le droit d'auteur, que certains disent plus rigide que le système de copyright, a fort bien su, sans renoncer à ses principes, intégrer l'évolution technique[724] ». Cela dit, l'évolution technique a été et continue d'être utilisée comme moyen pour violer le consentement de l'auteur.

§2 : Les incidences du numérique sur le consentement de l'auteur

499. L'exploitation des œuvres par le biais de techniques nouvelles n'est pas dénuée de tout risque, notamment sur l'intégrité de l'œuvre et des droits qui y sont attachés. Les atteintes au consentement par les moyens techniques (**A**) étaient un risque connu que le législateur et la jurisprudence se sont attelés à gérer en recherchant toujours un point d'équilibre entre la préoccupation d'encourager l'innovation et celle de préserver les droits reconnus à l'auteur (**B**).

[724] Jean-Louis GOUTAL, « Multimédia et réseaux : l'influence des technologies numériques sur les pratiques contractuelles en droit d'auteur », *D.*, 1997 p.357.

A : LES ATTEINTES AU DROIT D'AUTEUR PAR LE NUMERIQUE

500. La question de l'équilibre économique. Comme souligné précédemment, le numérique favorise le développement des modes d'exploitation des œuvres de l'esprit en réduisant conséquemment la chaine des intermédiaires. Malheureusement, parallèlement à cette évolution positive, la sécurité dans cette nouvelle forme d'exploitation a été remise en cause par le développement des moyens de piraterie ou de contrefaçon. Ces pratiques ont pour conséquence de vider de son sens le rôle qui revient aux organismes de gestion collective qui sont les seuls habilités à effectuer la reproduction par reprographie comme le souligne l'article L. 122-10 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que « *la publication d'une œuvre emporte cession du droit de reproduction par reprographie à une société* » de gestion collective[725].

501. Par ailleurs, l'autre atout d'internet, notamment dans le monde de l'édition, réside dans le fait que « les petits éditeurs traditionnels très spécialisés ne sont plus appelés à disparaitre puisqu'ils peuvent maintenant grâce à internet proposer leurs ouvrages aux lecteurs du monde entier[726] » en dépit du fait qu'au même moment, les petites librairies voient leur survie menacée par des géants comme Amazon. D'ailleurs, dans l'objectif de garantir la survie de ces petites entités, il a été décidé d'imposer un tarif minimum de frais de livraison des livres à travers la loi du 30 décembre 2021 visant à « conforter l'économie du livre et à renforcer l'équité et la confiance entre ses acteurs ». Selon le premier article de cette loi, « *le service de livraison du livre ne peut en aucun cas, que ce soit directement ou indirectement, être proposé par le détaillant à titre gratuit, sauf si le livre est retiré dans un commerce de vente au détail de livres. Il doit être facturé dans le respect d'un montant minimal de tarification fixé par arrêté des ministres chargés de la culture et de l'économie sur proposition de l'autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (ARCEP)* ». En application de cette disposition, l'ARCEP a proposé que « le tarif du service de livraison défini soit d'au moins 3 euros toutes taxes

[725] Le droit de reproduction par reprographie reconnu aux sociétés de gestion collective (régies par le titre 2 du livre 3 de du Code de la propriété intellectuelle) par la loi du 3 janvier 1995 complétant le Code de la propriété intellectuelle et relative à la gestion collective du droit de reproduction par reprographie.
[726] André R. BERTRAND, *Créations littéraires, droits des éditeurs et des journalistes,* p. 740, *op.cit*.

comprises pour toute commande dont le montant des achats de livres est inférieur à 35 euros[727]».

502. Le consentement sur la création. Par ailleurs, l'apparition du numérique n'a pas eu d'effet que sur les seuls aspects contractuels de l'exploitation des œuvres de l'esprit. Elle a eu aussi une incidence sur la volonté, notamment sur la liberté de l'auteur en matière de création. Le nouveau mode de consommation et de distribution des œuvres impose non pas un renouvellement de l'auteur en matière d'inspiration, mais une forme de limitation dans l'exercice de sa liberté de création. Ainsi, se voit-il obligé d'adapter ses créations au format numérique imposé par les exploitants quitte à rogner sur la qualité du travail. L'exemple de la pratique de la musique urbaine à l'image du rap illustre bien cette analyse. Une observation attentive des créations dans ce genre musical permet de voir que les rappeurs adoptent des formats musicaux plus courts. En d'autres termes, les chansons sont de plus en plus courtes et les couplets réduits. Cette nouvelle tendance répond à une logique commerciale pure et simple. En effet, dans un monde où il est de plus en plus difficile de vendre les créations sous format physique, ce sont les plateformes de streaming qui imposent leur logique et indirectement exercent une influence sur le résultat des créations artistiques. Par exemple, pour qu'une écoute soit rémunérée, elle doit durer au moins trente secondes. L'artiste doit donc tout faire pour capter le mélomane dès le début de sa chanson. De cette manière, on observe que c'est le distributeur qui instrumente le comportement du consommateur[728]. D'ailleurs ce phénomène n'est pas nouveau, par exemple, les chansons longues sont très rarement diffusées à la radio.

503. Dans le même ordre d'idées, les œuvres graphiques aussi n'échappent pas à la même réalité. Avec le développement des techniques permettant de les inclure dans un ouvrage afin d'illustrer un texte, le problème du respect de l'intégrité de l'œuvre s'est posé. Le cadre de la numérisation des œuvres graphiques requiert une certaine ingéniosité technique qui consiste le plus souvent à en réduire les dimensions. Face à

---

[727] https://www.culture.gouv.fr/Presse/Communiques-de-presse/Tarification-minimale-des-frais-de-livraison-de-livres-Bruno-Le-Maire-et-Rima-Abdul-Malak-annoncent-leur-accord-sur-la-proposition-de-l-ARCEP

[728] Pour plus de détails sur le sujet, voir le reportage sur YouTube du journal *Le Monde* dans Rap Business, « Booba, Niska, Jul : pourquoi leur rap est plus court qu'avant », saison 2 - Ep. 1, 28 août 2022 : https://www.youtube.com/watch?v=602gNs_4iT4 ou encore RapMinerz, « La mort du 3e couplet, Dinos avait-il raison ? » du 2 janv. 2022 : https://www.youtube.com/watch?v=quFdTImUloc

l'essor du phénomène, la jurisprudence s'est montrée d'abord conciliante entre le droit de citation et le droit au respect de l'œuvre. Par exemple, dans un arrêt de 1926, la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé « que les reproductions sommaires ne constituaient pas des contrefaçons, car elles ne pouvaient dénaturer l'effet artistique des originaux, ni en tenir lieu[729] ». En d'autres termes, tant que la technique n'a pas pour effet de modifier substantiellement l'œuvre, le droit de citation ne peut être considéré comme une contrefaçon. Néanmoins, la Cour va par la suite radicalement changer de position et adopter une toute autre lecture. Ce changement s'est produit à l'occasion d'un litige relatif à une vente aux enchères[730]. En effet, en vue d'assurer la promotion de l'opération de vente, le commissaire-priseur avait fait éditer un catalogue contenant la reproduction intégrale de certaines œuvres graphiques. L'un des titulaires du droit de reproduction a exercé une demande de saisie-contrefaçon du catalogue et demandé la condamnation du commissaire-priseur au paiement de dommages-intérêts. Pour rejeter cette demande, les juges d'appel ont estimé que « la réduction substantielle du format des œuvres permet d'en ravaler la reproduction au rang de simple allusion aux œuvres d'origine et de l'assimiler à de courtes citations s'incorporant au catalogue, œuvre à caractère d'information ». En d'autres termes, pour les juges, le fait de reproduire de manière intégrale les œuvres litigieuses en s'appuyant sur une technologie permettant de les réduire ne porte pas atteinte au droit d'auteur en ce sens que le procédé s'inscrit dans le cadre de l'exception de courte citation prévue à l'article L. 222-5-3e-a du Code de la propriété intellectuelle qui précise qu'une fois le droit de divulgation exercé, l'auteur ne peut interdire « *les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées* ». Outre la polémique liée au droit de reproduction, cette manière d'aborder le problème, à l'instar de la solution adoptée par la Chambre criminelle en 1926, ne prend absolument pas en compte la dénaturation des œuvres induites par l'utilisation des procédés décrits. Car,

---

[729] Crim., 19 mars 1926, *DP*, 1927, 1, p. 25, note Marcel NAST ; *Le Droit d'Auteur*, n°7, 15 juill. 1944, p. 78.

[730] Ass. plén. 5 nov. 1993, n° 92-10.673, « *Fabris c/ Loudmer » ; JurisData* n°*1993-002407, RTD Com.,* 1994, p.50. Cette solution n'a pas été encore démentie. V. en ce sens Civ. 1re, 7 nov. 2006, n° 05-17.165 ; *JurisData* n°2006-035761.

Par ailleurs, avant que le sujet ne soit amplement développé dans la seconde partie de cette thèse, il faut souligner que l'exception de courte citation d'œuvre graphique est admise uniquement si la citation s'inscrit dans une logique d'information immédiate uniquement. Autrement dit, la reproduction ne doit pas avoir pour finalité la constitution d'une « offre permanente au public ». V. en ce sens Civ., 1re, 10 sept. 2014, n° 13-14.532 ; *JurisData* n° 2014-02049.

il n'est pas certain que la réduction de l'image d'une œuvre de l'esprit en restitue toutes les caractéristiques notamment en termes de reliefs, de luminosité, de traits ou de couleurs. Heureusement, la Cour de cassation n'a pas voulu s'inscrire dans cette logique. L'arrêt d'appel est censuré et l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a ainsi précisé que « la reproduction intégrale d'une œuvre, quel que soit son format, ne peut s'analyser comme une courte citation ». Certes, la solution rapportée est rendue au visa des articles L. 122-4 et L. 122-5-3e-a du Code de la propriété intellectuelle qui régissent l'exception de courte citation. Cependant, elle censure par la même occasion indirectement le procédé numérique qui consiste à altérer l'œuvre au risque d'abimer ses principaux traits caractéristiques[731].

504. La question de l'œuvre plurale. L'autre aspect de l'impact du numérique porte sur le statut de l'œuvre. En effet, toujours sous le prisme du livre électronique, l'utilisation plutôt que du numérique peut avoir pour conséquence la transformation d'une œuvre unitaire en une œuvre plurale. Cela s'effectue généralement sans le consentement des auteurs concernés. C'est notamment le cas des ouvrages numériques utilisant des liens hypertextes ou hyperliens[732] qui renvoient à d'autres ouvrages tels que les dictionnaires, les encyclopédies ou encore vers des liens d'articles de journaux. Ce type de dispositif technique, s'il permet d'avoir une expérience ludique en procurant un certain confort à l'utilisateur, pose tout de même la question des autorisations ou plus spécialement du consentement des auteurs[733]. Sur la question de la qualification,

[731] Cette analyse doit être comprise comme complémentaire des limites que la jurisprudence impose, en matière de cession de droit d'auteur, à l'exercice par l'auteur de son droit moral, notamment en cas d'abus. Ainsi, en dehors du champ numérique, l'adaptation, notamment en termes de format d'une œuvre de l'esprit nécessitée par des contraintes techniques peut se pratiquer sans le consentement de l'auteur et sans qu'il y ait dénaturation. Il a par exemple été jugé que « si en raison de la vocation d'un stade, l'architecte qui l'a conçu ne peut prétendre imposer au maître de l'ouvrage une intangibilité absolue de son œuvre, ce dernier ne peut toutefois porter atteinte au droit de l'auteur de l'œuvre en apportant des modifications à l'ouvrage que dans la seule mesure où elles sont rendues strictement indispensables par des impératifs esthétiques, techniques ou de sécurité publique, légitimés par les nécessités du service public et notamment la destination de l'ouvrage ou son adaptation à des besoins nouveaux ». v. CE, 11 sept. 2006, n° 265174, *Agopyan* ; *JurisData* n° 2006-07067.

[732] V. en ce sens les travaux de Mickaël Le Borloch sur les hyperliens. Il nous précise que « les hyperliens permettent de relier deux pages internet entre elles ou un objet matériel à une page internet. Les hyperliens - ou liens - permettent donc de mettre en relation deux contenus » : Mickaël LE BORLOCH, *L'application du droit d'auteur aux hyperliens : analyse de droit français et de droit américain* », *th.*, 2016, p. 1.

[733] A propos des droits des auteurs des œuvres auxquelles renvoient ces liens, Mickaël Le Borloch nous précise, notamment sur les œuvres graphiques, que « la réduction d'une image modifiant l'esprit de l'œuvre sans le consentement de son auteur - et donc la création d'une ancre - viole le droit à l'intégrité

certains auteurs disent que « si l'ouvrage intègre des liens renvoyant directement à d'autres ouvrages ou œuvres, la situation se complexifie et il devient certainement un œuvre multimédia, donc composite ou de collaboration ». S'il est possible d'approuver le terme d'œuvre multimédia, en ce sens qu'il « peut être un hyper-livre, c'est-à-dire qu'il peut associer des textes, images, sons et pourquoi pas demain des odeurs[734] », en revanche, la qualification d'œuvre de collaboration ne paraît pas adaptée. Etant donné qu'il n'y a eu aucune concertation entre les auteurs des œuvres auxquelles renvoient les hyperliens et l'auteur de l'œuvre initiale. Leur intervention, involontaire, n'est que le fait, généralement, de l'éditeur. A ce titre, l'ouvrage en question garde certains aspects de l'œuvre collective, plus spécialement, il fait partie d'œuvres *sui generis* qui appellent « une application distributive des régimes » à l'image de ce qu'a décidé la jurisprudence à propos des jeux vidéo dans un arrêt de 2009. A cette occasion, la Cour de cassation a souligné « qu'un jeu vidéo est une œuvre complexe qui ne saurait être réduite à sa seule dimension logicielle, quelle que soit l'importance de celle-ci, de sorte que chacune de ses composantes est soumise au régime qui lui est applicable en fonction de sa nature[735]». Cette analyse est appuyée par une partie de la doctrine pour qui le respect du consentement de l'auteur en termes de qualification passe par « l'approche pluraliste, distributive qu'il faut retenir en fonction de la nature des apports[736]».

505. Le droit à une exploitation numérique des œuvres. Après le laxisme qui a caractérisé le début de l'exploitation numérique des œuvres, le droit, à travers une construction jurisprudentielle progressive, a commencé à prendre en compte le respect de l'auteur. Afin de mieux cerner les contours de l'analyse qui va suivre, un rappel du contexte s'impose.

506. En effet, avant l'apparition de la technologie permettant le partage des œuvres tel qu'on le connaît aujourd'hui, certains objets que l'on considère comme plus respectueux du droit d'auteur avaient déjà suscité des inquiétudes au point de conduire à un débat doctrinal et politico-économique d'une intensité rare. On peut penser par

---

de l'auteur. Toute réduction d'une œuvre graphique pour la constitution d'une ancre sera donc interdite en l'absence de l'autorisation de l'auteur ». V. Mickaël LE BORLOCH, p. 140, *op. cit*.

[734]Jean-Michel BRUGUIERE, Vincent FAUCHOUX, « Le livre numérique. Quel statut juridique ? », *op. cit*.

[735] Com., 25 juin 2009, n° 07-20.387 ; *Comm. com. électr*. 2009, comm. n° 76, obs. Christophe CARON.

[736] Frédéric POLLAUD-DULIAN « Jeu vidéo. Qualification. Logiciel. Œuvre complexe », *RTD com*., 2009 p.710. Commentaire sur l'arrêt de la chambre commerciale du 25 juin 2009.

exemple à l'invention du magnétoscope avec la fonction d'enregistrement. Pour la petite histoire, cet appareil permettait non seulement de visionner les films mais aussi de les enregistrer à partir des diffusions télévisées. Les industriels américains du monde du cinéma étaient vent debout contre cette nouvelle technologie. L'un d'eux, le dirigeant à l'époque du puissant syndicat MPA[737] , affirmait que le magnétoscope « est aux producteurs de films et au public américain ce que l'étrangleur de Boston est aux femmes seules chez elle ». En d'autres termes, cet appareil, loin d'être une révolution favorable à l'auteur en matière d'exploitation de ses œuvres, a été perçu comme un poison pour l'industrie du disque et du cinéma. Toutefois, dans cette affaire, appelée également *Betamax*, la Cour suprême des USA saisie de la question n'a pas condamné le procédé. Elle a estimé que la technique employée doit être considérée comme faisant partie du *fair use*, soit une utilisation juste et loyale[738]. Ce faisant, la Cour a ouvert ainsi la voie au développement de technologies encore plus abouties en termes de captation et de partage de contenus sans se soucier de la protection du consentement de l'auteur. Aussi, à l'époque, le système de téléchargement ne permettait pas une identification de la personne qui l'effectuait, ni une détermination de la finalité envisagée.

507. Afin de mieux encadrer le phénomène, les juges ont manifesté la volonté de rechercher un point d'équilibre entre ce que l'on peut qualifier de droit au développement de la technologie ainsi que du numérique et le respect dû au consentement de l'auteur à travers la protection de son œuvre. En ce sens, dans une autre affaire portant sur le peer-to-peer[739], la Cour d'appel fédéral pour le 9e circuit a

---

737 *Motion Picture Association.*

738 *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc*., 464 U.S. 417. (1984).

739 Le per-to-per ou « pair à pair », « désigne la possibilité offerte aux membres d'un même réseau, qui utilisent un même protocole, d'échanger en ligne des données » (Carine Bernault, Jean-Pierre Clavier, Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle, 2e, Ellipses, 2015, p. 389). Ce système peut être utilisé pour partager des œuvres de l'esprit sans le consentement de leurs auteurs. Sur la question, il a par exemple été jugé que dès lors qu'un « prévenu téléchargeait en grand nombre des fichiers musicaux sur le disque dur de son ordinateur et qu'il mettait ses fichiers à disposition d'autres internautes, l'élément matériel de l'infraction de mis à disposition du public d'une œuvre musicale sans autorisation (*peer to peer*) n'est pas contestable » (TGI, Bayonne, 15 nov. 2005 ; *D*. 2006, p.785). Dans le même sens, la CJUE a jugé que « l'article 3, § 1 et 2, de la 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, doit être interprété en ce sens que constitue une mise à la disposition du public, au sens de cette disposition, le téléversement, depuis l'équipement terminal d'un utilisateur d'un réseau de pair à pair (*peer-to-peer*) vers de tels équipements d'autres utilisateurs de ce réseau, des segments, préalablement téléchargés par ledit utilisateur, d'un fichier média contenant une œuvre protégée, bien que ces segments ne soient utilisables en eux-mêmes qu'à partir d'un certain taux de téléchargement » (CJUE, 17 juin 2021, *aff*. C-597/19 ; *D*. 2021. 1184).

livré une observation dans l'affaire *Metro-Goldwyn- Mayer Studios*[740] dont le contenu mérite d'être présenté ici. Pour cette juridiction, « l'introduction de nouvelles technologies est toujours disruptive pour les vieux marchés, et en particulier pour ces titulaires de copyright dont les travaux sont vendus au travers de mécanismes de distribution bien établis. Cependant, l'histoire a prouvé que le temps et les forces du marché fournissent souvent un point d'équilibre entre les intérêts en jeu, que la nouvelle technologie soit un piano mécanique, un photocopieur, un magnétophone, un ordinateur individuel, une machine de karaoké, ou un lecteur MP3. Ainsi, les Cours doivent être prudentes avant de restructurer les théories de la responsabilité pour répondre à des abus spécifiques du marché, en dépit de leur apparente actuelle importance ».

508. Ces deux exemples illustrent bien la difficile tâche qui consiste à faire en sorte que le consentement de l'auteur soit préservé en toutes circonstances face à l'émergence du droit au développement numérique en matière d'exploitation des œuvres de l'esprit, car la répression en cas d'atteinte au droit d'auteur dans ce contexte se heurte à une difficulté relative à l'identification des responsables en cas d'infraction. Autrement dit, se pose la question de l'encadrement en termes d'obligations non seulement des utilisateurs, mais aussi des fournisseurs des moyens. La question, à elle seule, résume la difficulté liée à la gestion des atteintes au consentement.

B : LE TRAITEMENT DES ATTEINTES AU CONSENTEMENT ET LE NUMERIQUE

509. Consentement et chaîne de responsabilités. Outre le responsable direct d'un dommage, le responsable indirect doit aussi être rigoureusement traité en ce sens qu'il peut être considéré comme disposant de suffisamment de moyens ou de possibilités pour éviter la réalisation du dommage subi par la victime. Cette approche est celle de la complicité en droit pénal. En ce sens, selon l'alinéa premier de l'article 121-7 du Code pénal, « *est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation* ». En droit civil, cette idée était d'ailleurs présente dans l'esprit des rédacteurs du Code civil de 1804 pour qui, il était légitime de retenir la responsabilité de ceux « des

[740] Décision du 19 août 2004, *Metro-Goldwyn- Mayer Studios, Inc. et al. v. Grosker Ltd*. (03-55894) : *Comm. com. électr*., oct. 2004, alerte n°203, obs. Pascal KAMINA.

hommes chargés du dépôt sacré de l'autorité[741] ». Aujourd'hui, cette réalité a beaucoup de résonance en droit d'auteur au regard de l'incidence du développement de l'exploitation digitale des œuvres. En effet, la réparation des dommages subis par les titulaires du droit d'auteur serait beaucoup plus réaliste en retenant la responsabilité de ceux qui mettent des contenus protégés à disposition des plateformes permettant d'exploiter frauduleusement les œuvres de l'esprit. Qui peut le plus peut le moins, dit l'adage. La responsabilité des développeurs de ce type d'outils résulte de l'omission de dispositifs permettant d'empêcher les utilisateurs de procéder à toute utilisation frauduleuse des droits attachés à l'œuvre[742]. En ce sens, il a récemment été jugé qu'« est valable, la clause contractuelle par laquelle il est imposé à l'hébergeur d'un site de partage de fichiers l'interdiction de faciliter l'exploitation illicite d'œuvres protégées par le droit de la propriété intellectuelle[743] ».

510. La construction d'une réponse juridique à cette difficulté est venue des Etats-Unis avec l'affaire *Napster*. Pour rappel, *Napster* est un logiciel créé par Shawn Fanning qui permettait aux utilisateurs le partage des contenus musicaux de leurs ordinateurs. Le principe était simple. Chaque utilisateur se rendait sur le site web de *Napster*, téléchargeait le logiciel grâce auquel il avait accès à un moteur de recherche lui permettant de trouver les chansons contenues dans les ordinateurs des autres utilisateurs. A première vue, *Napster* ne propose aucun contenu en ce sens qu'il permet uniquement l'exploitation des contenus musicaux entre utilisateurs. Seulement, le dispositif pouvait permettre aussi bien l'exploitation de manière licite des œuvres libres de droits que l'exploitation illicite de celles protégées par le droit d'auteur. Par la suite, les professionnels du secteur ont fini par convaincre les juges de la possibilité de retenir la responsabilité de *Napster* pour « *contributory copyright infringement* » que l'on peut traduire par « complicité en matière de violation du droit d'auteur ». Ils ont été entendus par la Cour de San Francisco le 12 février 2001 qui a ordonné à *Napster* de cesser l'exploitation illicite des œuvres protégés sous peine de se rendre responsable

741 Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. 13, 1836, p. 491.
742 V. Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.
743 Com. 15 janvier 2025, n° 23-14.625. V. notre commentaire - Les *MÀJ* de l'IRPI n° 64, fév. 2025. Plus exactement la Cour retient que « l'article 6, I, de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi du 4 août 2014, n'a ni pour objet ni pour effet de priver les signataires d'un contrat monétique auquel est partie un hébergeur de la faculté de stipuler que celui-ci est tenu à une obligation de surveillance des informations qu'il stocke ou publie, et de sanctionner la méconnaissance de cette obligation par une résiliation du contrat ».

« d'infraction indirecte à la législation sur les droits d'auteurs » en ce sens qu'elle « encourage et aide sciemment ses utilisateurs à violer les droits d'auteur des maisons de disques ». Plus tard, cette solution a été réitérée et précisée par la Cour suprême qui a jugé que « celui qui distribue un logiciel avec l'intention claire de promouvoir son utilisation par des tiers afin de violer le droit d'auteur est responsable de la contrefaçon réalisée par ces tiers, indépendamment de l'utilisation licite qui peut aussi être faite du logiciel[744] ».

~~511.~~ La réponse que propose le droit français sur le sujet recoupe en grande partie les lignes tracées par les juges étasuniens. Ainsi, à travers la loi du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dite DADVSI dans la société de l'information, le législateur a jugé nécessaire de poser un cadre juridique permettant de déterminer les conditions dans lesquelles on peut retenir la responsabilité de celui qui fournit les moyens numériques permettant l'accès illicite à des contenus protégés par le droit d'auteur. Dans un premier temps, le législateur a défini la notion de fournisseur de service de partage de contenus en ligne à l'article L. 137-1 du Code de la propriété intellectuelle qui le désigne comme « *la personne qui fournit un service de communication au public en ligne dont l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux est de stocker et de donner au public accès à une quantité importante d'œuvres ou d'autres objets protégés téléversés par ses utilisateurs, que le fournisseur de service organise et promeut en vue d'en tirer un profit, direct ou indirect* ». La disposition qui suit intime aux fournisseurs de s'assurer du consentement des auteurs concernés. Concrètement, l'article L. 137-2, I, précise qu'en « *donnant accès à des œuvres protégées par le droit d'auteur téléversées par ses utilisateurs, le fournisseur d'un service de partage de contenus en ligne réalise un acte de représentation de ces œuvres pour lequel il doit obtenir l'autorisation des titulaires de droits, sans préjudice des autorisations qu'il doit obtenir au titre du droit de reproduction pour les reproductions desdites œuvres qu'il effectue*[745] ». Il ressort de ce texte, qu'en l'absence de toute autorisation de la part de l'auteur ou de l'ayant droit, la responsabilité du fournisseur peut être engagée. L'article 17-4 de la directive 2019 (transposée à l'article

[744] Cour suprême des États-Unis d'Amérique, 27 juin 2005, n° 04-480, « *Metro Goldwyn Mayer studios Inc. et al. v. Grokster, ltd., et al.* » ; *Comm. comm. électro.* n° 9, *sept. 2005,* comm. 130.

[745] Les articles L.137-1 et L. 137-2 ont été introduits par l'ordonnance n° 2021-580 du 12 mai 2021 portant transposition du 6 de l'article 2 et des articles 17 à 23 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 et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE.

L. 137-2, III,1° du Code de la propriété intellectuelle) le précise clairement en indiquant que « si aucune autorisation n'est accordée, les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne sont responsables des actes non autorisés de communication au public, y compris la mise à la disposition du public, d'œuvres protégées par le droit d'auteur et d'autres objets protégés ». Le fait de s'affranchir de l'autorisation de l'auteur est par ailleurs sévèrement sanctionné par l'article L. 335-2-1 du Code de la propriété intellectuelle[746]. On observe que cette directive impose une obligation de moyens renforcés assimilable à une obligation de résultat applicable aux hébergeurs de contenus.

512. La disposition essaie tant bien que mal de réprimer la mise à disposition de moyens de nature à inciter, voire encourager l'utilisation illicite des œuvres de l'esprit. Une lecture attentive de son contenu permet de déceler que la mise au point ou l'invention de ce type de procédés n'est pas condamnable. Ce faisant, elle conserve la portée de l'arrêt *Betamax* et demeure tout à fait compatible avec l'arrêt rendu dans l'affaire *Grokster*. En effet, la Cour suprême des Etats-Unis a estimé le 27 juin 2005 que « celui qui distribue un objet avec pour but de promouvoir son utilisation afin de contrefaire le copyright, tel que démontré par des manifestations claires ou d'autres actions positives pour encourager la contrefaçon, est responsable des agissements consécutifs contrefaisants des tiers[747] ».

513. La protection pénale de la propriété intellectuelle. En application des dispositions précitées, il ressort que la plupart des solutions rendues en matière de violation du consentement de l'auteur dans l'environnement numérique font application du droit pénal de la propriété intellectuelle : il a ainsi été jugé que « tout service de communication au public en ligne d'œuvres protégées sans avoir obtenu les autorisations requises et toute mise à disposition d'un logiciel ayant cette finalité entrent dans les prévisions des art. L. 335-4 et L. 335-2-1. L'hébergeur ne peut

---

[746] Selon l'article L. 335-2-1, « *est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende le fait : 1° D'éditer, de mettre à la disposition du public ou de communiquer au public, sciemment et sous quelque forme que ce soit, un logiciel manifestement destiné à la mise à disposition du public non autorisée d'œuvres ou d'objets protégés ; 2° D'inciter sciemment, y compris à travers une annonce publicitaire, à l'usage d'un logiciel mentionné au 1°…* »

[747] Olivier HUGOT, « Copyright et innovation technologique : de Sony à Grokster, avancées et faux pas de la Cour suprême », *RLDI*, n°9, 1er oct. 2005 ; V. également Guillaume CHAMPEAU, « Quel impact pour l'affaire Grokster ? », *Numerama*. https://www.numerama.com/tech/1897-quel-impact-pour-l-affaire-grokster.html.

bénéficier de l'exonération de responsabilité pénale prévue par l'art. 6, I, 3 de la loi du 21 juin 2004 s'il avait effectivement connaissance de l'activité illicite ou si, dès le moment où il en a eu connaissance, il n'a pas agi promptement pour retirer les informations stockées ou en rendre l'accès indisponible [748]». Loin d'être une solution isolée, cette jurisprudence a été confirmée par la suite. Ainsi, il a été jugé que « l'accès ouvert au public, sur un site litigieux, d'un logiciel de partage est manifestement destiné à la mise à disposition du public des œuvres et objets protégés sélectionnés par le site et que s'il ne stockait pas le logiciel, le site comportait sur sa page d'accueil un sous-dossier donnant accès au public à l'équivalent d'un guide de paramétrage et d'utilisation de ce logiciel destiné au téléchargement non autorisé de films et de logiciels protégés[749] ». Dans la même logique, il a été jugé que « la mise à disposition, en connaissance de cause, d'un logiciel destiné à permettre la mise à disposition de phonogrammes en streaming sans autorisation des titulaires de droit, donc destiné à une activité contrefaisante, est répréhensible (en l'espèce : 9 mois d'emprisonnement avec sursis et 10 000 € d'amende pour chaque prévenu)[750] ».

514. Par ailleurs, même dans le cadre de relations contractuelles entre particuliers, lorsque l'objet du contrat peut concerner les œuvres de l'esprit, la question du respect par les parties du droit d'auteur peut être prévue contractuellement. Par exemple, pour assurer le fonctionnement d'un site d'hébergement et de partage de fichiers, il peut être interdit à l'hébergeur de faciliter l'exploitation illégale d'œuvre de l'esprit. En ce sens, il a été jugé récemment que l'article 6, I, de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique « dans sa rédaction antérieure à celle issue de la du 4 août 2014, n'a ni pour objet ni pour effet de priver les signataires d'un contrat monétique auquel est partie un hébergeur de la faculté de stipuler que celui-ci est tenu à une obligation de surveillance des informations qu'il stocke ou publie, et de sanctionner la méconnaissance de cette obligation par une résiliation du contrat[751] ». Cette décision,

---

[748] Crim., 25 sept. 2012, n° 11-84.224, « *Radioblog* » ; *RLDI*, n°88, 1er déc. 2012 ; *JurisData* n° 2012-022749 ; *Légipresse*, 2013, n° 302, p. 97, note Vincent VARET ; Dans cette affaire, les juges du fond ont été conforté en ce sens qu'ils ont pu établir que « les prévenus avaient conçu le logiciel et le site en cause afin de permettre au public d'écouter, au mépris des droits de leurs auteurs et producteurs, des phonogrammes qu'ils savaient protégés ».

[749] Crim., 27 févr. 2018, n°16-86.881, « *eMule* » ; *RLDI*, n°147, 1er avr. 2018 ; *LEPI* 5/2018, p. 1, note David LEFRANC ; *AJ pénal* 2018. 253, obs. Lasserre CAPDEVILLE ; *RSC* 2018. 705, obs. Emmanuel DREYER.

[750] Paris, 22 mars 2011 ; *RTD com*. 2011, p.354, obs. POLLAUD-DULIAN; *RIDA,* janv. 2012, p. 185.

[751] Com. Mier 2025, n° 23-14.625.

qui traite le partage illégal d'œuvres de l'esprit, peut être inscrite dans la logique de l'obligation du respect de l'ordre public imposé aux parties par l'article 1162 du Code civil qui dispose que « *le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* ». L'ordre public pouvant être de direction (protection de l'intérêt général) ou de protection (défenses d'intérêts d'ordre privé notamment ceux de parties considérées comme faibles) source. En l'espèce, on remarque que les parties se sont engagées contractuellement pour exclure de l'objet du contrat toute possibilité d'exploitation illicite d'œuvre de l'esprit.

515. Ces exemples jurisprudentiels montrent que les craintes liées à la gestion des dérives qui découlent de l'exploitation numérique des œuvres de l'esprit sont prises au sérieux. Dans l'optique de renforcer l'idée du bien-fondé de la poursuite de l'exploitation numérique des œuvres et de garantir le respect du consentement de l'auteur, il a été décidé de mettre en place des mesures techniques de protection.

Section 2 : Les mesures techniques de protection et le consentement de l'auteur

516. L'immatériel est l'une des principales caractéristiques du numérique. Cela fait qu'il est difficile d'appréhender les fraudes au droit d'auteur. Le constat effectué par une doctrine autorisée mérite d'être exposé ici afin de comprendre que c'est par la technique que l'on peut efficacement protéger le consentement de l'auteur dans cet univers. Selon cet auteur, « dans un marché classique, on poursuit les trafiquants qui s'enrichissent illégalement, et on cherche à mettre des produits en abondance sur le marché légal pour faire baisser leur prix, afin que le marché noir ne soit plus lucratif. Dans le cas de l'internet, il ne sert à rien d'augmenter l'offre, mais on peut baisser les prix : ce qui est fait sur les sites de téléchargement légal (iTunes, Fnac, Sony…). Mais il ne sert à rien de poursuivre les trafiquants car tous les consommateurs de *peer-to-peer* le sont potentiellement, mais sans enrichissement. Ils ne sont donc pas sensibles au levier économique. Mettre un policier derrière chaque internaute coûterait très

cher[752] ». C'est donc tout naturellement que l'idée de la mise en place des mesures techniques de protection s'est imposée comme une évidence.

517. La meilleure façon de lutter contre les exploitations frauduleuses du droit d'auteur à travers le numérique était donc de mettre la technique au service du consentement de l'auteur dans le but de le protéger et, de manière indirecte, de responsabiliser les utilisateurs (§1). Les mesures techniques obéissent à un système de verrouillage de l'œuvre vis-à-vis des tiers. Cela dit, cette solution n'est pas sans risque, en particulier, elle expose l'œuvre à des limites dans sa diffusion qui servent les intérêts des exploitants. Pour éviter une telle situation, un dispositif juridique a été adopté qui oblige les industriels à adopter la technique de l'interopérabilité (§2).

§1 : La technique au service du consentement de l'auteur

518. Les mesures techniques de protection ont été envisagées dès le début de l'exploitation numérique des œuvres par la plupart des instruments internationaux ou textes étrangers. C'est le cas des articles 11 et 12 de l'organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) de 1996. Le 8 octobre 1998, les Etats-Unis ont mis par la suite en place le *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) dont le but principal est d'empêcher le contournement des mesures techniques de protection des œuvres. En Europe, un dispositif similaire a été mis en place à travers la directive 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. Le 1er aout 2006, le législateur français a transposé cette directive à travers la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (DADVSI). Si tous ces textes visent à la mise en place de corps de règles empêchant l'exploitation illicite des œuvres de l'esprit, aucun ne propose une définition précise des mesures techniques permettant de mieux saisir leur rôle dans la protection du consentement de l'auteur (A). Ils ne précisent pas davantage le caractère facultatif de ces mesures (B).

A : LA DEFINITION DES MESURES TECHNIQUES DE PROTECTION

519. Définition. La définition des mesures techniques de protection est fonction du domaine concerné à raison de la diversité de son champ d'application. De la

[752] Mercouroff WLADIMIR, « La licence légale, pas si injuste », *Libération*, vendredi 30 décembre 2005 ; https://www.multitudes.net/la-licence-legale-pas-si-injuste/ consulté le 30/03/2023.

propriété industrielle au droit de la propriété littéraire et artistique en passant par le droit sur les dessins et modèles, les mesures techniques de protections sont employées à des degrés différents.

520. En droit de la propriété littéraire et artistique, elles sont définies au regard des fonctions techniques qu'elles apportent dans la protection des œuvres. Ainsi, en termes de caractéristiques techniques, elles n'assurent pas le même rôle quand il s'agit de protéger une œuvre musicale, audiovisuelle, d'art graphique ou de livre électronique. La diversité des œuvres ainsi que la variété des solutions techniques et technologiques proposées invitent à la prudence quant à la mise au point de critères communs de définition. En effet, « les systèmes existants ou en cours de développement sont extrêmement hétéroclites et n'admettent une classification qu'au prix d'une simplification sans doute excessive [753]». Sur ce point, la complexité qui se dégage en termes d'analyse des mesures techniques de protection est à l'image de la diversité des terminologies utilisées pour les désigner[754].

521. Toutefois, il est possible de considérer que les mesures techniques de protection sont des réponses techniques au défi de l'exploitation frauduleuse des œuvres de l'esprit par des dispositifs technologiques. En d'autres termes, l'idée est d'utiliser la technique pour réduire les excès de la technique.

522. Le rôle du droit de propriété de l'auteur. Cette évolution ne pouvait que convenir à l'auteur. Pris en sa qualité de propriétaire, il tient des textes supérieurs, à l'instar de la Constitution, le droit de protéger sa propriété contre les incursions extérieures. De cette manière, les mesures techniques jouent un rôle de gendarme obligeant les tiers à non seulement respecter le consentement du titulaire des droits, mais aussi à le solliciter pour toute utilisation. En ce sens, une partie de la doctrine voit les mesures techniques comme un procédé proche de la technique de l'enclos. Autrement dit, « de la même manière que le propriétaire d'un terrain a toute légitimité pour le clôturer, l'auteur serait fondé à clore son œuvre au moyen de mesures techniques de protection. Après tout, l'auteur n'est pas moins fondé que tout autre propriétaire à ce que son œuvre bénéficie de barrières lui permettant de préserver

---

753 Séverine DUSSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Larcier, 2007, n°19, p. 39.

754 Les mesures techniques de protection sont aussi appelées « systèmes électroniques de gestion du droit d'auteur », ou encore « systèmes de gestion des droits numériques ».

l'exclusivité juridique qu'il détient sur son bien[755] ». L'exclusivité dont il est question est liée au rôle que doit jouer le consentement de l'auteur. Dans ce contexte, la définition de l'article L. 331-5 du Code de la propriété intellectuelle prend tout son sens lorsqu'il dispose que la mesure technique concerne « *toute technologie, dispositif, composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, accomplit une fonction de protection du bien intellectuel contre les utilisations non autorisées*[756] ». En d'autres termes, la mesure technique opère comme un enclos qui permet de déterminer les autorisations consenties par l'auteur et de constituer une barrière face aux éventuelles techniques de contournements.

523. Par ailleurs, la fonction de protection qu'assurent ces mesures s'est révélée intéressante sur un autre plan. En effet, elles ont permis la mise en place de systèmes de marquage numérique. Ces systèmes permettent la constitution d'une véritable fiche d'identité indélébile des œuvres en permettant « d'en retracer l'origine et le parcours, de les verrouiller en empêchant leur reproduction, de les assortir de moyens d'information pour en faire connaitre les ayant droits[757] ». Cela se révèle être intéressant pour le respect du droit d'auteur et notamment le droit moral. Cette analyse est d'autant plus pertinente que la section consacrée à la question est intitulée de la manière suivante : « *mesures techniques de protection et d'information* ». Elle contient les articles L. 331-5 à L. 331-11 du Code de la propriété intellectuelle. La lecture de ces dispositions permet de voir une dimension informative avec un avantage pratique pour les titulaires de droit en ce sens qu'elles en facilitent l'indentification et la ventilation des différents droits récoltés dans le cadre d'une exploitation commerciale. Outre le fait d'assurer une identification de l'œuvre en termes de traçabilité, elles permettent également de mener « des opérations de contrôle des œuvres diffusées et pour identifier d'éventuelles contrefaçons, ou encore réaliser des mesures d'audience[758] ». Dans le même ordre d'idées, le système des NFT (*non-*

[755] Mahmadane DIENG, *Exceptions au droit d'auteur et mesures techniques de protection*, th., p. 248.
[756] Nicolas BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, n°1680, p.1113, *op. cit.*
[757] Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, n°104 et 186, *op. cit.*
[758] Melanie DULONG DE ROSNAY, « Image et droit, là où la technique s'en mêle… », *Documentaliste-Sciences de l'Information,* vol. 42, n°6, 2005, p. 405-411.

fungible token) ou jeton non fongible (JNF) peut permettre à l'auteur d'une œuvre d'en garder la traçabilité lorsque qu'il en est l'émetteur[759].

524. Fondement du caractère des mesures techniques de protection. Toutefois, malgré l'intérêt qu'elles présentent pour le respect du droit d'auteur, le consentement de l'auteur semble avoir été oublié dans la description que la loi en fait. L'article L. 331-5 du Code de la propriété intellectuelle qui décrit ce que l'on peut légitiment attendre de ces dispositifs ne dit pas si leur installation sur l'œuvre requiert ou non le consentement de l'auteur. Le législateur parle de titulaires des droits : outre l'auteur, cela concerne-t-il aussi les ayants droits ? Le producteur en fait-il également partie comme le suggère l'article L. 131-9 Code de la propriété intellectuelle ? En effet, selon cet article, « *le contrat mentionne la faculté pour le producteur de recourir aux mesures techniques prévues à l'article L. 331-5 ainsi qu'aux informations sous forme électronique prévues à l'article L. 331-11 en précisant les objectifs poursuivis pour chaque mode d'exploitation, de même que les conditions dans lesquelles l'auteur peut avoir accès aux caractéristiques essentielles desdites mesures techniques ou informations sous forme électronique auxquelles le producteur a effectivement recours pour assurer l'exploitation de l'œuvre* ».

525. Au regard du principe du consentement de l'auteur, comme on peut le lire à travers les textes précités, le cocontractant de l'auteur ne peut imposer, en principe, la mise en place d'une mesure technique de protection sur une œuvre sans l'assentiment de l'auteur. La logique voudrait que ce dernier consente à l'installation de toute mesure technique sur son œuvre, étant donné qu'admettre que la décision revient au seul producteur reviendrait à exclure l'auteur de son rôle d'accompagnant dans l'exploitation de l'œuvre. Autrement dit, le rôle de l'auteur ne se réduit pas uniquement à la conception et à la cession de l'œuvre sans se soucier des éventuelles interventions dans le cadre de son exploitation continue. Solliciter son consentement lui permet de mesurer l'incidence de l'installation de la mesure sur son œuvre et d'éviter que cette dernière ne subisse de modifications de nature à l'altérer. La MTP a pour but de préserver l'intégrité de l'œuvre telle qu'elle a été voulue par l'auteur et auprès du public visé, son application n'est pas nécessairement une obligation.

---

759 V. Aurélia GUEDJ, « Non-fungible tokens et droit d'auteur : la responsabilité des plateformes NFT - Aspects de droit interne et international », *Dalloz IP/IT*, 2023, p.97.

526. Clause contractuelle et mesures technique de protection. Par ailleurs, rien n'interdit aux parties de prévoir, par une clause, la mise en place d'une mesure technique de protection. C'est d'ailleurs la lecture que l'on peut faire de l'article L. 131-9 du Code de la propriété intellectuelle qui parle de faculté dans le contrat pour le producteur « *de recourir aux mesures techniques* » de protection. Cependant, cette faculté semble être exclusivement réservée au cocontractant de l'auteur. On peut dès lors se poser la question de savoir si l'auteur peut user d'une telle faculté et s'il est tenu d'accepter la clause émanant de son cocontractant. Sur la première interrogation, rien n'interdit à l'auteur de proposer, voire d'imposer une telle clause lors de la conclusion du contrat de cession. Cela relève du principe de la liberté de son consentement. Sur la seconde question, la réponse est un peu plus délicate car il faut prendre en compte l'intérêt du cocontractant, en l'occurrence celui du producteur. Si le refus de l'auteur peut lui causer un préjudice, il n'aura aucun intérêt à conclure le contrat. Ensuite, si on analyse l'installation du dispositif comme quelque chose qui relève d'un intérêt commun, le refus de l'auteur n'aurait pas de sens et l'appréciation de cet intérêt ne peut être abandonné au pouvoir discrétionnaire du producteur. En tout état de cause, si la clause n'est pas discutée par les parties, c'est-à-dire qu'elle émane uniquement du cocontractant de l'auteur, elle doit être conforme à l'article 1171 du Code civil qui dispose que, « *dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite* ».

527. Toujours dans la même logique, lorsque la question de la mesure technique se pose postérieurement à la conclusion du contrat de cession, il est loisible aux parties de procéder à la mise en place d'un avenant ou encore de modifier le contrat comme le permet l'article 1193 du Code civil qui prévoit que « *les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise* ». La modification du contrat de cession doit, dans cette hypothèse, recueillir le consentement des parties contractantes. En ce sens, il a par exemple été jugé qu'une « partie à un contrat ne peut modifier unilatéralement les conditions contractuelles initiales, serait-ce au motif d'un changement dans les circonstances

économiques[760] ». Toutefois, si l'auteur ne consent pas à la modification, la question du refus abusif qui nuirait aux intérêts de son cocontractant peut se poser.

528. Dans le même ordre d'idées, la question du consentement de l'auteur dans le cadre de certains contrats peut se révéler délicate. C'est notamment le cas du contrat de commande d'œuvre qui incite à avoir une opinion moins tranchée sur le sujet.

529. Le cas spécifique du contrat de commande d'œuvre. D'entrée de jeu, il faut souligner qu'en principe, le consentement de l'auteur doit être sollicité dans tous les types de contrats portant sur le droit d'auteur. En suivant cette logique, aucune mesure de protection ne peut être envisagée sans son autorisation même dans le cadre d'un contrat de commande d'œuvre. En effet, dans ce contrat, proche du contrat d'entreprise, l'auteur répond aux exigences du commanditaire dans la création l'œuvre. En se fiant aux caractéristiques du contrat d'entreprise ou de louage d'ouvrage, on peut être tenté de dire que le maitre d'ouvrage dispose immédiatement de l'ensemble des droits sur l'œuvre commandée. Ce raisonnement est trompeur en ce sens que l'ensemble des droits que l'auteur tient de l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle est applicable à l'œuvre commandée. Sur ce point, la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de préciser que « le louage d'ouvrage [n'emporte], aux termes de l'article L. 111-1, du Code de la propriété intellectuelle, aucune dérogation à la jouissance du droit de propriété intellectuelle de l'auteur (…) [761]». En suivant cette logique, le consentement de l'auteur doit intervenir également lors de la phase d'exploitation de l'œuvre commandée. Dans la mesure où il y a une différence entre la création de l'œuvre et son exploitation. Les deux actes ne se réalisent pas dans la même période. Comme souligné précédemment, l'article L. 131-9 du Code de la propriété intellectuelle impose que la pose d'une mesure technique soit subordonnée à l'insertion d'une clause au sein du contrat qui lie l'auteur à l'exploitant. Selon ce texte, « *le contrat mentionne la faculté pour le producteur de recourir aux mesures techniques prévues à l'article L. 331-5 ainsi qu'aux informations sous forme électronique prévues à l'article L. 331-11 en précisant les objectifs poursuivis pour chaque mode d'exploitation, de même que les conditions dans lesquelles l'auteur peut avoir accès aux caractéristiques essentielles desdites mesures techniques ou informations sous forme électronique auxquelles le producteur a effectivement recours pour assurer*

[760] Paris, 28 janv. 2009 ; *RJDA*, 2009, n° 586 ; *RTD civ*. 2009, p.529, note Bertrand FAGES.
[761] Civ. 1re, 16 mars 2004, n° 99-12.015 ; *Gaz. Pal.*, 3 août 2004, p.13.

l'exploitation de l'œuvre ». A ce propos, certains auteurs trouvent que cette disposition est superflue en ce sens qu'elle alourdirait le régime juridique des contrats en droit d'auteur. Pour les tenants de cette ligne, outre l'absence de sanction en cas de méconnaissance de cette obligation, les mesures techniques de protection « sont d'intérêt commun pour l'exploitant et l'auteur et relèvent de la bonne gestion, donc des choix du producteur[762] ». Cette manière de voir les choses est simpliste car, le législateur est tout à fait en droit de prévoir une règle sans pour autant envisager un régime de sanction en cas de non-respect. Le contrat étant considéré comme la chose des parties[763], celles-ci sont libres de prévoir un régime de sanction en cas d'inexécution d'une clause contractuelle. Toutefois, s'il arrive qu'elles n'aient rien prévu, le juge peut pallier leur carence. D'autre part, s'il est possible de souscrire à l'idée selon laquelle les mesures techniques servent les intérêts de l'auteur et de son exploitant, il ne faut pas perdre de vue le fait qu'elles peuvent être utilisées comme un moyen de pression en cas de cessation des relations contractuelles. D'où l'intérêt de discuter d'une clause en vue de leur mise en œuvre, étant donné que les parties doivent veiller à ce que la mesure respecte les droits exclusifs reconnus par la loi à l'auteur. En ce sens, elle « épouse donc les contours du monopole qu'elle protège comme un bouclier et assure que les autorisations qui ont été délivrées sont bien respectées[764]».

530. En résumé, le caractère facultatif des mesures techniques de protection ne doit pas déroger au principe du consentement de l'auteur. Toute approche sur la question doit composer avec l'idée de respecter ce principe. De cette manière, le principe de la protection de l'œuvre sans formalité que l'auteur tient de la loi est préservé, et garantit que celle-ci ne sera pas exploitée dans un circuit fermé qui serait de nature à réduire son audience auprès des consommateurs.

---

[762] Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, n°1373, *op.cit*.

[763] Sur ce point, l'article 1103 du Code civil dispose que « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ». Selon un arrêt rendu en matière du droit à l'image, « les relations contractuelles entre un photographe et un mannequin professionnel « ressortissent à l'autonomie de la volonté » et que l'article 9 du Code civil, seul applicable en matière de cession de droit à l'image, à l'exclusion notamment du Code de la propriété intellectuelle, relève de la liberté contractuelle ». V. Civ. 1re civ., 11 déc. 2008, n° 07-19.494, *RDC* 2009/2, p. 477, obs. Laithier; *Contrats, conc. consom*. 2009, p.68, note Laurent LEVENEUR.

[764] Christophe CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, p.332, *op.cit*.

B : JUSTIFICATIONS DU CARACTERE FACULTATIF DES MESURES TECHNIQUES DE PROTECTION

531. Comme il vient d'être démontré, il ne ressort pas des textes, ni de la jurisprudence, que l'exploitation d'une œuvre de l'esprit soit être subordonnée à l'installation de mesures techniques de protection. L'absence de toute obligation en ce sens concourt à préservation de la liberté du consentement de l'auteur comme le veut le principe de la protection sans formalité des œuvres de l'esprit.

532. Le principe de la protection sans formalité. Le droit d'auteur est caractérisé par un principe fondé sur la liberté. Une liberté qui va de la création de l'œuvre à son exploitation en passant par la phase de divulgation. Cette liberté est, de manière intrinsèque, au service du consentement de l'auteur. En principe, l'auteur seul décide, de la création de son œuvre, de sa forme, de son domaine ou de la manière de l'exploiter. A ce titre, l'exploitation peut prendre une forme gratuite, l'œuvre est alors libre de tout droit sur le plan patrimonial, ou payante, l'œuvre n'est en ce moment-là accessible que moyennant paiement de certains droits. Dans tous les cas de figure, l'auteur bénéficie toujours de la protection de son œuvre par les règles prophylactiques du droit de la propriété intellectuelle. C'est le principe de la « protection sans formalités » dont le fondement juridique est exposé à l'article L. 111 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose dans son alinéa 1er que « *l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous* ». Le seul fait de la création de l'œuvre, suffit à lui conférer une existence légale et à lui permettre de bénéficier de tous les arsenaux juridiques permettant de parer à toute exploitation illégale. Aux termes de l'article L.111-2 du même Code, « *l'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur* ». Partant de ce principe, toute formalité encouragée ou autorisée ne peut que constituer un moyen de preuve, et non une condition d'accession à la qualité d'œuvre.

533. Les mesures techniques de protection doivent donc obéir à la même logique. Elles doivent être conçues dans leur fonctionnement de manière qu'elles ne constituent pas des formalités qui seront considérées comme des préalables à la protection de l'œuvre par le droit d'auteur et donc indirectement du consentement de l'auteur. De ce

fait, s'il est tout à fait normal d'inciter à leur utilisation, en revanche, il est interdit de les imposer[765]. Cette position est d'autant plus logique que les imposer serait une marinière de porter d'atteinte au droit de propriété du support matériel. A ce propos, il faut souligner le fait que les mesures techniques ne peuvent être fixées que sur le support de l'œuvre et non sur l'œuvre elle-même au risque de la dénaturer. Faire des mesures techniques une composante du droit d'auteur serait de nature à réduire les droits reconnus au propriétaire du support qui ne pourra plus utiliser l'œuvre à sa guise. Il serait contraint, par exemple, de disposer d'un code, d'un support adapté pour lire un CD, ou encore effectuer certaines manipulations pour accéder à l'œuvre. C'est pourquoi certains auteurs considèrent que ces mesures « remettent bien en cause le principe de l'article L. 111-3 du Code de la propriété intellectuelle [766]».

534. Mesures techniques et risque de réappropriation. Par ailleurs, le fait d'imposer les mesures techniques de protection serait aussi de nature à entrainer une réappropriation de certaines œuvres pourtant libres de tout droit. On pense évidemment aux œuvres tombées dans le domaine public qui seraient toujours protégées par des dispositifs techniques de protection. Renoncer au caractère optionnel des mesures techniques laisserait peu de visibilité aux parties sur les modalités de leur retrait à l'expiration des droits attachés à l'œuvre. Cela serait une manière de prolonger le monopole d'exploitation sur l'œuvre avec pour conséquence principale la continuation de la perception des droits pourtant épuisés. L'autre risque porte aussi sur la répression des utilisateurs qui auraient légitiment cru que l'œuvre est tombée dans le domaine public. La situation serait préjudiciable pour ces derniers alors qu'il est unanimement admis qu'il « n'y a pas de faute, même légère, dans la reproduction d'objets qui ne sont pas protégés, sinon, on reviendrait à reconstituer le droit privatif sous une autre forme[767] ». En application de cette logique, il a été jugé « qu'il n'y avait pas de faute à utiliser ce qui est dans le domaine public[768] » même si, de manière ponctuelle, il arrive que cette affirmation soit relativisée[769]. Aussi, d'une façon

[765] Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, n°944, *op. cit*.
[766] Michel VIVANT, Jean-Michel BRUGUYIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, n° 443, *op.cit*.
[767] Paul ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, T. 1, Sirey, 1952, n°72, p.373.
[768] Com. 24 janv. 1972, n° 70-11.878; *Bull. civ*. IV, n° 27.
[769] En ce sens, il a été jugé que la copie servile de la montre « Tank » d'une célèbre marque de luxe (en l'occurrence la maison Cartier) « porte manifestement atteinte à l'image de marque de cette montre qu'elle vulgarise et déprécie, la rabaissant au rang de simple gadget publicitaire. Un tel usage, en ce qu'il affectait l'image, qualifiée de prestigieuse, d'un produit notoire et de marque, ne faut-il plus couvert par

générale, si la plupart des solutions rendues en ce sens l'ont été sur le fondement de la concurrence déloyale, cela démontre tout de même qu'une œuvre tombée dans le domaine public entraine une extinction des droits intellectuels, du moins patrimoniaux, qui y sont attachés. En somme, l'installation d'une mesure technique de protection ne doit pas empêcher dans le futur la libre utilisation de l'œuvre exempte de monopole d'exploitation.

535. Mesures techniques et exception pour copie privée. Dans le même ordre d'idées, l'utilisation des mesures techniques ne doit pas entraver l'exception pour copie privée dont la rémunération est corrélative au nombre de mesures de protection dont l'œuvre fait l'objet conformément à l'article L. 311-4 du Code la propriété intellectuelle. Bien que la copie privée soit une atteinte autorisée au consentement de l'auteur, moyennant une rémunération dont les consommateurs doivent s'acquitter (en réalité les importateurs, vendeurs, fabricants mais répercutée sur les consommateurs), les mesures techniques ne doivent pas empêcher l'exercice de ces droits. L'alinéa 5 de la disposition précitée prévoit que « *le montant de la rémunération tient compte du degré d'utilisation des mesures techniques définies à l'article L. 331-5 et de leur incidence sur les usages relevant de l'exception pour copie privée* ». Afin de concilier les droits liés aux exceptions pour copie privée et l'installation des mesures techniques, une commission a été instituée dans ce sens par la loi DADVSI. Le rôle de cette entité se trouve explicité par l'article L.311-5 du Code de la propriété intellectuelle[770].

---

un droit privatif, était fautif ». V. Com. 22 octobre 2002, n° 00-12.914 ; *D.* 2002 p.3142, obs. Eric CHEVRIER.

[770] Selon l'article L.311-5 du Code de la propriété intellectuelle, « *Les types de support, les taux de rémunération et les modalités de versement de celle-ci sont déterminés par une commission présidée par un représentant de l'Etat et composée, en outre, pour moitié, de personnes désignées par les organisations représentant les bénéficiaires du droit à rémunération, pour un quart, de personnes désignées par les organisations représentant les fabricants ou importateurs des supports mentionnés au premier alinéa de l'article L. 311-4 et, pour un quart, de personnes désignées par les organisations représentant les consommateurs. Trois représentants des ministres chargés de la culture, de l'industrie et de la consommation participent aux travaux de la commission, avec voix consultative. Le président et les membres de la commission transmettent au président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, dans un délai de deux mois suivant leur nomination, une déclaration d'intérêts telle que prévue au III de l'article 4 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.*
Le règlement intérieur de la commission et ses modifications font l'objet d'une publication au Journal officiel.

536. Protection juridique des mesures techniques de protection. En tant que dispositifs techniques ou technologiques, les mesures techniques de protection ne sont pas inviolables. Ainsi, pour assurer leur survie et pérenniser leur utilisation, encore faut-il qu'elles soient protégées juridiquement. Comme souligné précédemment, pour bénéficier d'un parapluie juridique, outre le fait qu'elles doivent remplir pour l'essentiel le rôle de dispositif anti-violation des droits attachés à l'œuvre, elles doivent être « *efficaces* » selon la loi.

537. La notion d'efficacité. D'abord, la loi, à travers l'article L. 331-5 du Code de la propriété intellectuelle, précise que la protection juridique s'adresse uniquement aux « *mesures techniques de protection efficaces* ». Une lecture simpliste peut conduire à ne considérer comme efficaces que les mesures techniques impossibles à violer ou à contourner. Or, comme il vient d'être rappelé, aucun dispositif technique ne peut offrir une sécurité infaillible. D'où le recours à des mises à jour récurrentes afin de leur assurer une efficacité pérenne. Dès lors, il devient difficile de définir une mesure technique « *efficace* ». La loi a bien repris les critères posés par la directive 2001/29 pour tenter de préciser la notion, mais sans grande précision. Ainsi, le deuxième alinéa de l'article L. 331-5 précité prévoit que « *sont réputées efficaces* », les mesures techniques dont l'utilisation « *est contrôlée par les titulaires de droits grâce à l'application d'un code d'accès, d'un procédé de protection tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'objet de la protection ou d'un mécanisme de contrôle de la copie qui atteint cet objectif de protection* ». Cette manière de voir les choses est floue et ne répond pas aux difficultés rencontrées en pratique. Au contraire, la réponse se trouve sur un plan purement juridique. Ainsi, une mesure n'est efficace que toutes les fois où elle est contrôlée par ses titulaires. Autrement dit, le critère ne porte pas sur le caractère d'inviolabilité du système, mais plutôt sur le contrôle des droits sur la mesure et son utilisation. Cette interprétation est partagée par une partie de la doctrine qui estime que l'utilisation que fait le titulaire de la mesure, doit pouvoir « empêcher la copie ou la limiter, soit informer les utilisateurs de ses droits. Donc, la mesure technique n'est efficace que si la fonction de

---

Les comptes rendus des réunions de la commission sont rendus publics, selon des modalités fixées par décret. La commission publie un rapport annuel, transmis au Parlement.
Les délibérations de la commission sont exécutoires si, dans un délai d'un mois, son président n'a pas demandé une seconde délibération.
Les décisions de la commission sont publiées au Journal officiel de la République française ».

protection des droits d'auteur attribuée à la mesure technique est contrôlée par leur titulaire. C'est ainsi que la loi caractérise l'efficacité[771] ». Il ressort de cette analyse que la fonction « *d'efficacité* » doit être combinée avec celle de « *destination* ». Sur ce point, il est important de noter que le législateur, à la différence de la directive qui utilise le terme de destination, a préféré employer le terme de « fonctionnalité ». Ce choix, pour certains auteurs, « révèle un état d'esprit plus pragmatique, voire plus concret du législateur. En effet, protéger une mesure qui accomplit la fonction de protection des droits d'auteur, n'est-ce pas protéger une mesure qui protège le support matériel de l'œuvre ?[772]». En procédant de la sorte, le législateur entend exclure certaines mesures techniques non destinées à la protection des œuvres littéraires et artistique car « l'idée sous-jacente est uniquement d'évincer du dispositif les pseudo-mesures techniques inconsistantes placées dans l'unique dessein de bénéficier de la protection légale[773] ».

538. Somme toute, la protection juridique des mesures techniques de protection est une idée qui répond à une évidence : éviter la prolifération des « contre-mesures techniques, souvent plus efficaces[774] », c'est-à-dire, des dispositifs techniques permettant de neutraliser les mesures techniques de protection. Une réglementation dissuasive était donc nécessaire étant donné que, « si un dispositif de verrouillage ou de contrôle est mis en place, il ne peut avoir d'efficacité que si sa violation, c'est-à-dire sa neutralisation ou suppression, est sanctionnée juridiquement[775] ». Mais une mesure technique ne doit pas empêcher la circulation de l'œuvre dont la vocation est d'être commercialisée une fois le droit de divulgation exercé. C'est la question de l'interopérabilité et le débat sur la répression des dispositifs techniques de contournement qui ont pour but de rendre interopérable les mesures techniques de protection.

---

771 Éric A. CAPRIOLI, « Mesures techniques de protection et d'information des droits d'auteur », *Comm. com. électr.* n° 11, nov. 2006, étude 30.
772 *Ibid.*
773 Antoine LATREILLE, Thierry MAILLARD, « Le cadre légal des mesures techniques de protection et d'information », *D.* 2006, p. 2171.
774 Fréderic POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, n°104, *op.cit.*
775 Fréderic POLLAUD-DULIAN, Le droit d'auteur, n°2229, *op.cit.*

§2 : Interopérabilité et sanction des mesures techniques de protection

539. L'interopérabilité n'a pas automatiquement accompagné la mise en place des mesures techniques de protection. Il a fallu que les particuliers, les associations de consommateurs s'emparent de la question pour que l'on prenne conscience que la question n'est pas sans conséquence sur la protection du consentement de l'auteur (**A**). Aussi, les débats sur le sujet ont permis de voir que le régime de protection des mesures techniques, bien que sévère, est fragile dans sa mise en œuvre (**B**).

A : CONSENTEMENT DE L'AUTEUR ET INTEROPERABILITE

540. Interopérabilité et droit de divulgation. Le droit de divulgation fait partie des prérogatives dont dispose l'auteur sur son œuvre. Ce droit permet la diffusion de l'œuvre dans le but de la faire connaître ou consommer à un public plus large. Or, si les mesures techniques de protection sont une solution de sécurité permettant de limiter les exploitations frauduleuses, elles peuvent aussi mettre en cause l'effectivité du droit de divulgation exercé par l'auteur. En effet, les mesures techniques ne permettent l'accès à l'œuvre qu'elles protègent qu'aux personnes qui disposent des autorisations nécessaires. Ce qui n'est pas mauvais en soi. Seulement, elles peuvent empêcher le fonctionnement de ces autorisations sur d'autres supports. Autrement dit, elles ne favorisent pas le développement des formats standards. Cet état de fait, loin d'être un avantage pour l'auteur, profite plutôt aux grands groupes industriels qui se « voient assurer une réelle suprématie[776] ». Pour ces derniers, le schéma est à la fois simple et confortable économiquement. Les consommateurs qui achèteront par exemple de la musique sur une plateforme seront obligés, pour la consommer, de se fournir en support chez le même opérateur. Cette façon de procéder cloisonne les utilisateurs dans un circuit économique maitrisé par les seuls exploitants. A ce propos, selon un auteur, « ces systèmes ont pour conséquence de produire des logiques commerciales propriétaires, dans lesquelles les consommateurs sont enfermés [777]». Cette situation conjuguée aux demandes des consommateurs a permis l'émergence de l'interopérabilité avec pour but d'éviter que le consommateur se trouve

[776] Carine BERNAULT, « La tentation d'une régulation technique du droit d'auteur », *RLDI*, n°15, 1er, avr. 2006.
[777] BERTRAND DU MARAIS, « Régulation de l'internet : des faux-semblants au retour à la réalité », *RF adm. publ.*
2004, n°109, p. 83.

dans une situation d'absence de choix. A ce titre, l'article L.331-5 alinéa 4 oblige les fournisseurs des mesures à donner l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité. Pour le législateur, « *les mesures techniques ne doivent pas avoir pour effet d'empêcher la mise en œuvre effective de l'interopérabilité, dans le respect du droit d'auteur* ».

541. Le rôle du droit consumériste. Par ailleurs, sur le terrain du droit consumériste, la jurisprudence a très vite souligné que l'interopérabilité est aussi une question qui relève du droit de la consommation. En ce sens, à propos d'un litige qui opposait l'association « UFC-Que Choisir » à la société « Sony France » qui vendait des fichiers musicaux non interopérables, les juges, sur le fondement du défaut d'information, ont jugé que « Sony » devait informer le consommateur « clairement et de façon explicite dans son contrat que les fichiers musicaux téléchargés à partir du site *Connect* ne peuvent être lus que par les baladeurs numériques dédiés de marque Sony[778] ». Plus loin, ils ont retenu l'infraction de subordination de vente. Cette infraction est prévue et réprimée par l'article L. 122-1 du Code de la consommation. Aujourd'hui abrogé, le contenu de la disposition, pour l'essentiel, se trouve au sein de l'article L. 122-11 du même code qui dispose en son alinéa 2 qu'est « *également interdit, le fait de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit dès lors que cette subordination constitue une pratique commerciale déloyale au sens de l'article L. 121-1* ». En clair, le fait de mettre en place une mesure technique empêchant l'interopérabilité peut être assimilé à une tromperie par omission ou encore à une pratique commerciale déloyale[779].

542. L'interopérabilité, synonyme de liberté. La manière avec laquelle la question est abordée par le droit de la consommation reflète parfaitement la logique exprimée dans la « directive concernant la protection juridique des programmes

[778] TGI Nanterre, 15 déc. 2006, « *Association UFC-Que Choisir c/ Stés Sony France et Sony UK Ltd* » ; *D.* 2007 p.219, obs. Cédric MANARA ; V. également, Olivier PIGNATARI, « Les consommateurs en ont rêvé, les juges nanterrois l'ont fait : un pas vers l'interopérabilité grâce au droit de la consommation… », *RLDI*, n°24, 1er fév. 2007.

[779] *Le Lamy droit pénal des affaires*, «2673 La tromperie par réticence ».

d'ordinateur » du 23 avril 2009[780]. Le dixième considérant de ce texte voit en l'interopérabilité la « capacité d'échanger des informations et d'utiliser mutuellement les informations échangées ». Il ressort de ce texte une dimension à la fois sociale, libérale que n'a pas manqué de souligner le sénateur Michel Thiollière pour qui « l'interopérabilité est un acte de fraternité, mais aussi, bien sûr, de liberté et d'égalité[781]».

543. Concrètement, comme le souligne un auteur, « l'interopérabilité décloisonne, et ce décloisonnement a un effet positif à la fois pour les consommateurs mais aussi pour le marché[782] ». Il y a donc interopérabilité lorsque deux systèmes peuvent « communiquer ensemble, échanger des informations[783] ». Son champ est plus large que celui de la compatibilité qui ne concerne que deux systèmes clairement indentifiables. Elle signifie la possibilité pour l'usager ayant acquis légalement une œuvre de l'esprit de l'utiliser sur d'autres supports autre que celui que propose l'exploitant de l'œuvre. Le refus de communiquer les informations relatives à l'interopérabilité peut être surmonté selon la procédure prévue à l'article L. 331-32 du Code de la propriété intellectuelle. L'article L. 331-29 du même code dispose dans son alinéa premier que « *tout éditeur de logiciel, tout fabricant de système technique et tout exploitant de service peut, en cas de refus d'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité, demander à l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique de garantir l'interopérabilité des systèmes et des services existants, dans le respect des droits des parties, et d'obtenir du titulaire des droits sur la mesure technique les informations essentielles à cette interopérabilité. A compter de sa saisine, l'autorité dispose d'un délai de quatre mois pour rendre sa décision* ».

544. Interopérabilité et droit d'auteur. En outre, s'est posée la question de savoir si l'interopérabilité était compatible avec le droit d'auteur. En effet, dans l'un des arrêts *Nintendo*, il a été question de savoir si une mesure technique pouvait restreindre les droits reconnus à l'auteur par les articles 2 à 4 de la directive 2001/29,

---

[780] Directive 2009/24/ CE du parlement européen et du conseil du 23 avril 2009 sur « la protection juridique des programmes d'ordinateur ». Ce texte codifie la Directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur.

[781] Michel THIOLLIERE, Sénat, séance du 30 juin 2006, projet de « loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information ».

[782] Julien DOURGNON, « L'impact de l'interopérabilité pour les consommateurs », *RLDI*, n°23, 1er, janv. 2007.

[783] Carie BENAULT, *Dictionnaire de la propriété intellectuelle*, p. 271, *op.cit*.

c'est-à-dire les actes inscrits dans l'exercice des droits d'auteurs. Sur cette question, la CJUE[784] a précisé qu'une mesure technique n'a d'autre objet que de préserver l'œuvre de toute atteinte. Autrement dit, elle ne doit avoir pour principal objectif que d'empêcher le contournement des dispositifs techniques protégeant l'œuvre et doit, de ce fait, être interopérable. La solution se fonde sur le considérant n°48 *in fine* de la directive précitée qui précise que la protection juridique des mesures techniques « *doit respecter le principe de proportionnalité et ne doit pas interdire les dispositifs ou activités qui ont, sur le plan commercial, un objet ou une utilisation autre que le contournement de la protection technique* ».

545. Consentement sur les mesures techniques. Cependant, si le principe de l'interopérabilité semble être inscrit définitivement dans l'ordonnancement juridique, celle-ci ne règle pas la question du consentement du titulaire des droits sur la mesure technique, surtout si celle-ci entre dans la catégorie des œuvres de l'esprit. En effet, comme on le verra à propos de certains logiciels, il n'est pas impossible que ces mesures remplissent les critères pouvant conduire à la qualification d'œuvre de l'esprit. Dans tous les cas, le refus de rendre un système de protection interopérable peut être surmonté à la condition que son titulaire bénéficie d'une juste et préalable indemnisation. En ce sens, dans sa décision sur la « loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information », à travers le considérant n°41, le Conseil constitutionnel a profité de cette occasion pour préciser qu'à défaut de consentement à la « communication des informations essentielles à « l'interopérabilité », cette communication devra entraîner leur indemnisation ». Dans le cas contraire, se trouverait violé, l'article 17 de la Déclaration de 1789 aux termes duquel : « *la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ». Cette solution empêche non seulement que les grands groupes perturbent le jeu de la concurrence, mais, elle assure également une meilleure visibilité pour l'œuvre et le partage d'expérience.

546. Interopérabilité et écologie. Par ailleurs, l'interopérabilité a un autre avantage dans un secteur tout à fait inattendu mais qui est d'une grande importance pour la société : il s'agit de la problématique liée à la gestion des déchets électroniques.

---

[784] CJUE, 23 janv. 2014, C-355/12, *Nintendo* ; *RLDI*, n°102, 1er mars 2014 obs. Audrey LEFEVRE.

Sur ce point, l'interopérabilité revêt un intérêt écologique en contribuant à la limitation de la pollution. Par exemple, imaginer que chaque clé USB, chaque CD, chaque carte sim, chaque ordinateur, chaque smartphone ne fonctionne qu'avec les supports fournis par le fabricant, cela aura forcément pour conséquence une augmentation de la quantité de déchets électroniques qui avoisine les 900.000 tonnes par an[785].

547. Interopérabilité et risque de contrefaçon. En outre, il est important de souligner qu'en dépit des avantages liés à la mise en place d'une interopérabilité effective, cela ne doit pas pour autant avoir pour effet de faire disparaitre les informations relatives à l'identité de l'œuvre. Le nom de l'auteur ou du titulaire des droits, la date de création de l'œuvre, les autorisations et les interdictions, ne doivent pas être supprimés. Dans le cas contraire, la sanction sur le contournement des mesures techniques d'informations s'applique. En d'autres termes, l'interopérabilité ne doit pas être « une couverture noble d'un acte de contrefaçon[786]» et d'une certaine manière, la violation du droit moral de l'auteur.

548. Difficulté de définition de la notion de d'interopérabilité. Au regard de ce qui précède, les textes consacrés à la notion d'interopérabilité ne permettent pas d'avoir une définition permettant de mieux en cerner ses contours. L'absence d'une définition de la notion a été soulevée lors de l'examen de la loi sur le droit d'auteur par le conseil Constitutionnel. En réponse, le gouvernement a précisé dans ses observations qu'il « n'était pas requis du législateur qu'il donne une définition de la notion d'interopérabilité. Dans le contexte de la diffusion numérique des œuvres dans lequel s'inscrit la loi, l'interopérabilité des mesures techniques s'entend, très naturellement, comme la capacité de plusieurs lecteurs différents de lire les œuvres acquises auprès de distributeurs différents. L'article L. 331-7 (devenu article L.331-5) du code de la propriété intellectuelle, issu de l'article 14 de la loi déférée, donne d'ailleurs une définition indirecte de l'interopérabilité en parlant « d'informations essentielles à l'interopérabilité[787] ». Malgré cette précision, le Conseil constitutionnel

[785] Il s'agit de la quantité de déchets collectés. Pour d'amples informations sur la question, v. « Equipements électriques et électroniques : données 2020 », *La librairie ADEME*. https://librairie.ademe.fr/dechets-economie-circulaire/5191-equipements-electriques-et-electroniques-donnees-2020.html. Consulté le 16/03/2023.

[786] Christophe CARON, Droit d'auteur et droits voisins, *op.cit*. n°307, p.291.

[787]Journal officiel électronique authentifié, n° 0178 du 03/08/2006 : https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000460054

avait a fini par censurer les passages faisant référence à l'interopérabilité sans la définir. Pour les sages, le législateur ayant fait de « l'interopérabilité » un élément qui conditionne le champ d'application de la loi pénale, « il devait en conséquence définir en des termes clairs et précis le sens qu'il attribuait à cette notion dans ce contexte particulier ; qu'en s'abstenant de le faire, il a porté atteinte au principe de légalité des délits et des peines[788] ».

549. La censure du Conseil constitutionnel est venue remettre en cause la sanction de la violation des mesures techniques de protection. Plus spécifiquement, à propos de l'interopérabilité, il avait été prévu que le fait de contourner une mesure technique dans le but de la rendre interopérable n'était pas un fait répréhensible. Comme le fait observer un auteur, la décision des sages de censurer l'absence de définition de la notion a eu un « effet pervers sans doute non recherché par les auteurs de la saisine du Conseil : le contournement d'une mesure technique à des fins d'interopérabilité n'échappe plus, désormais, aux sanctions pénales prévues par la nouvelle loi[789] ». Etant donné que, comme il a été souligné précédemment, initialement, la « loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information » considérait comme un fait justificatif le fait de mettre au point des dispositifs permettant de contourner une mesure technique pour la rendre interopérable. La censure de cette disposition était justifiée en ce sens qu'elle contrevenait au principe qui veut que nul ne puisse se rendre justice soi-même. Le traitement réservé à la question montre que la protection des mesures techniques de protection et le régime de sanction sont loin d'être parfaits.

B : L'INSUFFISANCE DE LA PROTECTION DES MESURES TECHNIQUES ET SANCTION

550. Champ d'application de la sanction. La protection que la loi accorde aux mesures techniques de protection ne semble pas être entière en ce sens qu'elle ne touche pas toutes les composantes. Selon l'alinéa 3 de de l'article L. 331-5 du Code de la propriété intellectuelle, « *un protocole, un format, une méthode de cryptage, de brouillage ou de transformation ne constitue pas en tant que tel une mesure technique*

[788] D. n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, « Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information », considérant n°60 et 61.
[789] Carine BERNAULT, « La loi du 1er août 2006 et l'interopérabilité : éléments pour décoder », *RLDI,* n°19, 1er sept. 2006.

au sens du présent article ». Autrement dit, ces éléments sont libres de droits. Il s'en suit que toute personne est autorisée à les utiliser pour créer une mesure technique ou améliorer une existante dans le meilleur des cas. Donc, dans le pire des cas, certains peuvent tout à fait faire de ces éléments des mesures de contournement. La position du législateur sur la question est surprenante en ce sens qu'elle limite sa protection uniquement sur le dispositif abouti en s'abstenant de l'étendre aux procédés de fabrication. Cela constitue incontestablement une porte ouverte aux contournements des mesures.

551. Par ailleurs, l'efficacité de la protection d'une mesure technique de protection ne peut être effective que quand elle est suivie d'une sanction. Sur ce point, le traité de l'OMPI en son article 11 oblige les Etats signataires à « prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre par les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits ...[790] ».

552. La nature de l'infraction et le fondement de la sanction. Si le principe de la sanction est acquis, cependant, la question reste ouverte sur la nature de l'infraction. En d'autres termes, il s'agit de savoir si elle peut être qualifiée de contrefaçon ou non, sachant que la contrefaçon concerne principalement les atteintes aux biens intellectuels. Pour certains auteurs, le contournement des mesures techniques de protection ou le fait de fournir des moyens allant dans ce sens doit être sanctionné au titre de la contrefaçon. En ce sens, le Professeur Fréderic Pollaud-Dulian souligne qu'une « officine qui met à la disposition de sa clientèle des moyens de reproduction numérique et qui neutralise les moyens de protection électronique et laisse réaliser des copies multiples doit être condamnée pour contrefaçon[791] ». Cette analyse, approuvée par la jurisprudence[792], est tout à fait logique même si le choix de la notion de contrefaçon pour aboutir à la sanction peut interroger en ce sens que la loi

---

[790] Selon l'article 11 du traité, « *les Parties contractantes doivent prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre par les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits en vertu du présent traité ou de la Convention de Berne et qui restreignent l'accomplissement, à l'égard de leurs œuvres, d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi* ». L'article 12 du même traité abonde dans le même sens.

[791] Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, n°1271, *op. cit.*

[792] Grenoble, 18 janv. 2001 ; *RIDA* 2001, n° 189, p. 362, obs. KEREVER ; *Comm. com. électr.* juin 2001 , *comm.* 59, p. 28, note Christophe CARON.

réserve prioritairement cette qualification aux atteintes illégales aux œuvres de l'esprit[793]. D'où l'intérêt de se poser la question de savoir si une mesure technique de protection peut être qualifiée d'œuvre de l'esprit ou y être assimilée. Autrement dit, le fait d'apposer une mesure technique sur le support de l'œuvre lui confère-t-elle le caractère d'œuvre de l'esprit ? En cas de violation, la sanction sera-elle la même que pour la violation de l'œuvre ? La question reste ouverte. Outre le débat sur la question de savoir si on est en présence d'une contrefaçon au sens strict du terme[794], pour d'autres, la contrefaçon protège avant tout un monopole. Or, la protection des mesures techniques participe à la défense d'éléments qui sont périphériques. C'est pourquoi, pour le Professeur Christophe Caron, « on est en présence d'une quasi-contrefaçon qui, notamment en ce qui concerne les sanctions, cultive une réelle spécificité[795] ». La différence peut sembler anodine, elle est tout de même importante car, si la violation d'une mesure technique de protection est suivie d'une atteinte au droit d'auteur, le responsable sera doublement sanctionné. Cette analyse est logique en ce sens qu'une mesure technique de protection ne peut prétendre accéder au même degré de protection qu'une œuvre de l'esprit. Elle ne peut donc être protégée au même titre que l'œuvre elle-même. La principale justification de cette analyse tient au fait, qu'en réalité, seul le support de l'œuvre est principalement concerné par les mesures techniques. Toutes les fois où l'œuvre serait affectée par ces mesures, il y aurait risque de dénaturation ou d'altération. D'ailleurs, c'est pourquoi « la prudence commande que l'on ne parle pas de mesures techniques protégeant l'œuvre mais plutôt de mesures techniques protégeant le support de l'œuvre [796]».

553. Cependant, si en principe, une mesure technique de protection n'est pas une œuvre de l'esprit, (en ce sens que les critères relatifs à la personnalité et à la conception de l'auteur ou à l'originalité font généralement défaut) une telle qualification n'est pas à exclure. C'est le cas par exemple de tout logiciel destiné à la protection des œuvres de l'esprit qui remplit les critères pour être qualifié d'œuvre de l'esprit. Dans sa décision

---

793 Selon le 1er alinéa de de l'article L. 335-2 du Code de la propriété intellectuelle, « *toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est une contrefaçon et toute contrefaçon est un délit* ».

794 Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, n°1756, *op. cit*.

795 Christophe Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 6e éd., n°591, *op. cit*.

796 Mahmadane DIENG, « Exceptions au droit d'auteur et mesures techniques de protection », p.248, *op. cit*.

sur la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, le Conseil constitutionnel l'a implicitement admis[797]. Dans le même sens, la CJUE dans son arrêt *Nintendo*[798] met un accent particulier sur le caractère complexe des jeux vidéo et profite pour préciser que le régime juridique applicable aux mesures techniques de protection est celui de la directive n°2001/29/CE du 22 mai 2001 et non celui de la directive n° 2009/24/CE du 23 avril 2009, spécifique aux programmes d'ordinateur.

554. Le principe d'une sanction modulée. En cas de contournement d'une mesure technique de protection, le Code de la propriété intellectuelle prévoit des sanctions pénales qui vont de la condamnation à une peine d'amende ou encore à de la prison. La sanction est modulée en fonction de la gravité de l'atteinte et du degré de d'implication de chacun dans le processus du contournement.

555. Ainsi, l'article L. 335-4-1-I punit de « *de 3 750 euros d'amende le fait de porter atteinte sciemment, à des fins autres que la recherche, à une mesure technique efficace telle que définie à l'article L. 331-5, afin d'altérer la protection d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme, d'un programme ou d'une publication de presse par un décodage, un décryptage ou toute autre intervention personnelle destinée à contourner, neutraliser ou supprimer un mécanisme de protection ou de contrôle (…)* ». Poursuivant, la même disposition prévoit dans son II qu'est puni de « *six mois d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait de procurer ou proposer sciemment à autrui, directement ou indirectement, des moyens conçus ou spécialement adaptés pour porter atteinte à une mesure technique* » de protection.

556. En résumé, la lecture du dispositif de répression permet d'observer que la sanction est fonction du degré de gravité et d'implication dans le processus de contournement des mesures techniques. Autrement dit, le législateur a fait le choix de donner une « réponse pénale graduée » en tenant compte des types d'atteinte. Ainsi, « les atteintes indirectes » sont plus lourdement sanctionnées que les « les atteintes directes autonomes et les atteintes directes assistées[799] ».

---

[797] D. 27 juillet, 2006, n°2006-540, DC, considérant n°41.

[798] CJUE, 4e Ch., 23 janv. 2014, « *Nintendo* », n° C-355/12 ; *RTD-Com.*, janv. 2014, p. 108-112, note Frédéric POLLAUD-DULIAN.

[799] Thierry MAILLARD, « La « réponse pénale graduée » en matière d'atteintes aux mesures techniques de protection et d'information », *RLDI*, n°23, 1er janv. 2007.

Conclusion du titre 2

557. En conclusion de ce titre, on constate que les fondements de la protection du consentement de l'auteur au sein des contrats et dans l'environnement numérique n'ont jamais été remis en cause, même si le principe du consentement gagnerait à être renforcé, notamment par la prise en compte de la portée réelle de l'exigence de l'écrit en matière de validité des conventions. En effet, continuer à considérer les contrats en droit de la propriété littéraire et artistique comme des contrats consensuels est difficilement justifiable tant du point de vue de leur objet que de la qualité des parties, notamment celle de l'auteur. Réduire l'exigence de l'écrit à une simple question de preuve, comme l'a fait la jurisprudence[800], constitue une atteinte aux vertus protectrices du consentement de l'auteur. En l'absence d'écrit, il sera très difficile pour l'auteur de démontrer que son consentement n'était pas valide en ce sens qu'en pratique, « un contrat qui ne peut être prouvé risque de rester lettre morte[801] ».

558. Pourtant, dans certains domaines, la jurisprudence a adopté une position qui va dans le sens de la nullité des contrats pour lesquels le législateur n'a pas explicitement exigé l'écrit à titre de validité. Par exemple, l'article 1907 du Code civil, qui porte sur les taux d'intérêts, prévoit dans son second alinéa que « *le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit* ». Dans une décision en date du 9 février 1988, la Cour de cassation a retenu que « cette règle, prescrite pour la validité même de la stipulation d'intérêt, est d'application générale et qu'il ne peut y être dérogé même en matière d'intérêts afférents au solde débiteur d'un compte courant[802] ». En matière de contrat de cautionnement, avant que le législateur n'exige l'écrit à titre de validité[803],

---

[800] Civ. 1re, 12 avr. 1976, n°74-12.149 ; *RTD com.* 1978, p.103. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a retenu que « la constatation par écrit du contrat d'édition prescrite par l'article 31, alinéa 1er, de la loi 11 mars 1957 (devenu article L. 131-2 du Code de la propriété intellectuelle), n'était pas requise pour la validité du contrat mais pour sa preuve ». Dans la même logique, sans que l'on n'ait une justification convaincante, à propos du contrat de transaction dont le second alinéa de l'article 2044 impose l'écrit, la Cour de cassation a estimé que « l'écrit prévu par l'article 2044 du Code civil n'est pas exigé pour la validité du contrat de transaction dont l'existence peut être établie selon les modes de preuve prévus en matière de contrats par les [anciens]articles 1341 et suivants du Code civil ». V. Civ. 1re, 18 mars 1986, n°84-16.817.

[801] François CHENEDE, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François TERRE, *Droit civil, Les Obligations*, 13e éd., Dalloz, 2022, n°197.

[802] Civ. 1re, 9 fév. 1988, n°86-11.557.

[803] Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés. V. article 2297 alinéa premier du Code civil selon lequel, « *à peine de nullité de son engagement, la caution personne physique appose elle-même la mention qu'elle s'engage en qualité de caution à payer au créancier ce*

c'est pourtant la Cour de cassation qui avait érigé ce contrat en contrat solennel. En effet, la Cour avait retenu qu'il « résulte de la combinaison des articles 1326 et 2015 [anciennement] du Code civil que les exigences relatives à la mention manuscrite ne constituent pas de simples règles de preuve mais ont pour finalité la protection de la caution[804] ». Elle aurait pu adopter le même raisonnement à propos de l'auteur, en retenant par exemple que l'écrit exigé par l'article L. 131-2 en matière d'édition a pour but la protection de l'auteur. Etant donné que si le consensualisme a le mérite de la célérité, « il en résulte parfois une certaine incertitude sur l'existence même du contrat ou sur son contenu, laquelle peut, en cas de déloyauté d'un des contractants, favoriser les contestations (…). À l'inverse, le formalisme n'est pas sans mérites. Attirant l'attention des parties sur l'importance et la portée de leur engagement, il invite à la réflexion et à la vigilance, et il permet à chacun de mûrir sa décision et de mieux préciser sa pensée[805] ». L'auteur, à l'instar du consommateur doit être considéré comme une partie vulnérable. Du moins en principe, afin d'éviter de vider les règles de la propriété littéraire et artistique de leur substance protectrice.

559. Cela dit, il est possible d'objecter à cette analyse en mettant en avant le fait que certains auteurs peuvent avoir la qualité de véritables professionnels eu égard à leur expérience, leur poids économique et leur notoriété, ce qui leur confère une véritable force de négociation. Cette objection répond à la question de la possibilité de mettre sur le même plan un auteur lambda avec des grands auteurs à succès qui ont une assise financière solide et qui sont entourés de très bons conseils juridiques. Il s'agirait de prendre en compte la qualité réelle des auteurs en lieu et place d'une vision qui les considérerait, en toute circonstance, comme des parties faibles vis-à-vis de leurs cocontractants. Dans cette hypothèse, lors des négociations, l'auteur viendrait avec ses conditions déjà prédéfinies qu'il imposerait sans difficultés à son cocontractant. En ce sens par exemple, le contrat d'auteur peut être perçu comme un contrat d'adhésion du point de vue de l'auteur qui serait dans cette hypothèse débiteur d'un éventuel déséquilibre contractuel comme le prévoit le premier alinéa de l'article 1171 du Code civil qui prévoit que « *dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable,*

---

que lui doit le débiteur en cas de défaillance de celui-ci, dans la limite d'un montant en principal et accessoires exprimés en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, le cautionnement vaut pour la somme écrite en toutes lettres ».

[804] Civ. 1re, 30 juin 1987, n° 85-15.760 ; D. 1987. Somm. 442, obs. Laurent AYNES.

[805] François CHENEDE, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François TERRE, *Droit civil, Les Obligations, op. cit*. n°196.

déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ». Cette analyse privilégie les éléments objectifs afférents aux parties par rapport à une application *stricto sensu* des règles protectrices du droit d'auteur.

560. Par ailleurs, on a aussi vu que, si le numérique a eu une incidence sur le consentement de l'auteur, son développement n'a pas bouleversé les fondements des règles de la propriété littéraire et artistique. En effet, le principe d'un consentement de l'auteur reste de mise conformément au principe qui résulte de l'article L. 111-1 du Code la propriété intellectuelle et surtout de l'article L. 131-3 du même code. Les règles de la propriété littéraire et artistique se sont adaptées malgré la souplesse et la rapidité qu'offre le numérique en termes d'exploitation illicite de l'œuvre. Aussi, l'atteinte au consentement de l'auteur n'est pas quelque chose de nouveau. Les œuvres de l'esprit ont toujours fait l'objet d'atteintes exogènes aux règles du droit de la propriété intellectuelle, comme la contrefaçon ; ou de restrictions, endogènes, comme les exceptions au droit de la propriété littéraire artistique.

Partie II : Les atteintes au principe du consentement de l'auteur

561. Le principe du consentement de l'auteur est un principe inhérent à l'exploitation de l'œuvre de l'esprit. Il découle des règles protectrices du code de la propriété intellectuelle qui s'efforce de créer un équilibre contractuel dans les contrats d'auteur en renforçant les prérogatives de l'auteur, qui est considéré comme une partie vulnérable. Cependant, l'application du principe du consentement de l'auteur n'est pas absolue. En effet, en tant que droit de propriété, le droit d'auteur fait aussi l'objet de certaines limitations justifiées par exemple, par des considérations qui résultent de la fonction sociale du droit de propriété. Pour le Professeur Louis Josserand, cette fonction sociale est en lien avec la théorie de la relativité des droits qui veut que « le droit se réalise, non dans le vide absolu, mais dans un milieu social et que, dans une communauté vraiment organisée, ils trouvent devant eux les droits égaux d'autrui (…). Ce n'est pas en vue d'un but quelconque qu'ils peuvent être utilisés, mais uniquement en fonction de leur esprit, du rôle social qu'ils sont appelés à jouer ; ce n'est pas à tort et à travers qu'ils peuvent être exercés, mais à bon escient, pour une fin légitime et à raison d'un motif légitime[806] ». Cette analyse peut parfaitement justifier les limitations imposées au droit d'auteur à chaque fois que l'intérêt général ou une raison sociale le justifie, étant donné que, comme le droit de propriété, le droit d'auteur est perçu comme une prérogative que les pouvoirs publics accordent à l'auteur qui, en retour, en l'exploitant le fait bénéficier à toute la société. En ce sens, il est difficile de ne pas rappeler ici la vision du Professeur Charles Gide à propos des propriétaires fonciers. Pour lui, « nous avons été amenés ainsi à considérer les propriétaires comme investis d'une véritable fonction sociale, comme des administrateurs auxquels la société a confié l'exploitation du sol, en leur abandonnant, à titre de rémunération définitive et absolue, tout ce qu'ils réussiraient à produire[807] ».

562. De ce point de vue, il devient logique que le législateur permette l'organisation de l'exploitation des biens afin de les rendre plus efficients au service de la société. C'est dans cette optique, par exemple, qu'ont été pensées les coopératives agricoles. En effet, ces dernières sont définies par l'article L. 521-1 du Code rurale et de la pêche maritime comme des « *sociétés coopératives agricoles [qui] ont pour objet l'utilisation en*

[806] Louis Josserand, *Cours de droit civil positif français. 1. Théorie générale du droit et des droits. Les personnes. La famille. La propriété et les autres droits réels princip*aux, 3e éd., Sirey, 1938, n°162.
[807] Charles Gide, *Principes d'économie politique*, 4e éd., L. Larose, 1894, p. 568.

commun par des agriculteurs de tous moyens propres à faciliter ou à développer leur activité économique, à améliorer ou à accroître les résultats de cette activité ». En droit d'auteur, le modèle de la gestion collective des droits s'est imposé comme le mode par défaut et le plus rationnel en termes d'exploitation économique. Dès lors, il va de soi que l'adhésion de l'auteur à un organisme de gestion collective implique une certaine limitation de ses prérogatives. Aussi, lorsque le droit de propriété cesse d'assurer sa fonction sociale, par exemple lorsqu'il n'est plus revendiqué ou exercé, il existe des mécanismes pour pallier cette situation. D'où la prescription acquisitive[808], ou encore la vocation de l'Etat à recueillir les successions vacantes ou en déshérence[809]. L'idée est de faire en sorte que le bien soit le plus actif que possible pour le bien de la société. C'est cette logique qui justifie, en droit d'auteur, la mise en place de la gestion collective de certaines œuvres de l'esprit à raison de leur statut. Il s'agit principalement des œuvres indisponibles et des œuvres orphelines qui sont régies par les articles L. 138-1 et L. 135-1 du Code de la propriété intellectuelle. Cela dit, si le mécanisme de leur gestion n'est pas sans conséquences sur le consentement de l'auteur, cette incidence n'est pas comparable aux atteintes frauduleuses aux droits de l'auteur. Ici, il s'agit principalement des faits de contrefaçon qui, par essence, portent atteinte au droit de l'auteur.

563. Il ressort de l'analyse qui précède que le droit d'auteur, en tant que droit de propriété, est un droit qui est sujet à des limitations par la volonté du législateur (**Titre1**). A côté de ces limitations qui sont endogènes aux règles de la propriété littéraire et artistique, il existe aussi des situations d'atteintes opérées en dehors de tout cadre contractuel entre l'auteur et ses cocontractants (**Titre 2**).

[808] Article 2258 Code civil : « *La prescription acquisitive est un moyen d'acquérir un bien ou un droit par l'effet de la possession sans que celui qui l'allègue soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi* ».

[809] D'une manière générale, il s'agit des successions abandonnées ou que personne ne revendique. V. les articles 809 à 811-3 du Code civil.

Titre 1 : Les atteintes endogènes au consentement de l'auteur

564. Les atteintes autorisées ou imposées par le législateur sont jugées légitimes en ce sens qu'elles sont le plus souvent motivées par l'idée de protéger et de préserver l'intérêt de l'auteur. Elles résultent le plus souvent des mécanismes d'exploitation des œuvres de l'esprit. En effet, à raison de leur spécificité, le commerce des œuvres littéraires et artistiques reste délicat à réaliser. Le principe du consentement de l'auteur impose que son autorisation soit recueillie avant chaque utilisation. Appliqué à la lettre, ce principe peut entrainer de la lourdeur dans la gestion quotidienne par l'auteur de ses créations. Au quotidien, il serait impossible à un auteur à succès d'une chanson par exemple de répondre à toutes les sollicitations d'autorisation dans les temps. La principale difficulté est alors de concilier la garantie de respect du principe du consentement de l'auteur avec l'objectif de célérité en matière d'exploitation des œuvres. Synonyme de rapidité, la célérité ne doit cependant pas contribuer à violer les droits de l'auteur, étant donné que « les gains de temps ne peuvent se faire au mépris des garanties fondamentales[810] ». La conciliation de ces deux objectifs a donné lieu en droit d'auteur à la mise ne place du mécanisme de la gestion collective (**Chapitre 1**). Ce mécanisme induit un paradoxe au regard du principe du consentement de l'auteur : celui d'un délaissement volontaire par l'auteur d'une partie de ses prérogatives en échange d'une protection de ses droits.

565. Par ailleurs, il peut arriver que des œuvres de l'esprit, non tombées dans le domaine public, cessent d'être exploitées. C'est la catégorie des œuvres orphelines[811] qui se caractérisent par le fait que leurs auteurs sont impossibles à localiser après des recherches infructueuses. Ces œuvres sont diverses et variées : il peut s'agir par exemple de livres, de photographies, de musique, *etc*. Sur le plan juridique, se pose la question de leur exploitation, notamment dans les bibliothèques ou encore dans les archives avec pour principal enjeu les autorisations en vue de leur numérisation. C'est

[810] Soraya AMRANI-MEKKI, « Le principe de célérité », *Revue française d'administration publique*, n°125, 2008/1, p. 43.

[811] Art. L. 113-10 Code de la propriété intellectuelle : « *L'œuvre orpheline est une œuvre protégée et divulguée, dont le titulaire des droits ne peut pas être identifié ou retrouvé, malgré des recherches diligentes, avérées et sérieuses.*
Lorsqu'une œuvre a plus d'un titulaire de droits et que l'un de ces titulaires a été identifié et retrouvé, elle n'est pas considérée comme orpheline ».

dans le même ordre d'idées qu'il faut aussi situer les œuvres indisponibles[812]. Ces dernières sont tout autant diverses et variées que les œuvres orphelines. Cela dit, elles se singularisent non pas par une impossibilité de localiser leurs auteurs, mais par le fait qu'elles sont souvent le fait d'un épuisement de stocks, d'un blocage par des ayants droits à la suite d'un litige, d'une obsolescence eu égard à leur incompatibilité avec les technologies d'aujourd'hui. L'enjeu principal pour ces œuvres porte évidemment sur les autorisations d'exploitation. Ainsi, pour ces deux catégories d'œuvres, la loi a mis en place des mécanismes de licences légales en vue de leur exploitation. Ce qui peut constituer une forme d'atteinte au consentement de l'auteur eu égard au principe énoncé par l'article L. 122-4 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que « *toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite* ». Afin de bien mesurer les incidences des mesures mises en place pour la gestion de ces œuvres sur le principe du consentement de l'auteur, l'accent sera mis sur le mécanisme de gestion des œuvres orphelines et indisponibles (**Chapitre 2**).

[812] Article 138-1, I, Code de la propriété intellectuelle : « *L'œuvre indisponible (…) est une œuvre protégée dont on peut présumer de bonne foi, au terme d'efforts raisonnables d'investigation, qu'elle n'est pas disponible pour le public par le biais des circuits de distribution commerciaux habituels et dont la première publication ou communication au public remonte à trente ans ou plus* ».

Chapitre 1 : Les atteintes au consentement de l'auteur et la gestion collective des œuvres de l'esprit

566. L'auteur d'une œuvre de l'esprit bénéficie d'une liberté de consentement dans le cadre de la gestion de ses œuvres actuelles et futures. Cela signifie que le choix du mode de gestion ne dépend que de lui. A ce titre, il dispose d'une liberté qui ne doit, en principe, trouver de limitation que dans ce que l'ordre public proscrit. Néanmoins, la gestion collective de l'œuvre est devenue un mécanisme indispensable en matière d'exploitation des droits patrimoniaux de l'auteur. Le fait pour l'auteur d'adhérer à un organisme de gestion collective des droits lui confère une double qualité : celle d'utilisateur du service et celle d'associé. La singularité de la situation fait que l'auteur, pendant toute la durée de la gestion collective, ne sera pas maître de la gestion de son œuvre comme il le serait s'il avait opté pour une exploitation individuelle. En tout état de cause, le choix de ce mode de gestion des droits demande à ce que l'auteur sache naviguer entre les différentes catégories d'organismes de gestion collective afin de mieux préserver ses intérêts. A cet égard si, en théorie, il est libre de choisir la gestion collective comme mode d'exploitation de ses créations (**Section 1**), en pratique, comme il sera démontré par la suite, cette liberté de choix est à relativiser (**Section 2**).

Section 1 : Le consentement de l'auteur et les types de gestion collective

567. Du point de vue pratique, la gestion collective peut être intéressante en ce sens qu'elle permet à l'auteur de ne pas se consacrer à la gestion quotidienne de ses œuvres, ce qui peut se révéler chronophage au quotidien (**§1**). Toutefois, les avantages que procurent la gestion collective aux auteurs font que les prérogatives des organismes de gestion se sont accrues au point de reléguer au second plan le consentement de l'auteur (**§2**).

§1 : Les justifications et les formes juridiques des sociétés de gestion collective

568. La gestion collective est un mécanisme qui se trouve aux antipodes du principe de la gestion individuelle du droit d'auteur. A défaut d'être le mode de gestion par principe, il est le mode de gestion qui s'impose quasiment dans tous les secteurs de la

création. Son succès, qui n'est pas un fait du hasard, est dû à des éléments objectifs qui justifient son plébiscite (**A**). Aussi, les formes juridiques que ces organismes peuvent être amenés à adopter ne sont pas sans incidence sur le consentement de l'auteur (B).

A : LES JUSTIFICATIONS DU MECANISME DE LA GESTION COLLECTIVE

569. Définition du mécanisme. Il est difficile de définir avec suffisamment de précision la gestion collective des œuvres de l'esprit. Le mécanisme est fondé sur l'idée selon laquelle une gestion efficace des droits de propriété littéraire et artistique passe par la création d'organismes qui feront office d'intermédiaire entre les auteurs et les utilisateurs. Le procédé traduit une « socialisation[813] » des droits au sein d'une entité en vue d'une gestion pratique et efficace. En résumé, il s'agit d'un dispositif par lequel « un auteur confie la gestion de ses intérêts à une SPRD (société de perception et de répartition des droits) en lui concédant les droits exclusifs d'exploitation de ses œuvres. Il en reçoit en contrepartie la rémunération de ses œuvres, que la SPRD a obtenue auprès des utilisateurs (diminuée d'une quote-part de frais de gestion), ainsi que divers bénéfices annexes (aides sociales, participation à la défense de ses intérêts, aussi bien d'un point de vue général que dans certains cas de contentieux particuliers, etc.)[814] ». Certes, il résulte de cette définition une vision pragmatique de la gestion des droits d'auteur. Cela dit, ce procédé, qui relègue au second plan le principe d'une gestion individuelle des droits, remet en cause la prééminence du consentement de l'auteur.

570. En effet, le fait de confier un ensemble de droits d'auteurs à une société de gestion collective peut surprendre, notamment dans une société qui compte parmi ses fondements le principe liberté d'entreprendre. Principe sur lequel s'est fortifié celui d'une gestion individuelle des biens vis-à-vis des tiers et du pouvoir public, quelle que soit la matière concernée. En droit d'auteur, c'est aussi l'option privilégiée par défaut. En ce sens, dans un rapport, le Bureau international de l'organisation mondiale de la propriété intellectuelle soulignait que « le titulaire d'un droit exclusif peut en jouir le plus pleinement s'il peut l'exercer lui–même. Dans ce cas, il exerce son contrôle sur la diffusion de l'œuvre, il peut prendre personnellement toutes les décisions relatives aux

[813] Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le Droit d'auteur*, *op. cit*. n°914.
[814] Commission Permanente de contrôle des SPRD, 3e rapports, mars 2006, p. 174.

conditions pécuniaires de son exploitation et il peut aussi veiller de près au bon respect de ses droits moraux et patrimoniaux[815] ».

571. Pour autant, il faut noter que la commodité qui caractérise la gestion individuelle des biens de droit commun n'est pas observable quand il s'agit de la gestion des droits d'auteur. La principale raison qui explique cela tient à la spécificité de ces biens. Cette spécificité, qui fait la différence, rejaillit également sur leurs modes de consommation. Par exemple, à titre de comparaison, en droit commun, une fois qu'un bien a fait l'objet de transaction, il quitte le patrimoine de son propriétaire pour enrichir celui de son acquéreur. Parfois, il y reste ou disparaît parce qu'il est consomptible par exemple. En tout état de cause, le titulaire initial ne peut plus continuer à revendiquer des droits une fois la vente réalisée. Pourtant, placé dans la même situation, l'auteur d'une œuvre de l'esprit continuera toujours de disposer de moyens d'action sur ses créations, que ce soit par l'exercice du droit de suite, du droit de retrait ou encore du droit de repentir.

572. Aussi, la diversité des modes de consommation, qui varie en fonction du genre, n'est pas sans incidence sur le mode de gestion individuelle. Par exemple, une chanson peut faire l'objet d'une diffusion radiophonique, être jouée dans une discothèque, une cérémonie, être utilisée au cinéma ou tout simplement faire l'objet d'une reprise. De même, l'auteur d'une œuvre d'un genre littéraire peut se voir proposer une adaptation cinématographique, une représentation théâtrale, une utilisation d'extraits dans des ouvrages ou de bandes dessinées. Pour toutes ces propositions, l'auteur doit donner son consentement conformément à l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle qui précise que « *la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée* ». La réalisation de cette condition reste difficile à atteindre en pratique. Car, le fait de chercher à obtenir le consentement de l'auteur pour chaque mode de consommation envisagé peut affecter l'exploitation normale de l'œuvre et le risque que celle-ci soit exposée à une utilisation frauduleuse ou tout simplement sous-exploitée. En revanche,

[815] *Gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins*, Rapport du Bureau international de l'OMPI : *Dr. auteur*, 1989, p. 329.

« l'exploitation collective assure un accès simplifié au marché pour l'ensemble des intervenants[816] ».

573. Ces arguments, qui ont été les prémices de la création des tous premiers organismes de gestion collective, apparaissaient déjà dans la lettre aux écrivains français de Balzac qui prônait déjà l'union des hommes de lettre pour mieux défendre leurs droits. Il exprimait ses sentiments en ces termes : « Réunis, nous sommes à la hauteur du pouvoir qui nous tue individuellement. Réunissons-nous donc pour lui faire reconnaître les droits et les majestés de la pensée. Ainsi, nous pourrons tendre la main au génie méconnu, dès que nous aurons conquis un trésor commun, en reconquérant nos droits[817] ». De cette période à nos jours, les arguments qui ont motivé le recours à une forme collective de gestion des droits d'auteur non pas fondamentalement changé.

574. D'abord, il faut un certain degré de compétence juridique et économique pour une gestion saine et efficace des droits. Or, le plus souvent, selon une doctrine autorisée, l'auteur « n'a pas nécessairement les aptitudes ou les connaissances nécessaires pour gérer ses droits au mieux ; ensuite, dans la grande majorité des cas, à lui tout seul, il ne pèse pas d'un grand poids dans la négociation avec des exploitants ou des utilisateurs (éditeurs, organismes de radiodiffusion ou de télévision, entrepreneur de spectacle, bibliothèque *etc.*), qui sont infiniment plus puissants que lui économiquement et en mesure de lui imposer leurs conditions « à prendre ou à laisser »[818] ». En d'autres termes, l'auteur seul n'est pas en mesure d'assurer un contrôle sur l'utilisation de ses œuvres, « de négocier avec les utilisateurs et de se faire verser une rémunération par ceux–ci[819] ». Par exemple, la collectivisation de la gestion des droits « s'est très vite imposée comme nécessité pour les œuvres musicales dont les auteurs sont, à l'évidence, impuissants à contrôler individuellement une utilisation de plus en plus diversifiée surtout si l'on songe à la multiplication des « lieux sonorisés [820]» ou encore au foisonnement des sociétés de streaming.

---

[816] Nicolas BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit*. n°1305.
[817] Honoré de BALZAC, *Œuvres diverses*, T. 22, parties 5- 6 p.227
[818] Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, *op. cit*., n° 1617-1.
[819] *Gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins*, Rapport du Bureau international de l'OMPI ; *op.cit*.
[820] André LUCAS, Agnès LUCAS-SCHLOETTER, Carine BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 5e éd., LexisNexis, n° 1019.

575. En résumé, les raisons qui justifient le recours aux sociétés de gestion collective pour gérer les biens de droit d'auteur répondent à une logique pragmatique et économique.

576. Economiquement, le mécanisme « offre un coût d'exploitation marginal qui assure une rentabilité à la plupart des utilisations. En partageant l'ensemble des coûts d'exploitation, les propriétaires de biens intellectuels ont plus de chance de pouvoir dégager un bénéfice net de l'exploitation de leurs actifs[821] » afin d'éviter un coût de gestion élevée par rapport aux produits de l'exploitation. Aussi, la gestion collective profite également aux utilisateurs en ce sens qu'elle leur évite de chercher à « retrouver l'auteur pour obtenir son autorisation et de discuter d'une cession[822] ». Cela amène à constater que l'importance d'une gestion collective « apparaît à la fois pour les auteurs et pour les utilisateurs des œuvres [823]».

577. Cependant, le mécanisme n'est pas sans conséquences sur le consentement de l'auteur, car le fait pour lui de transférer les principaux attributs attachés au droit d'auteur le coupe de la gestion quotidienne de ses droits. Pour mieux comprendre comment on concilie les droits de l'auteur avec le mécanisme, il est nécessaire d'analyser la nature juridique des rapports que l'auteur entretient avec les organismes de gestion collective.

B : L'INCIDENCE DE LA FORME DES ORGANISMES DE GESTION COLLECTIVE

578. Le choix de la forme de la société. Jusqu'à la reforme induite par l'ordonnance du 22 novembre 2016[824], les organismes de gestion collective étaient soumis à la forme civile[825]. Depuis cette date, l'article L. 321-1-I du Code de la propriété

---

[821] Nicolas BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit*. n°1305.

[822] Robert PLAISANT, *Le droit des auteurs et des artistes exécutants*, 1re éd., J. DELMAS et Cie, 1970, p. 105.

[823] Robert PLAISANT, *Le droit des auteurs et des artistes exécutants*, *op. cit*. p. 104.

[824] Ordonnance n° 2016-1823 du 22 décembre 2016 portant transposition de la directive 2014/26/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et l'octroi de licences multi-territoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur.

[825] Avant la réforme de 2016, l'article L. 321-1 du Code de la propriété intellectuelle prévoyait que « *les sociétés de perception et de répartition des droits d'auteur et des droits des artistes-interprètes et des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes sont constituées sous forme de sociétés civiles* ».

intellectuelle prévoit dès le début que « *les organismes de gestion collective sont des personnes morales constituées sous toute forme juridique* (…) ».

579. Le choix de laisser libre la forme sous laquelle doit prendre la constitution des organismes de gestion collective a pour conséquence première de les répartir entre les dispositions du Code civil relatives aux sociétés civiles et les dispositions du Code du commerce relatives aux sociétés commerciales. Cette analyse s'appuie sur l'article L. 321-5 du Code de la propriété intellectuelle qui prévoit qu'en principe, « *les organismes de gestion collective sont régis par les dispositions propres à la forme juridique sous laquelle ils sont constitués* ». Autrement dit, la forme de la société n'est pas sans conséquence sur les droits de l'auteur. Selon l'article 1857 du Code civil, *« à l'égard des tiers, les associés répondent indéfiniment des dettes sociales à proportion de leur part dans le capital social à la date de l'exigibilité ou au jour de la cessation des paiements* ». Pour l'auteur, cette disposition signifie que tout créancier, dans le cadre du recouvrement de sa créance, peut saisir les droits patrimoniaux d'auteur à l'exception des droits moraux qui sont inaliénables. De cette manière, l'auteur perd tout contrôle sur son pouvoir d'exploitation de ses droits jusqu'au paiement total de la dette.

580. Incidence en cas de procédure collective. Dans le même ordre d'idées, s'est posée la question de savoir si la disposition est applicable en cas de procédure collective. Selon la Chambre commerciale de la Cour de cassation, « les associés d'une société civile demeurent tenus personnellement à l'égard des créanciers sociaux même en cas de procédure collective de cette société [826]». En d'autres termes, en toutes circonstances, les associés d'une société civile peuvent perdre le droit de consentir sur les aspects patrimoniaux de leur droit d'auteur (sous réserve du respect du caractère exclusif des droits saisis). Cependant, il faut noter que les associés d'une société civile ne sont responsables qu'en dernier recours. C'est le principe de la responsabilité subsidiaire[827]. C'est à dire, les créanciers doivent, préalablement à toute poursuite à

[826] Com. 24 janv. 2006, n° 04-19.061; *RTD com.*, 2006, p.435, obs. MONSERIE-BON; *Rev. Sociétés*, 2006, p.410, note BARBIERI , et p.637, note BONNEAU.

[827] Selon la Chambre civile de la Cour de cassation, « le contrat de société civile, qui fait naître à la charge de l'associé une obligation subsidiaire de répondre indéfiniment des dettes sociales à proportion de sa part dans le capital, ne saurait être assimilé à un acte de cautionnement ». v. Civ. 1re, 17 janv. 2006, n° 02-16.595 ; *JCP E* 2006. 1864, note LUCAS ; *JCP E* 2006, p. 1176, obs. CAUSSAIN, DEBOISSY et WICKER.

leur encontre, rapporter la preuve d'une vaine poursuite[828] contre la société. En ce sens, l'article 1858 du Code civil précise que « *les créanciers ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale* ». Cette condition est réaliste en ce sens que, comme l'a souligné la Cour de cassation, « les associés d'une société civile ne sont pas contractuellement liés au créancier social [829]». Par ailleurs, il s'agit là d'une autre manifestation de l'effet relatif du contrat, les tiers n'étant pas directement liés aux associés, en l'occurrence aux auteurs dont la société gère les droits. Dans le même ordre d'idées, la décision fait échec à la qualification de mandat à propos du rapport qu'entretient l'auteur et l'organisme de gestion des droits, étant donné que, dans le mandat, les contrats conclus par le mandataire lient contractuellement le mandant.

581. Ce schéma correspond au principe de la gestion collective. Comme développé précédemment, l'organisme de gestion fait écran entre les associés (que sont les auteurs) et les tiers. C'est aussi, une manière de rendre effectif la mission dont est investie la société. De la sorte, les conséquences sur le consentement de l'auteur ne se manifestent que de manière indirecte : premièrement, une fois ses droits apportés au sein de la société, il perd le pourvoir de décider des orientations relatives à leur exploitation ; deuxièmement, quoiqu'étranger à toute mauvaise gestion de la société, ses droits sont constitutifs de garantie pour les créanciers de la société. Les droits d'auteur étant intimement liés à la personne de son auteur, notamment en termes de

[828] Selon la Chambre commerciale de la Cour de cassation, « l'inefficacité des poursuites contre la société doit être constatée préalablement à l'engagement de poursuites contre les associés ». V. Com., 27 sept. 2005, n° 03-20.390 ; *D.* 2005 p.2526. Dans le même sens, il a été jugé plus récemment qu'il « résulte des dispositions de l'article 1858 du Code civil que les créanciers d'une société civile de droit commun ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre les associés, débiteurs subsidiaires du passif social envers les tiers, qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale et que, dans le cas où la société est soumise à une procédure de liquidation judiciaire, la déclaration de la créance à la procédure dispense le créancier d'établir que le patrimoine social est insuffisant pour le désintéresser. L'action peut être régularisée si la créance a été régulièrement déclarée à la procédure ». V. Com., 2 oct. 2019, n° 18-11854 ; *Gaz. Pal.* 24 mars 2020, n° 376f0, p. 64, obs. Maud LAROCHE ; *Rev. sociétés* 2020. 495, obs. Jean-François BARBIERI.

[829] Selon la 3e Chambre civile de la Cour de cassation, «viole l'art. 1165 c. civ. (aujourd'hui article 1199 C. civ.), une cour d'appel qui retient que les associés d'une société civile sont tenus envers le créancier avec lequel la société a contracté, dès la date du contrat, que l'obligation contractée par le gérant les lie comme s'ils avaient contracté eux-mêmes, qu'ils ne peuvent donc être considérés comme des tiers par rapport aux actes souscrits par la société et qu'ils sont irrecevables à invoquer à l'encontre du créancier de la société les dispositions de l'art. 1382 c. civ., alors que les associés d'une SCI ne sont pas contractuellement liés au créancier de la société ». V. Civ., 3e, 8 nov. 2000, n° 95-18.331 ; *D.* 2000. P.444, note Alain LIENHARD.

consentement, la prise de leur contrôle par le créancier constitue une forme d'atteinte à son consentement. Troisièmement, toujours dans le cadre d'une procédure collective, il existe une présomption d'insuffisance patrimoniale de la société au bénéfice du créancier qui serait dispensé de fournir la preuve d'une poursuite vaine. Sur ce point, il a été jugé que, « dans le cas où la société est soumise à une procédure de liquidation judiciaire, la déclaration de la créance à la procédure dispense le créancier d'établir que le patrimoine social est insuffisant pour le désintéresser[830] ». Cette solution favorise le créancier qui pourra facilement et rapidement mettre main sur les droits d'auteur qui ne font pas partie du patrimoine de la société.

582. La forme commerciale des organismes de gestion collective. Par ailleurs, l'organisme de gestion collective peut prendre la forme d'une société commerciale. Cette possibilité, consacrée par les articles L. 321-1-I et L. 321-5 du Code de la propriété intellectuelle, n'est pas sans conséquence sur le consentement de l'auteur. Concrètement, contrairement à la société civile, les associés d'une société commerciale n'ont pas une responsabilité indéfinie sur leurs deniers. Selon le 1er alinéa de l'article L. 223-1 du Code du commerce, « *la société à responsabilité limitée est instituée par une ou plusieurs personnes qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports* ». Cette disposition invite à deux observations : en premier lieu, et en principe, les associés ne sont tenus que sur les parts sociales qu'ils détiennent dans la société. En conséquence, le patrimoine personnel non affectés des associés se trouve préservé. En second lieu, cela permet d'épargner les autres droits (actuels et futurs) que les associés n'ont pas apporté ou qu'ils n'ont pas intention d'apporter à la société. La forme commerciale est, sur ces deux points, plus respectueuse du consentement de l'auteur.

583. Les organismes de gestion à but lucratif. Pour les sociétés commerciales, cela coule de source. Par ailleurs, les sociétés de gestion collective à but lucratif, au regard de la formulation utilisée par l'article L. 321-6 du Code de la propriété intellectuelle, préservent moins le consentement de l'auteur. En effet, cette disposition prévoit qu'un « *organisme de gestion indépendant est une personne morale à but lucratif dont l'objet principal consiste à gérer le droit d'auteur ou les droits voisins de celui-ci pour le compte de plusieurs titulaires de droits, au profit*

[830] Ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-10.413, *RTD com.* 2007, p. 550, obs. MONSERIE-BON, et p. 597, obs. MARTIN-SERF; *Rev. sociétés* 2007, p.620, note Jean-François BARBIERI.

collectif de ces derniers, qui n'est pas contrôlée, directement ou indirectement, par ces titulaires de droits ». Autrement dit, dans une telle société, les associés qui apportent leurs droits d'auteurs perdent la pleine souveraineté sur ceux-ci. Cette façon de voir les choses réfute la qualification de mandat à propos du mécanisme de la gestion collective. Aussi, le schéma des rapports entre la société et les auteurs ressemble plus à une convention d'exploitation avec des critères propres à la cession qu'avec les critères d'une simple convention de gestion collective.

584. Nature des obligations vis-à-vis des tiers. En tout état de cause, quelle que soit la forme adoptée par un organisme de gestion collective, la nature des obligations des associés vis-à-vis des créanciers n'est pas sans conséquences sur les droits d'auteur. Par exemple, les associés d'une société civile sont tenus indéfiniment à la dette mais à proportion de leurs parts sociales. En cas de liquidation judiciaire, l'auteur risque de voir ses droits d'auteur servir au paiement des créanciers. De la sorte, tout au long de la durée du contrat qui lie l'organisme de gestion collective à ses associés, la pression liée aux droits des créanciers pèse sur tous les droits d'auteurs pris individuellement, étant donné que la responsabilité des associés n'est pas solidaire puisqu'ils sont tenus à proportion de leur part et ils ne peuvent donc payer au-delà de ce qu'ils doivent. En ce sens, l'article 1857 du Code civil précise qu'« *à l'égard des tiers, les associés répondent indéfiniment des dettes sociales à proportion de leur part dans le capital social à la date de l'exigibilité ou au jour de la cessation des paiements. L'associé qui n'a apporté que son industrie est tenu comme celui dont la participation dans le capital social est la plus faible* ».

585. Toutefois, en cas de solidarité à la dette, cet effet peut être atténué conventionnellement. En ce sens, est considérée comme licite, la clause de renonciation à poursuite contre les associés acceptée expressément par une personne traitant avec la société[831]. En d'autres termes, conventionnellement, chaque auteur peut cantonner le droit de poursuite du créancier uniquement sur les droits d'auteur contenus dans le patrimoine de la société. Ce qui aura pour effet de mettre hors de portée du créancier le patrimoine non affecté à la société. C'est pourquoi, afin d'attirer l'attention du créancier sur la portée de son engagement, il été jugé que la clause de renonciation figure dans l'acte concerné indépendamment du fait que les statuts

[831] Req. 21 févr. 1883, *DP* 1883. 1. 217; *S.* 1884. 1. 361, note LABBE.

obligeaient le gérant de faire figurer une telle clause dans les contrats qu'il concluait[832]. Si la société gère les droits seule, c'est elle qui peut décider d'inclure une telle clause de renonciation et pas l'auteur, sauf à ce que l'auteur l'impose au départ.

§2 : Le consentement de l'auteur et le pouvoir des organismes de gestion collective

586. Le fait pour l'auteur de confier l'exploitation de ses droits à un organisme de gestion collective transforme ce dernier en garant de la protection de son consentement. En tant que gardien des droits dont il a en charge la gestion, l'organisme de gestion dispose d'un pouvoir en termes d'initiative dans l'exercice de sa mission. La nature de cette mission reste à déterminer : s'agit-il d'une mission d'intérêt général ou la protection d'un intérêt particulier ? (**A**) En tout état de cause, l'exercice des pouvoirs par l'organisme de gestion ne doit pas complètement conduire à l'effacement des prérogatives reconnues à l'auteur. Admettre le contraire serait de nature à limiter le consentement de l'auteur et de vider de sa substance le principe de la gestion individuelle des droits d'auteur (**B**).

A : L'INTERET GENERAL, FONDEMENT DU POUVOIR DE DEFENSE DES DROITS DE L'AUTEUR ?

587. Les organismes de gestion collective ont une seule et unique mission principale : représenter auprès des tiers les auteurs des œuvres qu'ils ont la charge de gérer. De cette mission, découlent quelques obligations essentielles comme le fait de délivrer les autorisations d'exploitation, de collecter les redevances et d'assurer leur répartition de manière équitable entre les auteurs membres.

588. Aujourd'hui, ces organismes peuvent épouser la forme associative ou non ou encore être à but non lucratif. Cela a pour conséquence une absence de réalisation de bénéfice et de partage de dividendes. Le système peut donc reposer essentiellement sur du bénévolat, même si en pratique ce n'est pas toujours le cas.

589. Aussi, le caractère collectif de la gestion des droits d'auteurs et l'existence des formes obligatoire de gestion peuvent constituer des éléments de nature à reconnaitre aux organismes du secteur une mission d'intérêt général. Une telle reconnaissance

[832] Com., 10 févr. 1969; *Bull. civ*. IV, n°54; *D*. 1969. Somm. 79.

justifierait, à elle seule, la légitimité d'évincer le consentement de l'auteur dans l'exercice de certains pouvoirs.

590. L'idée d'une défense de l'intérêt général n'est pas sans fondement. L'article L. 321-2 du Code de la propriété intellectuelle dans son premier alinéa l'efflore sans grande précision en disposant que « *les organismes de gestion collective régulièrement constitués ont qualité pour ester en justice pour la défense des droits dont ils ont statutairement la charge et pour défendre les intérêts matériels et moraux de leurs membres, notamment dans le cadre des accords professionnels les concernant* ». Même si ce texte ne le dit pas explicitement, la jurisprudence a tenté de clarifier le débat sur la question de l'intérêt général assigné aux organismes de gestion collective.

591. D'abord, la Cour de cassation a refusé de reconnaître un tel rôle aux organismes de gestion collective à l'occasion d'un litige opposant la Société des gens de lettre (SGDL) à une société de production. En l'espèce, une société avait réalisé un film intitulé les *Liaisons dangereuses,* en référence à un roman au style épistolaire de l'écrivain Pierre Choderlos de Laclos. La SGDL, s'appuyant sur ses statuts qui l'autorisent à « agir pour la défense de la langue et de la pensée française[833] » et sur l'article 65 alinéa 2 de la loi de 1957[834], avait estimé défendre un intérêt général en demandant au juge la saisie des exemplaires du film pour atteinte au droit de l'auteur. A rebours de ce raisonnement, la Cour de cassation, approuvant les juges du fond, avait précisé « que le législateur de 1957 a entendu limiter les possibilités d'action de ces organismes à la seule défense des intérêts professionnels et non point à celle d'un intérêt national[835] ». En d'autres termes, les organismes de gestion collective ne peuvent, de leur propre chef sans mandat de la part des auteurs ou de leurs ayants droits, initier une quelconque défense de la violation d'un droit d'auteur. Dans l'hypothèse où ils ont une telle autorisation, leur mission ne peut en aucun cas être

[833] Les statuts actuels de la SGDL indiquent dans son article 1er que l'organisme a pour mission la défense de « la liberté de création et d'expression des auteurs de livres et de favoriser le rayonnement de la langue française ».

[834] Selon l'alinéa second de l'article 65 de la loi de 1957, repris par l'article L. 321-2 du Code de la propriété intellectuelle, « *les organismes de défense professionnelle régulièrement constitués ont qualité pour ester en justice pour la défense des intérêts dont ils ont statutairement la charge* ».

[835] Civ. 1re, 6 déc. 1966, « *Liaisons dangereuses* » ; *JCP G* 1967, II, n° 14937, concl. R. LINDON ; *D.* 1967, p. 381, note Henri DESBOIS.

assimilée à la défense d'un intérêt général en ce sens qu'ils « défendent à la fois leur intérêt propre et celui d'une catégorie de personnes privées[836] ».

592. Cette manière de traiter la question recoupe la vision du droit communautaire. Par exemple, dans un arrêt du 21 mars 1974, la CJCE a précisé que la Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs (SABAM) « est une entreprise que l'Etat n'a chargé d'aucune mission et qui gère des intérêts privés, même s'il s'agit de droits de propriété intellectuelle protégés par la loi[837] ». Autrement dit, la protection par la loi d'une catégorie de droits ou de personnes ne confère pas aux organismes chargés de les représenter la mission d'un intérêt général dans l'exercice de leurs prérogatives. La jurisprudence française est demeurée sur la même ligne. Dans un arrêt de 1991, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a précisé que si une société d'auteurs, en l'occurrence la Société pour l'administration du droit de reproduction mécanique (la SDRM) « exerce par délégation des auteurs le droit discrétionnaire dont ceux-ci disposent sur leurs œuvres, il faut constater qu'elle n'en n'est pas moins une entreprise qui effectue de nombreuses activités de services pour la gestion du patrimoine d'autrui et que, dans cette gestion, elle agit de façon autonome et parfois exclusive, ce qui implique qu'en tant que prestataire de services elle relève des[838] » règles qui régissent les pratiques anticoncurrentielles[839].

593. Pour autant, il ne faut pas perdre de vue le fait qu'à certains égards, ces sociétés accomplissent parfois des missions dont la finalité peut être assimilée à une mission d'intérêt général. C'est le cas notamment en matière de financement de la culture ou d'aides apportées aux artistes en développement. A ce titre, le législateur enjoint aux organismes de gestion, à travers l'article L. 324-17 du Code de la propriété intellectuelle, d'utiliser une partie des rémunérations perçues « *à des actions d'aide à la création, à la diffusion du spectacle vivant, au développement de l'éducation artistique et culturelle et à des actions de formation des artistes* ». Ce rôle a été particulièrement pertinent lors de la crise sanitaire liée au Covid-19. De fait, « l'exploitation des œuvres étant interrompue ou diminuant fortement pendant cette

---

[836] Frédéric POLLAUD-DULLIAN, *Le droit d'auteur*, *op. cit.* n°1623.
[837] CJCE, 21 mars 1974, « *RTB* c./ *SABAM* », *aff.* 127-73 *op.cit.*
[838] Com. 5 nov. 1991, n°90-11.565, 90-11.811 ; *D.* 1993, p. 63, note DAVERAT ; *RIDA* avr. 1992, p. 179, note André FRANÇON.
[839] Il s'agit de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er déc. 1986 sur les pratiques anticoncurrentielles. V. également l'article L. 410-2 s. C. com.

période, certains ayants droit [avaient subi] en effet d'importantes pertes de rémunération ». C'est pourquoi, le gouvernement avait autorisé les organismes de gestion à leur verser des aides exceptionnelles. En effet, l'article 1er de l'ordonnance du 27 mars 2020[840] prévoyait, à titre exceptionnel, que « *les organismes de gestion collective mentionnés à l'article L. 321-1 du code de la propriété intellectuelle peuvent, jusqu'au 31 juillet 2022, utiliser les sommes mentionnées à l'article L. 324-17 du code de la propriété intellectuelle pour le versement d'aides financières aux titulaires de droits d'auteurs et de droits voisins, dont les revenus découlant de l'exploitation en France des œuvres et des objets protégés se trouvent gravement affectés en raison de la crise sanitaire causée sur le territoire national par le virus covid-19 ou de la mise en œuvre des mesures de lutte contre la propagation du virus* ». A travers cette mesure, l'Etat autorisait ainsi les organismes de gestion collective à utiliser leurs propres fonds, c'est-à-dire des fonds privés, dans des proportions exceptionnelles afin d'assurer une mission qui s'apparente à l'accomplissement d'un intérêt général. Par la même occasion, cela a permis au pouvoir public de réaliser une économie en sous-traitant une mission qui relève, en principe, de sa sphère de compétence. Cette façon de faire permet de conforter l'idée selon laquelle « la gestion collective des intérêts des titulaires de droits est le système qui sert le mieux l'intérêt général[841]».

594. Par ailleurs, il est important de souligner que l'interdiction pour les organismes de gestion collective de prendre l'initiative de toute procédure judiciaire visant à faire cesser une atteinte aux droits dont ils ne sont pas conventionnellement en charge n'est pas absolue. En ce sens, en cas de décès et en l'absence d'héritier vivant et connu, il a été jugé qu'un organisme de gestion collective, en l'occurrence la Caisse nationale des lettres (devenu le Centre national du livre) avait qualité pour agir en vue de la défense des droits de l'auteur décédé[842]. De même en cas de défaillance des héritiers, comme le souligne un auteur, contrairement à la logique retenue dans l'arrêt de 1966[843], « la société d'auteurs du genre auquel appartenait l'auteur (littérature, théâtre, musique, etc.), devrait pouvoir trouver son rôle à jouer et demander

[840] Ordonnance n° 2020-353 du 27 mars 2020 relative aux aides exceptionnelles à destination de titulaires de droits d'auteurs et de droits voisins en raison des conséquences de la propagation du virus covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation

[841] Gillian DAVIES, « Gestion collective et intérêt général », *Dr. autr.*, 1989, p. 86.

[842] T. civ. Seine, 15 avr. 1964, *D.* 1964, p. 746, note Henri DESBOIS ; *Gaz. Pal.* 1964, 2, p. 23, concl. GULPHE, Les Misérables.

[843] Civ. 1re, 6 déc. 1966, « *Liaisons dangereuses* », *op.cit*.

l'exécution forcée, si personne ne le fait, sans qu'on aille lui opposer des fins de non-recevoir du type de la fermeture des prétoires à *l'actio popularis*, car on a dit que son droit d'action en justice est prévu par des textes spéciaux[844] ». En l'occurrence, le deuxième alinéa de l'article L. 321-1 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que ces organismes, lorsqu'ils sont régulièrement constitués, « *ont qualité pour ester en justice pour la défense des droits dont elles ont statutairement la charge* ». La référence au statut permet d'inclure la mission conventionnelle (statutairement, elles doivent s'occuper des droits qu'on leur a confié par convention), mais elle peut aller au-delà.

595. Dans le même ordre d'idées, la question des actions judiciaires visant à protéger le consentement de l'auteur dans le cadre d'une gestion collective fait l'objet d'un grand débat. Ce débat trouve sa légitimité sur un point crucial : celui de savoir si l'auteur, en vertu du contrat qui le lie à l'organisme de gestion collective, est privé de son droit d'ester en justice à chaque fois qu'il estime que son consentement a été violé par les tiers.

B : L'INTERACTION DES POUVOIRS DES ORGANISMES AVEC LE CONSENTEMENT DE L'AUTEUR

596. Par principe, le droit de faire cesser toute atteinte à une œuvre ou toute violation du droit d'autorisation est réservé à l'auteur. En conséquence, ce droit est personnel, exclusif et opposable à tous.

597. Si la reconnaissance d'une telle possibilité aux organismes de gestion collective n'est pas surprenante du point de vue de la liberté contractuelle, il constitue tout de même une forme de limitation du consentement de l'auteur. Dans le même temps, refuser la même possibilité à l'auteur, en évoquant la convention d'exploitation qui existe entre lui et l'organisme de gestion collective, serait une violation de l'esprit qui gouverne les règles en matière de protection des œuvres littéraires et artistiques. Par exemple, l'article L. 332-1 du Code de la propriété intellectuelle indique que « *tout auteur d'une œuvre protégée (…) ses ayants droit ou ses ayants cause peuvent agir en contrefaçon* ».

---

[844] Pierre-Yves GAUTIER, « La « solution Goncourt » : les fondations indirectes en droit d'auteur », *D.* 1991, p.145.

598. Le droit d'ester en justice. L'exception la plus parlante à cette règle se rencontre en matière de contrat de cession de droit d'auteur[845]. Par exemple, l'auteur, en tant que cédant, perd la possibilité d'ester en justice pour faire cesser une contrefaçon. En ce sens, approuvant une Cour d'appel, la Cour de cassation a estimé « qu'ayant constaté qu'un auteur avait cédé la totalité de ses droits patrimoniaux d'auteur, sans se réserver la possibilité de poursuivre les tiers contrefacteurs en raison des atteintes qui y seraient éventuellement portées, une Cour d'appel l'a déclaré à bon droit irrecevable à agir en contrefaçon sur le fondement de ces droits, peu important que ceux-ci aient été cédés en contrepartie d'une rémunération proportionnelle ». Poursuivant, la Cour précise que « la garantie due à l'éditeur de l'exercice paisible et exclusif des droits cédés n'offre pas à l'auteur la possibilité d'agir en contrefaçon pour la réparation du préjudice patrimonial qui lui est personnel[846] ». Pour échapper à cette règle, il est tout à fait possible pour les parties d'insérer dans le contrat de cession une clause prévoyant cette possibilité[847].

599. En matière de gestion collective des œuvres de l'esprit, la règle n'est pas applicable. En effet, les conventions d'exploitation qui lient les auteurs aux organismes de gestion ne sont pas considérées comme des contrats de cession à proprement dit. Comme le souligne Monsieur Sébastien Raimond, « une profonde différence sépare, d'une part, un contrat destiné à l'exploitation des droits et conclu avec un exploitant qui, pour partager avec le créateur un intérêt commun au succès de cette dernière, n'entend pas moins en retirer un intérêt propre et, d'autre part, un contrat destiné à la gestion des droits par une société qui n'agit que dans le seul dessein de servir les intérêts de ses adhérents[848] ». Partant de cette analyse, l'idée que l'auteur puisse garder la possibilité de défendre son œuvre durant toute la durée de la convention n'était pas vue d'un mauvais œil par la Cour de cassation qui, à l'occasion d'un litige qui impliquait la SACEM, a retenu que « les auteurs et éditeurs ayant adhéré à la SACEM n'en conservaient pas moins l'exercice de leurs droits sur l'œuvre, dont ils pouvaient demander la protection, notamment, par l'action en contrefaçon[849] ». En suivant cette

---

[845] Crim. 19 mars 1926 ; Gaz. *Pal.* 1926, 1, p. 688.
[846] Civil 1re, 3 avril 2007, n°06-13.342 ; *RLDI*, n°29, 1er juill. 2007 ; RTD Com. 2007, p. 544, obs. Frédéric POLLAUD-DULIAN.
[847] Paris, 10 mars 1983 ; *Gaz. Pal.* 1983, 2, p. 365, note OSER.
[848] Sébastien RAIMOND, « *La qualification du contrat d'auteur* », LexisNexis, 2009, n°21.
[849] Civ. 1re, 24 févr. 1998, n° 95-22.282, *D.* 1998 p. 471, note André FRANÇON ; *D. Affaires* 1998, p. 539, obs. J. P.-S. ; *RTD com.* 1998, p.592, obs. André FRANÇON.

logique, les organismes de gestion collectives peuvent être analysés comme de simples administrateurs et non de « propriétaires ». C'est d'ailleurs cette position qui a par exemple été retenue par la Cour d'appel de Versailles qui a précisé qu'un auteur « qui a fait l'apport à la SCAM (Société civile des auteurs multimédia) de la propriété, et non de la seule administration, de ses droits, est irrecevable à agir seul au titre d'une atteinte à ses droits patrimoniaux d'auteur[850] ». Autrement dit, seule l'hypothèse dans laquelle l'auteur cède en pleine propriété ses droits peut lui faire perdre le droit d'ester en justice.

600. Si cette vision paraît logique, elle souffre néanmoins de quelques lacunes. Car, les conventions de gestion collective sont analysées en pratique comme des contrats d'adhésion. Cela signifie qu'en confiant la gestion de ses droits à un organisme de gestion, l'auteur accepte, sauf réserves de sa part, les statuts de ce dernier. Or, certains de ces organismes prévoient clairement à leur profit le monopole de toute action en justice visant à faire cesser les violations des droits d'auteur dont ils ont la gestion. C'est notamment le cas de la SACEM dont l'article 17 des statuts prévoit que « chacun des membres de la société, par le fait de son adhésion aux Statuts, reconnaît que la société, représentée par son gérant, a seule qualité pour ester en justice dans tout procès intenté contre des tiers sur le fondement des droits d'exécution publique ou représentation publique ou de reproduction mécanique apportés par lui à la société dans le cadre des Statuts afin d'assurer le recouvrement des sommes dues à ce titre ».

601. Par ailleurs, se montrant sans doute réceptive à cette argumentation, la Cour de cassation a fini par opérer un revirement de jurisprudence en 2014. A cette occasion, elle a précisé qu'en « application de l'article 1er des statuts de la SACEM, l'auteur ayant, par son adhésion, fait apport de l'exercice de ses droits patrimoniaux, est dès lors irrecevable, sauf carence de cette société, à agir personnellement en défense de ceux-ci[851] ». Désormais, seule la carence de l'organisme de gestion peut permettre à l'auteur d'agir pour défendre ses droits. Cela dit, en application du droit commun, « ces principes ne font pas obstacle à l'exercice par l'auteur de l'action oblique prévue par

[850] Versailles, 15 févr. 2007, « *F. C. c/ SA System TV* », inédit ; *Comm. Com. Électr*. 2008, Chron. 6, § 9, obs. MONTELS.
[851] Civ. 1re, 13 nov. 2014, n°13-22.401 ; *Légipresse*, 2015, p. 100, obs. Vincent VARET ; *JAC* 2015, n°20, p.10, obs. Camille BURKHART ; *D*. 2015, p. 410, obs. Anne Etienney de SAINTE MARIE.

l'article 1341-1 du Code civil[852] ». Car, selon cette disposition « *lorsque la carence du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions à caractère patrimonial compromet les droits de son créancier, celui-ci peut les exercer pour le compte de son débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement rattachés à sa personne* ». Aussi, il est important de tempérer la portée de la solution de 2014 en ce sens que son application *stricto sensu* serait de nature à faire perdre l'auteur de toute initiative en matière de poursuites visant à faire cesser la violation de ses droits moraux[853]. Sur ce point, seuls les droits patrimoniaux sont visés. Pour les droits moraux, l'auteur peut exercer, concurremment avec l'organisme de gestion, les actions en justice en cas d'atteinte.

Section 2 : Liberté du consentement et gestion collective des œuvres de l'esprit

602. Le principe. La liberté du consentement de l'auteur, principe qui gouverne l'exploitation des œuvres de l'esprit, s'applique à la gestion collective des œuvres. L'idée que seule l'auteur peut décider de confier ou non la gestion de ses droits ne souffre d'aucune contestation. Par exemple, la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique à travers l'alinéa premier de l'article 43 (aujourd'hui article L. 132-18) dispose que *« le contrat de représentation, est celui par lequel l'auteur d'une œuvre de l'esprit et ses ayants droit autorisent une personne physique ou morale à représenter ladite œuvre à des conditions qu'ils déterminent »*. Le deuxième alinéa de la même disposition évoque, sans grande précision, l'idée de gestion collective des œuvres de l'esprit en présentant le « *contrat général de représentation* » comme *« le contrat par lequel un organisme professionnel d'auteurs confère à un entrepreneur de spectacles la faculté de représenter, pendant la durée du contrat, les œuvres actuelles ou futures, constituant le répertoire dudit organisme aux conditions déterminées par l'auteur ou ses ayants droit »*. Il découle de cette disposition que la gestion collective obéit à tout un mécanisme pour son fonctionnement parfois au détriment du pouvoir de l'auteur de donner son consentement. Ce qui peut constituer un paradoxe étant donné que ces organismes se donnent pour mission la défense des intérêts de ses membres (**§1**). Aussi, parfois, les formes de ces organismes de gestion

[852] André LUCAS, Agnès LUCAS-SCHLOETTER, Carine BERNAUT, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit*. n°1048.
[853] Civ. 1re, 6 déc. 1966 ; *D.* 1967, p.381, note Henri DESBOIS.

collective, du point de vue de la qualification, ne sont pas sans influence sur les droits dont dispose l'auteur sur son œuvre (**§2)**.

§1 : Le paradoxe de la gestion collective et le consentement de l'auteur

603. D'une manière générale, selon que la gestion est imposée ou qu'elle est facultative, l'auteur aura plus ou moins de marge de manœuvres en matière de protection de son consentement. Afin de mieux cerner les incidences sur ses prérogatives, l'analyse portera dans un premier temps sur la gestion collective facultative (**A**) avant que ne soit analysée la gestion collective obligatoire (**B**). A côté de celles-ci, il convient de signaler l'existence la gestion collective étendue qui est portée vers la gestion d'une catégorie d'œuvres au statut spécifique qui fera l'objet du chapitre suivant (les œuvres indisponibles et les œuvres orphelines).

A : LE CADRE DE LA GESTION COLLECTIVE FACULTATIVE

604. Le caractère facultatif de la gestion collective. La gestion collective des œuvres de l'esprit est, en principe, facultative. Aucun texte ne conditionne l'exploitation d'une œuvre à l'adhésion par son auteur à un organisme de gestion. Ainsi, la Convention de Berne en son article 5 précise que « *la jouissance et l'exercice [des droits d'auteur] ne sont subordonnés à aucune formalité* ». Allant dans le même sens, la Directive 2001[854] précise dans son article 6.2 que « *les États membres peuvent prévoir la gestion collective obligatoire ou facultative* » des droits d'auteur.

605. Le principe est donc la gestion personnelle des droits par le créateur. En d'autres termes, il est libre de confier ou non la gestion de ses œuvres à une société de perception et de répartition des droits. Quand il décide de le faire, il dispose encore d'une liberté de choix parmi les organismes présents dans son secteur de création. Par exemple, dans le domaine de la musique ou de la création phonographique, l'auteur a le choix entre la SACEM, qui domine le marché, et la Société civile des producteurs phonographiques (SCPP) ou encore la Société des producteurs de phonogrammes en France (SPPF).

[854] Directive 2001/84/CE du parlement européen et du conseil du 27 septembre 2001 relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale.

606. Un principe théorique. Cela dit, il existe un paradoxe en ce sens qu'en réalité, la gestion collective facultative n'est vraie qu'en théorie. En pratique, l'auteur n'a d'autres choix que de confier l'exploitation de ses droits à un organisme de gestion collective. Cette observation est, par exemple, partagée par le troisième rapport de la commission permanente de contrôle des SPRD qui souligne que « l'inégalité entre leurs propres capacités de négociation et celles des utilisateurs potentiels de leurs œuvres, ou encore le très grand nombre de ces utilisateurs potentiels (c'est particulièrement le cas dans le domaine musical) font qu'en pratique la gestion directe de ses propres droits par un auteur est irréaliste. Les auteurs sont donc contraints de s'adresser à une SPRD détentrice, en fait, selon la nature des œuvres, d'un monopole[855] ». Il s'agit d'une forme de limitation de la liberté du consentement de l'auteur. Cette limitation, du fait de ses caractéristiques, peut être considérée comme intervenant dans l'intérêt exclusif de l'auteur.

607. Aussi, le monopole dont jouissent les organismes de gestion, chacun dans son domaine, peut constituer une forme d'atteinte à la volonté de l'auteur. Cette réalité fait que « gestion collective et gestion individuelle sont souvent présentées en termes de conflit, notamment suivant l'idée que la première implique des restrictions à la liberté individuelle des auteurs adhérents[856] ». Afin d'atténuer cette restriction de liberté, la CJCE « exige que soient pris en considération tous les intérêts en présence, dans l'équilibre à assurer entre le maximum de liberté pour les auteurs, compositeurs et éditeurs de disposer de leur œuvre et la gestion efficace de leurs droits par une entreprise à laquelle ils ne peuvent pratiquement éviter d'adhérer[857] ».

608. Cette ligne jurisprudentielle européenne a pour but d'éviter l'abus de position dominante que les sociétés de gestion collective peuvent être susceptibles de pratiquer. En effet, le droit européen, à travers l'article 82 du traité CE, prévoit qu'est « *incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce*

---

[855] Troisième rapport annuel de la commission permanente de contrôle des SPRD, 2006, p. 174. Dans ce même rapport, la commission fait état d'une pratique qui peut aller à l'encontre du principe d'interdiction de cession des œuvres futures visé par l'article L. 131-1 du Code de la propriété intellectuelle. En effet, la Commission souligne que toutes les SPRD « ont inclus dans leurs statuts une clause faisant obligation aux auteurs, dès lors qu'ils lui confient la gestion d'un premier ensemble d'œuvres, de leur confier aussi la gestion de l'intégralité de leurs œuvres à venir. L'ensemble de ces mécanismes conduit par conséquent à l'existence d'un véritable marché captif pour les SPRD ».

[856] Anne Etienney de SAINTE MARIE, « Le dessaisissement de l'auteur adhérent d'une société de gestion collective : précisions et nouvelles interrogations », *D*, 2015 p.410.

[857] CJCE, 21 mars 1974 ; *aff*. 127/73, pts n°8, « *SABAM* », *Rec*. p. 313.

entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci[858] ». Par essence, l'abus de position dominante entraine « *une indépendance de comportement à l'égard des concurrents, client ou fournisseurs*[859] ». En droit d'auteur, la situation de monopole qui bénéficie aux organismes de gestion collective rend le terreau favorable à la pratique de l'abus de position dominante. Toutefois, cette forme d'atteinte au consentement de l'auteur se justifie à certains égards : on peut, par exemple, citer le coût très élevé de la mise en place d'un système d'exploitation et de répartition des droits ; le morcellement de la rémunération des auteurs ; la pluralité d'interlocuteurs face aux utilisateurs[860], *etc.*

609. C'est l'ensemble de ces éléments qui justifient la situation de « monopole ou de quasi-monopole[861] » dont profitent les organismes de gestion collective. Un constat de cette réalité apparait dans les lignes de l'arrêt *RTB c/ SABAM* de la CJCE. Pour le juge communautaire, « il faut tenir compte du fait qu'une entreprise du type visé est une association dont le but est de sauvegarder les droits et intérêts de ses associés individuels vis-à-vis notamment des importants utilisateurs et distributeurs de musique, tels que les organismes de radiodiffusion et les producteurs de disques ; que la sauvegarde efficace de ses droits et intérêts suppose que l'association jouisse d'une position basée sur une cession en sa faveur, par les auteurs associés, de leurs droits, dans toute la mesure nécessaire pour donner à son action l'ampleur et l'importance requise[862] ».

610. Pour l'auteur, cela voudrait dire qu'il n'aura d'autre choix que d'adhérer le plus souvent à une seule société de gestion exerçant dans son domaine. Dès lors, sa marge de manœuvre se trouve amenuisée au nom de la recherche d'une politiques d'efficacité, de célérité dans la gestion de ses droits voire de la protection de ses intérêts.

---

[858] Traité instituant la communauté européenne signé à Rome le 25 mars 1957 (version consolidée).
[859] Gerard CORNU, *Le Vocabulaire juridique*, *op. cit.*
[860] Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le Droit d'auteur*, *op. cit.* n° 1627-1630.
[861] *Ibid.*
[862] CJCE, 21 mars 1974, *aff.* 127/73, « *SABAM* », *opt. cit.*

B : LE CADRE DE LA GESTION COLLECTIVE OBLIGATOIRE

611. Par exception au principe de gestion facultative des droits, il existe la gestion collective obligatoire. Il s'agit d'une forme d'obligation faite au titulaire de certains types de droits d'auteur d'adhérer à des organismes de gestion collective bien identifiés. Cette forme de gestion concerne essentiellement certaines « hypothèses où l'exercice individuel des droits est impossible. Autrement dit, elle apparait alors comme la seule solution pour assurer l'effectivité des prérogatives patrimoniales[863] ». Depuis la transposition de la Directive 2014/26/UE par l'ordonnance du 22 décembre 2016[864], on retrouve un passage qui évoque le principe de la gestion collective obligatoire. Dans le premier alinéa de l'article L. 321-1 du Code de la propriété intellectuelle, il est souligné que les sociétés de gestion collective gèrent les droits des auteurs *« soit en vertu de dispositions légales, soit en exécution d'un contrat* ».

612. En vertu de la loi, l'auteur peut se trouver contraint de renoncer à la gestion individuelle des droits au profit d'une structure jugée techniquement plus apte. Parmi les secteurs concernés, on peut citer l'exploitation des droits de reprographie, le droit de retransmission par câble, le droit de prêt en bibliothèque, les phonogrammes de commerces ou encore la rémunération de copie privée. Cela implique donc une dissociation dans l'exploitation des droits.

613. A propos du droit de reprographie, l'article L. 122-10 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « *la publication d'une œuvre emporte cession du droit de reproduction par reprographie à un organisme de gestion collective régi par le titre II du livre III et agréé à cet effet par le ministre chargé de la culture. Les organismes agréés peuvent seuls conclure toute convention avec les utilisateurs aux fins de gestion du droit ainsi cédé, sous réserve, pour les stipulations autorisant les copies aux fins de vente, de location, de publicité ou de promotion, de l'accord de l'auteur ou de ses ayants droit* ». C'est le centre français d'exploitation du droit de copie (CFC) qui est l'organisme de référence en termes de gestion des autorisations. Autrement dit, à la place de l'auteur, cet organisme est chargé de délivrer les autorisations,

[863] Carine BERNAUT, Jean-Pierre CLAVIER, *Dictionnaire de la propriété intellectuelle*, *op. cit*. p.251.
[864] Ordonnance n° 2016-1823 du 22 décembre 2016 portant transposition de la directive 2014/26/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et l'octroi de licences multi-territoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur.

conformément au troisième alinéa de l'article précité, pour toute « *reproduction sous forme de copie sur papier ou support assimilé par une technique photographique ou d'effet équivalent permettant une lecture directe* ». La principale justification d'une telle mesure repose sur l'idée d'assurer « l'effectivité du droit et la rémunération des ayants droits[865] » eu égard à la facilité avec laquelle on peut effectuer de telles opérations de reproduction et à l'impossibilité de les contrôler.

614. Il existe cependant une exception à cette exception au principe de gestion individuelle des droits d'auteurs. Explicitée par la jurisprudence, elle concerne la reprographie effectuée dans un but commercial. En ce sens, il a été jugé que toute reprographie « aux fins de vente, de location, *etc.*[866] » est exclue de la cession légale. Autrement dit, l'autorisation de l'auteur est nécessaire pour toute opération de nature commerciale. Cette position a été réitérée en 2013 dans une affaire opposant un universitaire à une société qui avait publié certains de ses articles sans son accord dans des revues à caractère commercial. Sur le fondement de l'article L. 122-10 du Code de la propriété intellectuelle, il intente un recours contre ladite société qui, à son tour, appelle en garantie le Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC). Approuvant les juges du fond, la Cour de cassation estime « qu'en reproduisant et en offrant à la vente les œuvres de l'auteur et en permettant cette exploitation sans avoir recueilli l'accord de ce dernier ou de ses ayants droit, les sociétés ont porté atteinte aux droits patrimoniaux d'auteur du demandeur, lesdites sociétés n'étant pas fondées à se prévaloir d'une cession tacite ou implicite des droits d'auteur à l'éditeur[867] ». En suivant la logique de cette solution, on observe que le principal critère de qualification pour savoir si l'opération est de nature commerciale ou non repose sur la qualité du copiste[868]. Si celui-ci est commerçant, il y a de forte présomption que les copies qu'il

---

[865] Carine BERNAUT, Jean-Pierre CLAVIER, *Dictionnaire de la propriété intellectuelle, op. cit*. p. 421.

[866] CA Paris, 24 mars 2004, *légipresse* 2004, n° 213, III, 129, note G. VERCKEN ; *RIDA* 2004, n° 201, p. 315, obs. KEREVER.

[867] Civ. 1re, 11 déc. 2013, n°11-22.031, 11-22.522 ; *Jurisdata* : 2013-028465.

[868] Civ. 1re, 7 mars 1984, n°82-17.016, « *Ranou-Graphie* » ; *Jurisdata* n° 1984-700385. Dans cet arrêt, il a été jugé que « l'exploitant d'une office de photocopie en « libre-service » a été à bon droit déclaré contrefacteur d'un ouvrage a raison de la photocopie par un client, en plusieurs exemplaires, d'un chapitre de cet ouvrage, peu important que la mise en place des pages a photocopier et la manœuvre du bouton de l'appareil aient été effectuées par le client lui-même, dès lors que dans un cas comme celui de l'espèce, le copiste, au sens de l'article 41 2 de la l. 11 mars 1957, est celui qui, détenant dans ses locaux le matériel nécessaire à la confection de photocopies, exploite ce matériel en le mettant à la disposition de ses clients et la cour ayant relevé qu'en l'espèce, les copies obtenues n'étaient pas destinées à un usage privé et que l'entrepreneur en copie avait tiré de l'opération un bénéfice analogue à celui d'un éditeur et

effectue soient destinées à un usage commercial. Dans une telle hypothèse, « sans exiger un quelconque formalisme, un consentement exprès de l'auteur autorisant la reproduction à des fins commerciales est requis ou pour le moins une volonté non équivoque[869] ».

615. En résumé, le consentement de l'auteur obéit au principe de la gestion collective obligatoire tant que les reprographies sollicitées ou pratiquées n'ont pas un but commercial, car « ce n'est pas parce que l'auteur est informé que ses droits sont utilisés de fait par des tiers que l'on peut déduire une acceptation implicite de les céder ! Ce sont bien là deux questions différentes : être informé n'est pas accepter[870] ». On retrouve à peu près la même logique à propos des autres cas de gestion collective.

616. Ainsi, pour le droit de retransmission par câble[871], l'article L. 132-20-1-I du Code de la propriété intellectuelle précise que « *le droit d'autoriser la retransmission par câble, simultanée, intégrale et sans changement, sur le territoire national, d'une œuvre télédiffusée à partir du territoire national ou du territoire d'un autre Etat membre de l'Union européenne ne peut être exercé que par un organisme de gestion collective* (…) ». Les organismes de gestion dans ce domaine jouent le rôle d'intermédiaire entre l'auteur et les clients dans une logique de simplification. Comme le souligne le Professeur Frédéric Pollaud-Dullian, « le but de cette gestion collective obligatoire est de faciliter et de rendre plus sûre l'activité des câblodistributeurs, qui retransmettent des programmes multiples contenant de très nombreuses œuvres[872] ». Ce secteur d'activité est principalement dominé par la Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD), la Société civile des auteurs multimédia SCAM et la SACEM.

---

ne pouvait en définitive se prévaloir de l'exception apportée par l'article précité monopole d'exploitation accorde par la loi a l'auteur et a l'éditeur régulièrement cessionnaire des droits de celui-ci ».

[869] Céline CASTETS-RENARD, « Clarification sur le périmètre de la cession légale du droit de reproduction », *RLDI*, 2014/101, n° 3338, p. 10.

[870] *Ibid.*

[871] Selon l'article L. 132-20-1-III, « *on entend par retransmission par câble au sens du présent article la retransmission simultanée, intégrale et sans changement par câble ou par un système de diffusion par ondes ultracourtes pour la réception par le public d'une transmission initiale, sans fil ou avec fil, notamment par satellite, de programmes de télévision ou de radio destinés à être captés par le public, quelle que soit la manière dont le prestataire du service de retransmission par câble obtient les signaux porteurs de programmes auprès de l'organisme de radiodiffusion aux fins de la retransmission* ».

[872] Frédéric Pollaud-Dullian, *Le droit d'auteur*, *op. cit.* n°1058.

617. Pour le reste c'est la même logique notamment pour le droit de prêt en bibliothèque, l'exploitation de phonogrammes de commerce ou encore la rémunération pour copie privée gérée par Copie France qui collecte les redevances et les distribues aux différents organismes de gestion collective membres.

618. En conclusion, il est important de noter que la gestion collective, qu'elle soit obligatoire ou facultative, ne préserve pas l'auteur de la violation de ses droits par les tiers ou même par les clients des organismes de gestion. Evidemment, en présence de telles atteintes, se pose la question de savoir qui de l'auteur et de l'organisme a le pouvoir de les faire cesser.

§2 : Les enjeux de la qualification juridique de la gestion collective et les mécanismes de garantie

619. La qualification de cession. Il est difficile de qualifier avec suffisamment de précision les rapports que l'auteur entretient avec les organismes de gestion collective. Au regard des pouvoirs dont sont investis ces derniers, il peut être tentant d'y voir une cession. Cela dit, le cessionnaire d'un droit d'auteur agit généralement pour son propre compte et non pour le compte du cédant. En l'occurrence l'auteur, par principe, perçoit « *une rémunération appropriée et proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation* » et par exception une rémunération forfaitaire conformément à l'article L. 131-4 du Code la propriété intellectuelle. Or, « les sociétés de gestion ne sont pas des cessionnaires ordinaires car elles exploitent pour le compte des cédants, et non pas pour leur compte, les droits qui leur sont transmis. C'est pourquoi la contrepartie de cession (…) consiste dans l'obligation qui pèse sur la société de percevoir et de répartir, selon les modalités statutaires les sommes dues à raison de l'utilisation des œuvres dont les droits ont été cédés[873] ».

620. Aussi, le choix de qualifier de « société » les organismes de gestion collective ne laissait aucun doute sur le fait que cela allait avoir une incidence sur les droits d'auteur dont ils sont chargés de gérer. Par ailleurs, cette qualification restreignait d'emblée la possibilité en termes de choix de toute autre forme juridique autre que celle de société. Le seul choix laissé aux constituants était entre la forme commerciale ou

[873] André LUCAS, Agnès LUCAS-SCHLOETTER, Carine BERNAUT, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit,* n°1049.

civile. Autrement dit, il n'était pas envisageable d'opter pour une forme associative ou autre. Il a fallu attendre une réforme de 2016[874] pour voir cette restriction levée. Réforme qui a préféré le terme d'organisme à celui de société. Si cette nouvelle appellation a pour conséquence l'élargissement du champ des possibilités en termes de qualification, cela n'a pas entrainé un changement notable du statut des organismes existants dont le rôle continue d'influer sur le consentement de l'auteur (**A**). A cela, il faut ajouter les mécanismes de garanties, issues du droit processuel, qui peuvent avoir une incidence lors de l'exercice par l'auteur de ses droits (**B**).

A : LES ENJEUX DE LA QUALIFICATION JURIDIQUE DU MECANISME DE LA GESTION COLLECTIVE

621. Les rapports entre les sociétés de gestions collectives et les auteurs sont si particuliers qu'il est difficile de s'accorder sur une qualification juridique pouvant faire consensus. La nature du contrat qui les lie peut prendre la forme du mandat, de la licence, d'une convention d'apports en société ou de la fiducie[875], *etc*. Parmi toutes ces qualifications, celles du mandat, de la fiducie, de la délégation de pouvoirs, de prestataire de service ou de contrat d'entreprise et de société de gestion d'actifs permettent de mieux cerner la place du consentement dans le mécanisme, ainsi que les limitations qui en résultent.

622. La gestion collective et la qualification de mandat. « Le mandat est un contrat par lequel le mandant confère à une personne qui accepte la charge (le mandataire) le pouvoir et la mission d'accomplir pour elle et en son nom (à titre de représentant) un acte juridique qui peut être la vente, l'achat, la gestion immobilière[876] *etc ».* Cette définition découle de l'article 1984 du Code civil qui dispose que « *le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* »[877].

---

[874] Ordonnance n° 2016-1823 du 22 décembre 2016 portant transposition de la directive 2014/26/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et l'octroi de licences multi-territoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur.

[875] Nicolas BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle, op.cit*., n°1308.

[876] Gerard CORNU, *Lexique des termes juridique, op.cit*. p. 634.

[877] S'inspirant des dispositions relatives au mandat, la réforme du 10 février 2016 sur le droit des contrats a introduit un droit commun de la représentation en créant un paragraphe spécifique qui comprend les

623. Une rapide observation permet de voir que le schéma peut tout à fait correspondre au mécanisme de la gestion collective, car une fois les droits d'auteurs apportés au sein de l'organisme de gestion collective, l'auteur n'est plus en première ligne dans le cadre de leur exploitation. En principe, il ne décide plus de l'opportunité de l'exercice des droits d'autorisation et d'interdiction qui sont pourtant inhérentes au droit d'auteur. Ce dessaisissement est présent dans la plupart des statuts des organismes de gestion collective. Par exemple, la SACEM prévoit dans l'article 4-1° de ses statuts que, rentrent dans son objet « l'exercice et l'administration, dans tous pays, de tous les droits relatifs à l'exécution publique, la représentation publique, ou la reproduction mécanique, et notamment la perception et la répartition des redevances provenant de l'exercice desdits droits ». L'article premier des mêmes statuts impose le dessaisissement de l'auteur de ses droits d'autorisation et d'interdiction du seul fait de son adhésion à la société. Plus précisément, il y est prévu que « tout auteur, auteur-réalisateur ou compositeur admis à adhérer aux présents Statuts fait apport à la société, du fait même de cette adhésion, en tous pays et pour la durée de la société, du droit d'autoriser ou d'interdire l'exécution ou la représentation publique de ses œuvres, dès que créées ». Ceci traduit l'idée d'une pleine représentation par la société mandataire dans l'exercice des droits dont elle est chargée de gérer.

624. Le principe du mandat : la représentation. L'idée d'une gestion collective des droits d'auteur est intimement liée à celle de la représentation. C'est d'ailleurs sous cet angle que la loi de 1957 avait envisagé le rôle des organismes de gestion collective. En ce sens, l'article 65 alinéa 2 de la même loi reprend l'idée de la représentation en précisant que « *les organismes de défense professionnelle régulièrement constitués ont qualité pour ester en justice pour la défense des intérêts dont ils ont statutairement la charge* ». En tout point, le mécanisme de la gestion collective est une forme de représentation qui est une notion au cœur du contrat de mandat. En ce sens, la représentation « permet la conclusion d'un contrat pour lequel le consentement de l'une des parties n'est pas directement donné par celle-ci mais par son représentant : par le vecteur de la représentation, le consentement d'une partie au

articles 1153 à 1161. Selon l'article 1153 du Code civil, « *le représentant légal, judiciaire ou conventionnel n'est fondé à agir que dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés* ». La disposition suivante précise dans son premier alinéa que, « *lorsque le représentant agit dans la limite de ses pouvoirs au nom et pour le compte du représenté, celui-ci est seul tenu de l'engagement ainsi contracté* ».

contrat est porté par quelqu'un d'autre[878] ». De cette manière, apparait un schéma composé de trois personnes : l'auteur qui apporte ses droits en gestion, donc le mandant ; l'organisme de gestion collective (OGC) qui les accueille et qui les gère au nom de l'auteur, donc le mandataire ; et l'utilisateur dont le premier interlocuteur est l'organisme de gestion collective, même s'il n'a de lien contractuel qu'avec le mandant. En principe, le premier de ces trois, c'est-à-dire l'auteur, n'a de pouvoir que dans le cadre de ses relations avec le mandataire et non sur celles qu'entretient cette dernière avec le tiers.

625. Cela dit, l'étendue du mandat peut être précisée[879]. En matière de gestion collective des droits, on observe délimitation, étant donné que si l'organisme de gestion collective dispose de la faculté d'engager l'auteur de l'œuvre, ce pouvoir a un périmètre d'application limitée. En d'autres termes, son mandat n'est pas général, et comme on le verra, il ne devrait pas être exclusif non plus. C'est-à-dire, rien n'empêche l'auteur d'exercer certains pouvoirs en apparence exclusivement dévolus à la société de gestion collective. C'est le cas par exemple de l'action en contrefaçon de droit d'auteur.

626. Cette intrusion peut se justifier par le fait que le titulaire des droits d'auteur « cherche à améliorer la gestion et le rendement de ses biens intellectuels, pas à s'en défaire et ou à s'en désintéresser[880] ». C'est une logique qui répond à l'idée que l'auteur dispose toujours d'un droit de regard sur la manière dont ses droits sont gérés. Cela lui permet de veiller à ce que ceux-ci soient exempts de litiges tout au long de la durée du mandat. Il ne faut pas perdre de vue le fait qu'avant le retour des droits entre ses mains, il perçoit des redevances tout au long de la durée du mandat[881]. Pour donner écho au dicton selon lequel « on n'est jamais mieux servi que par soi-même », l'auteur a tout intérêt à veiller lui-même personnellement à la préservation de ses droits, nonobstant le fait que cela relève des obligations de l'OGC. C'est d'ailleurs cette idée

---

[878] Jacques RAUNARD, Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des contrats spéciaux*, 10e éd., 2019, n° 506.

[879] Ceci est particulièrement vrai à propos du mineur mandataire. Selon l'article 1990 du Code civil, « *un mineur non émancipé peut être choisi pour mandataire ; mais le mandant n'aura d'action contre lui que d'après les règles générales relatives aux obligations des mineurs* ». Cette disposition est la preuve que le mandataire n'est que « le vecteur de la volonté du mandant ».

[880] Nicolas BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, *op.cit*. n° 1316.

[881] Le mécanisme n'est d'ailleurs pas sans rappeler ce que le Code civil qualifie de « *contrat improprement appelé cheptel* » dont le principe est exposé au sein de l'article 1831 Code civil qui dispose que « *lorsqu'une ou plusieurs vaches sont données pour les loger et les nourrir, le bailleur en conserve la propriété : il a seulement le profit des veaux qui en naissent* ». Ici, on observe que c'est sur le fondement de son droit de propriété que le propriétaire recueille les profits des animaux confiés.

qui a inspiré la Cour de cassation en 1998 quand elle a retenu que « les auteurs et éditeurs ayant adhéré à la SACEM n'en conservaient pas moins l'exercice de leurs droits sur l'œuvre, dont ils pouvaient demander la protection, notamment, par l'action en contrefaçon[882]». Cette solution a contribué à rendre encore plus transparent le mandant, en l'occurrence l'organisme de gestion, en sa qualité d'intermédiaire entre l'auteur et les tiers. D'où d'ailleurs le rejet de la qualification de mandat par une certaine jurisprudence aux yeux de laquelle « loin de se livrer à une action d'entremise, une SPRD agit directement aux lieu et place de ses adhérents et non comme leur mandataire, en vertu de tout ou partie des droits d'auteur qu'ils lui ont apportés, afin de recouvrer, en son nom propre, les redevances stipulées, dans les contrats[883] » de représentation qu'elle conclut. Dans le même ordre d'idées, la Cour de cassation a décidé en 2014 qu'en « application de l'article premier des statuts de la Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM), l'auteur ayant, par son adhésion, fait apport de l'exercice de ses droits patrimoniaux, est dès lors irrecevable, sauf carence de cette société, à agir personnellement en défense de ceux-ci[884] ». Désormais, il n'est plus possible pour l'auteur de court-circuiter l'organisme de gestion collective auquel il a confié la gestion de ses droits, même pour agir sur le fondement de la contrefaçon. Il ne peut prendre une telle initiative que toutes les fois où la SPRD ne joue pas son rôle : soit par négligence, soit par insuffisance ou par inaptitude. La décision de la Cour de cassation aboutit à une limitation du consentement de l'auteur. Son pouvoir de décider de toute action pour la défense de ses droits n'est plus discrétionnaire. L'opportunité de toute initiative sur la gestion de ses droits doit être motivée par des considérations découlant de la carence de l'organisme de gestion collective.

627. La position de la Cour de cassation témoigne de l'absence de clarté en termes de qualification des rapports entre les OGC et les auteurs, alors que c'est à partir d'une adéquate qualification de ces rapports que l'on peut trouver la bonne règle applicable. Or, la solution de 2014 renforce les pouvoirs des organismes de gestion alors qu'en 1989 la même Cour avait jugé que les droits d'auteur consentis à la SACEM par ses

[882] Civ. 1re, 24 févr. 1998, n° 95-22.282, *Bull. civ*. I, n° 75 ; *D*. 1998, p. 471, note André FRANÇON et 1999, p.64, obs. Claude COLOMBET ; *RTD com*. 1998, p.592, obs. André FRANÇON.
[883] Com. 5 nov. 1985, n°83.10-481; *JurisData* n° 1985-702930.
[884] Civ., 1re, 13, nov. 2014, n° 13-22.401 ; *D*. 2015, p.410.

adhérents sont des « cessions qui ne constituent pas des apports en société[885] ». En conséquence, la logique voudrait que l'auteur poursuive la défense de ses droits concurremment avec les organismes de gestion collective.

628. En tout état de cause, la qualification de mandat donne plus de relief au droit exclusif de l'auteur en ce sens qu'à chaque fois que ses droits sont moins protégés ou défendus, il peut profiter du caractère transparent du mandataire pour agir. C'est notamment le cas en cas de carence de ce dernier. Cela dit, l'application du régime juridique du mandat dans son entièreté est à relativiser. Car, si le mandat de droit commun reconnaît la faculté de révocation unilatérale au mandant[886], l'exercice de cette faculté semble limité pour l'auteur dans ses rapports avec les organismes de gestion collective. En ce sens, à propos des rapports entre la société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD) et ses membres, il a été jugé que si « un mandat est révocable discrétionnairement », cette révocation ne peut « intervenir que dans les conditions statutaires, c'est-à-dire seulement par la démission du mandant[887] ». Autrement dit, ce sont les statuts de l'organismes de gestion qui déterminent les conditions de la révocation du mandat, qui ne pourrait intervenir que lorsque l'organisme de gestion ne remplit pas correctement ses obligations.

629. Néanmoins, en se basant sur le droit commun des contrats dans une certaine mesure, il est possible pour l'auteur de révoquer le mandat en l'absence de toute clause contraire[888] ou pour des motifs légitimes. En ce sens, il a été jugé que le constat de l'impossibilité de réalisation de l'objet du mandat à la date de la révocation, qui ne s'était pas « exercée de manière brutale ni vexatoire mais avait été notifiée plus de cinq

---

[885] Civ. 1re, 7 févr. 1989, n° 87-12.293 ; Plus explicitement v., TGI Paris, 19 juin 1998 (*RIDA* avr. 1999, p. 410.) qui juge que « l'adhésion de l'auteur ne peut réaliser un apport en société dès lors que les droits apportés ne sont pas susceptibles d'entrer dans le capital social et que la SACD n'a pas vocation à faire des bénéfices ; que par ailleurs, la notion d'apport en gérance procède d'une juxtaposition de termes au contenu juridique contradictoire ». La solution retenue emporte l'adhésion de la doctrine majoritaire pour plusieurs raisons : le fait que les droits d'auteur ne soient pas évalués ni incorporés au capital de ces sociétés ; ensuite le fait que les droits apportés ne donnent pas lieu à des parts sociales ; enfin, à la place des bénéfices, les adhérents perçoivent plutôt des redevances (V. Frédéric POLLAUD-DULIAN, « L'apport de droits d'auteur à une société de gestion collective », *Comm. com. électr.* n° 1, janv. 2008, étude 2).

[886] Selon l'article 2004 du Code civil, « *le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble et contraindre, s'il y a lieu, le mandataire à lui remettre soit l'écrit sous seing privé qui la contient, soit l'original de la procuration, si elle a été délivrée en brevet, soit l'expédition, s'il en a été gardé minute* ».

[887] TGI Paris, 19 juin 1998 ; *RIDA,* avr. 1999, p. 410.

[888] Req. 9 juill. 1885 : *DP* 1886, 1 p.310 : possibilité pour le mandant de renoncer à son droit de révocation ou « en soumettre l'exercice à des conditions déterminées ».

semaines avant sa date d'effet, fait qu'une Cour d'appel en a déduit à bon droit que le mandataire ne pouvait prétendre à une indemnité, en l'absence d'abus de droit de la part du mandant[889] ». En suivant cette logique, l'auteur qui ferait le constat de la carence de son organisme de gestion collective pourrait ne pas se contenter uniquement d'exercer les pouvoirs qu'il lui a confiés. Il serait en droit de les lui retirer purement et simplement en respectant un délai de préavis. Aussi, la solution, en mettant l'accent sur l'éventuelle indemnisation du mandataire en cas d'abus lors de la révocation, montre que le mandat de peut-être d'intérêt commun. Le mandat d'intérêt commun peut être défini comme un mandat dans lequel le mandant et le mandataire ont des intérêts en partage. Il en est ainsi, par exemple, lorsque les deux ont intérêt « à l'essor de l'entreprise par création et développement de la clientèle[890] ». En matière de gestion collective, cet aspect est évident, étant donné que l'organisme de gestion assure son fonctionnement avec les prélèvements sur le resultat de l'exploitation de l'œuvre. En outre, une doctrine autorisée souligne que la qualification de mandat permet aux parties d'échapper à l'interdiction de la cession future d'œuvres[891].

630. Par ailleurs, la qualification de mandat, pour désigner les rapports qu'entretient l'auteur et les organismes de gestions doit être relativisée, étant donné que dans le contrat de mandat, le mandataire contracte au nom et pour le compte du mandant. En principe, les engagements qu'il prend ne l'engagent pas personnellement, sauf abus de sa part[892]. Son rôle est de créer un lien contractuel entre les tiers et le mandant. Or, l'auteur est à la fois membre des organismes de gestion et mandant. Ce qui donne une situation singulière qui avait amené la jurisprudence à considérer que le mandat dont bénéficiaient ces sociétés étaient irrévocable. En ce sens, il a par exemple été jugé que « les sociétés qui se sont données pour mission de défendre collectivement les droits individuels des auteurs dramatiques ou des compositeurs dramatiques agissent, en qualité de mandataires des auteurs et compositeurs dont elles

[889] Civ. 1re, 28 janv. 2003, n°00-15.519 ; *Gaz. Pal.* 5 avr. 2003, p. 21.
[890] com., 20 févr. 2007, n° 05-18.444, *JurisData* n° 2007-037690.
[891] André LUCAS, Agnès LUCAS-SCHLOETTER, Carine BERNAUT, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit,* n°1046.
[892] En ce sens, il a par exemple été jugé que « si le mandant est, en vertu de l'article 1998 du code civil, contractuellement responsable des dommages subis du fait de l'inexécution des engagements contractés par son mandataire dans les limites du mandat conféré, les manœuvres dolosives du mandataire, dans l'exercice de son mandat, n'engagent la responsabilité du mandant que s'il a personnellement commis une faute, qu'il incombe à la victime d'établir ». V. Ch. mixte, 29 octobre 2021, 19-18.470 ; Quentin PRIM, « La place du mandant dans le dol commis par le mandataire », *La lettre juridique*, déc. 2021.

gèrent les intérêts moyennant une rétribution retenue sur les droits d'auteur perçus par elles. Le mandat dont il s'agit est irrévocable, les mandants étant membres de ces sociétés[893] ». Même si aujourd'hui, à travers l'article L.322-5 du Code de la propriété intellectuelle, l'auteur peut « *résilier à tout moment (…) l'autorisation qu'il a donnée à l'organisme de gestion collective de gérer ses droits patrimoniaux* », la qualification de mandat au sens strict tient difficilement, du fait que l'auteur soit à la fois associé et mandant. A ce titre, la qualification de mandat spécifique[894], voire *sui generis*, paraît beaucoup plus adaptée.

631. La gestion collective et les qualifications de délégation et de prestation de service. En observant avec attention leur mode de fonctionnement, il est possible de considérer les organismes de gestion collective comme bénéficiant d'une sorte de délégation de pouvoir de la part des auteurs le tout dans le cadre de l'exécution d'une prestation de services. C'est ce qui ressort par exemple de l'arrêt de 1991, précédemment évoqué, dans lequel la Cour de cassation a estimé que si la Société pour l'administration du droit de reproduction mécanique (SDRM), en vertu de l'article 5 de ses statuts[895], « exerce par délégation des auteurs le droit discrétionnaire dont ceux-ci disposent sur leurs œuvres, elle n'en n'est pas moins une entreprise qui effectue de nombreuses activités de services pour la gestion du patrimoine d'autrui et que dans cette gestion elle agit de façon autonome et parfois exclusive[896] ». Ainsi, il

---

[893] Paris, 6 mars 1933 ; *Gaz. Pal.*, 1933, p. 958 ; *RGL*, 1er janv. 1935, p.134.

[894] André LUCAS, Agnès LUCAS-SCHLOETTER, Carine BERNAUT, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit,* n°1046

[895] Article 5 des Statuts SDRM : « La société a pour objet : 1° de maintenir ou de développer l'union et la solidarité des titulaires de droit d'auteur en matière de reproduction mécanique de leurs œuvres ; 2° de valoriser, par l'exploitation en commun, dans tous pays, pour le compte des bénéficiaires, les droits de reproduction mécanique dont peuvent être titulaires les auteurs, compositeurs et éditeurs ou leurs ayants droit, Par droits de reproduction mécanique, aux fins des présents Statuts, il faut entendre les droits de reproduction par tous procédés actuellement connus ou qui viendraient à être découverts et utilisés par la suite, pendant la durée de la présente société, et plus généralement tous droits de reproduction autres que graphiques. 3° de gérer ou d'exercer au nom et/ou pour le compte de ses associés qui les lui confient en vertu des présents Statuts et de ses éventuels mandants, les prérogatives dont ils sont titulaires inhérentes au droit de reproduction mécanique des auteurs, compositeurs et éditeurs ou de leurs ayants droit, ces prérogatives consistant notamment dans le droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction mécanique de leurs œuvres, de fixer les conditions auxquelles l'autorisation de reproduction peut être accordée, de percevoir les redevances de droit de reproduction et de les verser aux associés et aux mandants à raison des droits dont ils ont confié la gestion à la société ; 4° et, d'une façon générale, de défendre les intérêts matériels et moraux des auteurs, compositeurs et éditeurs ou de leurs ayants droit, en vue et dans les limites de l'objet social ».

[896] Com. 5 nov. 1991, n°90-11.565, 90-11.811 ; *D.* 1993, p. 63, note DAVERAT; *RIDA* avr. 1992, p. 179, note André FRANÇON.

n'est pas exagéré de soutenir que le mécanisme de la gestion collective ressemble à une sorte de délégation de pouvoir d'une part, et d'autre part à un contrat de prestation de services.

632. La qualification de délégation de pouvoir. En droit administratif, la délégation de pouvoir désigne « le transfert à une autorité délégataire désignée par sa fonction d'une compétence que le déléguant ne pourra plus exercer tant que la délégation n'aura pas été rapportée[897] ». En 1892, le Conseil d'Etat avait défini la notion comme étant l'opération par laquelle l'organe titulaire d'une compétence (délégant) décide qu'un autre organe (délégataire) en disposera pendant un certain temps sans que soit pour autant abrogée la règle initiale[898] ». Ce schéma peut épouser la logique des organismes de gestion collective en droit d'auteur. Comme le démontre, par exemple, l'article 17 des statuts de la SACEM qui indique que l'adhésion par un auteur emporte de plein droit le transfert de tout pouvoir d'ester en justice « contre des tiers sur le fondement des droits d'exécution publique ou représentation publique ou de reproduction mécanique apportés par lui à la société dans le cadre des Statuts afin d'assurer le recouvrement des sommes dues à ce titre ». Ainsi, l'exercice par le délégant des pouvoirs délégués est de nature à mettre fin à la délégation. Par exemple, l'article 5 de la Société civile des producteurs phonographiques (SCPP) prévoit que les questions relatives aux rémunérations relèvent « des mandats de catégorie 1, à caractère statutaire, dont le retrait total ou partiel entraine ipso facto la démission de l'associé qui se retire ». La représentation est ici de nature à dessaisir l'auteur de ses prérogatives de droit d'auteur. Celui-ci ne peut exercer en principe ses prérogatives tant que dure la représentation. Ceci est particulièrement vrai lorsque la représentation a été imposée par la loi, comme dans le cas de la gestion collective obligatoire, ou lorsqu'elle a été décidée par le juge comme le souligne le premier alinéa de l'article 1159 du Code civil qui prévoit que « *l'établissement d'une représentation légale ou judiciaire dessaisit pendant sa durée le représenté des pouvoirs transférés au représentant* ». Toutefois, le second alinéa de la même disposition, applicable en l'espèce, indique que « *la représentation conventionnelle laisse au représenté l'exercice de ses droits* ». Cette disposition permet une gestion concurrente entre l'auteur et l'organisme de gestion collective. Elle est particulièrement utile lorsque le

[897] Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 13e éd., PUF, 2020, p.312.
[898] CE, 2 déc. 1892 ; *S.* 1894, 3, p. 97, concl. M. ROMIEU et note M. HAURIOU.

représenté, en l'occurrence l'auteur, décide de gérer lui-même ses œuvres afin de pallier les carences de la société de gestion collective. Si les statuts de la gestion collective imposent une gestion exclusive, l'auteur ne pourra pas gérer de manière parallèlement ses œuvres. Cette analyse est partagée par une partie de la doctrine pour qui la reprise en main par le représenté de l'exercice de ses droits « pourra se traduire par une révocation du mandat, notamment lorsqu'il comportait une stipulation d'exclusivité ou irrévocabilité ou encore lorsqu'il avait pour objet une opération déterminée (vente d'un bien)[899] ». En tout état de cause, le représenté peut mettre fin à la délégation de pouvoir en se fondant sur le principe de révocabilité *ad nutum* de l'article 2004 du Code civil[900] qui permet au mandant de révoquer de manière discrétionnaire le mandat, à la condition de s'abstenir de tout abus[901]. Dans le même ordre idées, le second alinéa de l'article 1159 du Code civil peut se révéler intéressant pour l'auteur qui peut s'y appuyer pour faire cesser toute violation par les tiers de ses droits moraux, lorsque, par exemple l'organisme de gestion est défaillant.

633. La qualification de prestataire de service. La définition originelle du contrat de prestation de service est prévue par l'article 1710 du Code civil qui dispose que « *le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles* ». Selon l'article 1779 du même code, « le louage de service » fait partie des principales espèces « *de louage d'ouvrage et d'industrie* ». Le contrat de prestation de service est aussi appelé contrat d'entreprise, il peut être défini comme le « contrat par lequel une personne (l'entrepreneur) s'engage à réaliser un ouvrage, bien ou service pour une autre personne (le maître de l'ouvrage), moyennant une rémunération, en conservant son indépendance dans l'exécution du travail[902] ». Cette définition peut tout à fait être utilisée pour qualifier les relations qui existent entre l'auteur et les organismes de

---

[899] Olivier DESHAYES, Thomas GENICON, Yves-Marie LAITHIER, *Reforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2e éd. LexisNexis, 2018, p.293.

[900] Article 2004 du Code civil : « *Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble et contraindre, s'il y a lieu, le mandataire à lui remettre soit l'écrit sous seing privé qui la contient, soit l'original de la procuration, si elle a été délivrée en brevet, soit l'expédition, s'il en a été gardé minute* ».

[901] Civ. 1re, 2 mai 1984, n°83-12.056 : « Le mandant est libre de révoquer à tout moment son mandat, sauf à ne pas commettre un abus de droit ». V. notamment Com. 4 oct. 2023, n°22-15.781 qui estime qu'un « mandat peut être révoqué par le mandant à tout moment et sans que des motifs aient à être précisés, l'abus dans l'exercice de ce droit de révocation ne pouvant être retenu que si celui qui l'allègue prouve l'intention de nuire de son auteur ou sa légèreté blâmable ».

[902] Serges GUINCHARD, *Lexique des termes juridiques*, 32e éd., Dalloz, 2024-2025.

gestion collective. Cela est d'autant plus vrai qu'il a été jugé que « les travaux d'ordre intellectuel ne sont pas exclus de la définition du contrat d'entreprise[903] ». Aussi, comme souligné précédemment, les organismes de gestion indiquent généralement dans leurs statuts qu'ils exercent leur activité en toute indépendance. De ce point de vue, les auteurs apportent leurs œuvres à l'organisme qui se charge de les gérer selon ses propres règles et ses propres politiques sans attendre d'instructions de leur part. Par ailleurs, lorsque le cocontractant de l'entrepreneur est profane, celui-ci peut être débiteur d'une obligation d'information vis-à-vis de lui en application de l'article 1112-1 du Code civil[904]. Etant donné qu'il « est légitime que le client profane attende au minimum du prestataire un conseil sur l'adéquation de la prestation à sa demande tant sur le plan technique que sur le plan financier[905] ». S'agissant des organismes de gestion collective, l'obligation d'information ne se limite pas seulement au stade de la conclusion du contrat, elle dure tout le temps que l'œuvre est en gestion. En ce sens par exemple, l'article L. 321-3 du même code prévoit que « *les organismes de gestion collective permettent à leurs membres et aux autres titulaires de droits dont ils gèrent les droits patrimoniaux de communiquer avec eux par voie électronique (…)* ».

634. Par ailleurs, il peut être mis fin à un contrat de prestation de service ou d'entreprise à tout moment en vertu de la prohibition des engament perpétuels[906]. En droit d'auteur, il est possible de qualifier l'engagement de l'auteur vis-à-vis d'un organisme de gestion de perpétuel lorsque sa durée correspond à celle du monopole de l'auteur, c'est-à-dire soixante-dix ans après son décès. Autrement dit, un organisme ne peut imposer à un auteur de lui confier la gestion de ses droits pour la durée de son

---

[903] Civ. 3e, 28 fév. 1984, n°82-15.550.

[904] Article 1112-1 Code civil : « *Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.*
Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.
Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.
Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.
Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir.
Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants ».

[905] Jacques RAUNARD, Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des contrats spéciaux*, 10e éd., 2019, p. 424.

[906] Article 1210 Code civil : « *Les engagements perpétuels sont prohibés. Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée* ». V. aussi article 1780 Code civil : « *Le louage de service, fait sans détermination de durée peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes* ».

monopole. C'est en ce sens que s'était prononcée la Cour de cassation dans un litige impliquant une coopérative agricole. En l'espèce, le père d'un agriculteur avait adhéré à une coopérative laitière en 1966 dont les statuts prévoyaient « une durée de cinquante années à compter de sa constitution définitive », prenant fin le 2 juin 2002. En 1994, le fils ayant cessé de livrer sa production à la coopérative, il a été mis à sa charge une importe d'indemnité dont le fondement a été remis en cause par la Cour d'appel saisi ainsi que par la Cour de cassation. Pour les hauts magistrats, « un engagement, d'au moins trente-six ans, ne respectait pas la liberté individuelle de celui qui l'avait souscrit, ce laps de temps étant égal ou supérieur à la durée moyenne de l'activité professionnelle d'un exploitant agricole, la cour d'appel en a justement déduit que le successeur dans ce même délai était en droit de se retirer de la coopérative avant l'expiration du temps pour lequel elle avait été constituée[907]». Ainsi, par exemple, l'article 34, 2 des statuts de la SACEM prévoit que « l'apport effectué à la société du fait de l'adhésion aux Statuts peut, sans restriction, avec effet à la fin de chaque année civile, sous réserve d'un préavis de trois mois avant l'expiration de l'année civile concernée, être : soit retiré en totalité par la démission d'un Membre ; soit retiré partiellement (…) ».

635. En résumé, la qualification de la convention de gestion collective en contrat de prestation de service n'est pas quelque chose d'exagéré au regard de la similitude entre leur mode de fonctionnement. Cela est d'autant plus vrai que, depuis 2016, l'article L. 321-1 du Code de la propriété intellectuelle[908] prévoit implicitement qu'ils peuvent être constitués à but lucratif. Même si un arrêt de 1968 peut conduire à relativiser cette analyse notamment lorsque la Cour de cassation précise que « le contrat d'entreprise

---

[907] Civ. 1re, 18 janv. 2000, n°98-10.37; *JurisData* n° 2000-000079.

[908] Article L. 321-1 Code de la propriété intellectuelle : « *I. Les organismes de gestion collective sont des personnes morales constituées sous toute forme juridique dont l'objet principal consiste à gérer le droit d'auteur ou les droits voisins de celui-ci pour le compte de plusieurs titulaires de ces droits, tels que définis aux livres Ier et II du présent code, à leur profit collectif, soit en vertu de dispositions légales, soit en exécution d'un contrat.*
Ces organismes doivent :
1° Soit être contrôlés par leurs membres titulaires de droits mentionnés au premier alinéa ;
2° Soit être à but non lucratif.
Ils agissent au mieux des intérêts des titulaires de droits qu'ils représentent et ne peuvent leur imposer des obligations qui ne sont pas objectivement nécessaires pour protéger leurs droits et leurs intérêts ou pour assurer une gestion efficace de leurs droits.
II. Les organismes de gestion collective peuvent mener des actions de promotion de la culture et fournir des services sociaux, culturels et éducatifs dans l'intérêt des titulaires de droits qu'ils représentent et du public ».

est la convention par laquelle une personne charge un entrepreneur d'exécuter, en toute indépendance, un ouvrage ; qu'il en résulte que ce contrat, relatif à de simples actes matériels, ne confère à l'entrepreneur aucun pouvoir de représentation ». Or, dans la convention de gestion collective, il existe une dimension de représentation indéniable. C'est le cas notamment l'orque l'organisme intervient pour faire cesser une contrefaçon.

636. La gestion collective et la qualification de société de gestion d'actifs. Les sociétés de gestion d'actifs ou société de gestion de portefeuilles sont prévues au sein de la législation nationale par les articles L. 214-1 et suivant du Code monétaire et financier. Il existe deux sortes de gestion de portefeuilles : la gestion individuelle et la gestion collective à travers les organismes de placement collectif (OPC).

637. La gestion individuelle de portefeuille peut être définie comme « une gestion sous mandat ou gestion discrétionnaire. Sur le fondement d'un contrat de mandat de gestion, le gestionnaire prend librement l'initiative des décisions d'investissement portant sur les instruments financiers composant le portefeuille pour le compte de son client, sans que ce dernier ne puisse, en principe, s'immiscer dans la gestion de son portefeuille[909] ». Cette définition ne correspond pas totalement au mécanisme de gestion collective en droit d'auteur. Elle répondrait plus d'une gestion individuelle des droits de la propriété intellectuelle que d'une gestion collective étant donné que le gestionnaire n'agirait pas en toute indépendance.

638. La gestion collective de portefeuille ou d'actifs s'effectue à travers les organismes de placement collectif (OPC). Ils « ont pour objet exclusif la gestion, dans l'intérêt de la collectivité de leurs investisseurs, d'un portefeuille - encore appelé actif - composé d'actifs, conformément à une politique d'investissement, en vue de leur procurer un rendement collectif"[910]. Ce système évite aux investisseurs la gestion directe de leurs investissements. Il permet donc une gestion professionnelle des actifs

[909] Michel STORCK, « Sociétés de gestion de portefeuille. – Statut. Gestion collective (OPCVM-FIA) », *JurisClasseur Sociétés Traité*, Fasc. 2210, 1er juillet 2023. V. la Directive 2014/65/UE du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers (directive MIF 2) qui prévoit en son article 4, [sect] 1, point 8 de cette directive, que la gestion de portefeuille s'entend de « la gestion discrétionnaire et individualisée de portefeuille incluant un ou plusieurs instruments financiers, dans le cadre d'un mandat donné par le client ». Sur le plan national, v. les articles L. 321-1, 4° du Code monétaire et financier.
[910] *Ibid.*

par des experts qui accomplissent leurs tâches en toute indépendance. Ils ont en charge l'administration (services juridiques et de gestion comptable du fonds ; demandes de renseignement des clients) et la commercialisation des actifs[911]. Le mécanisme est tout à fait comparable à celui de la gestion collective des œuvres de l'esprit. L'apport des droits au sein de l'organisme de gestion entrainant leur transfert avec l'obligation de les administrer et de les exercer dans l'intérêt des auteurs.

639. La gestion collective et la qualification de fiducie. Selon l'article 2011 du Code civil, « *la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires* ». De cette définition, on constate qu'il n'y a pas qu'une seule mais des différents types de fiducies: il peut s'agir de la fiducie à des fins de sûreté lorsque le bien est affecté à titre de garantie d'une créance ; de la fiducie à des fins de libéralité « sous l'obligation de retransférer le bien à un tiers bénéficiaire après l'avoir géré dans l'intérêt de celui-ci ou d'une autre personne pendant un certain temps[912] » et de la fiducie à fins de gestion qui est la catégorie qui correspond au schéma de la gestion collective.

640. La gestion collective et la qualification de fiducie-gestion. « La fiducie-gestion consiste pour une première personne, appelée fiduciant ou constituant, à transmettre des droits, des biens ou des suretés à une deuxième personne, appelée « fiduciaire » qui les tient séparés de son patrimoine propre, les administre dans un but déterminé au profit d'une troisième personne appelée bénéficiaire[913] ». La configuration qu'offre la fiducie-gestion correspond au mécanisme de la gestion

---

[911] V. annexe II de la Directive 2009/65/CE du parlement européen et du conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM).

[912] Gerard CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit*. p. 455. Il faut cependant noter que l'article 2016 du Code civil prévoit que « *le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public* ». La prohibition de « la fiducie-libéralité » en droit français consiste à éviter que l'institution soit utilisée pour échapper à la fiscalité des successions et des libéralités. Cela dit, en droit anglais, le mécanisme « est fréquemment utilisé pour organiser la succession des personnes physiques ou pour mettre en place des œuvres de bienfaisance » (Florence G'SELL, « Patrimoine affecté et *common law* », *in : Les patrimoines affectés* [en ligne], Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2013, p. 97-108. https://books-openedition-org.bases-doc.univ-lorraine.fr/putc/622 consulté le 30/06/2023.

[913] Patrick TAFFOREAU, *Droit des sûretés - Sûretés personnelles et réelles*, Bruylant, 2020, n°1114.

collective. L'auteur apparaît en tant que fiduciant tandis que l'organisme de gestion joue le rôle de fiduciaire. Le bénéficiaire peut être un tiers désigné à qui l'organisme de gestion collective verse les redevances ou tout naturellement au constituant, c'est-à-dire l'auteur comme le permet l'article 2016 du Code civil qui prévoit que « *le constituant ou le fiduciaire peut être le bénéficiaire ou l'un des bénéficiaires du contrat de fiducie* ».

641. Contrairement au mandat, la fiducie serait d'ailleurs plus respectueuse de certaines limitations légales imposées par le Code de la propriété intellectuelle. C'est le cas par exemple de la prohibition de la cession globale d'œuvres futures prévues à l'article L. 131-1 du code de la propriété intellectuelle[914]. Cette interdiction de principe trouve une certaine compatibilité avec l'article 2018-1° du Code civil qui prévoit que *« le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité : Les biens, droits ou sûretés transférées. S'ils sont futurs, ils doivent être déterminables »*. Pour rappel, la prohibition de la cession d'œuvres futures n'est pas absolue. Elle est susceptible d'être évitée si les œuvres futures sont déterminées ou déterminables. En ce sens, il a été jugé que n'était pas contraire au principe de la prohibition de cession d'œuvre future le contrat par lequel l'auteur s'engageait à céder « des œuvres » et non « les œuvres » à l'éditeur pour publication[915].

642. Aussi, l'article L. 321-1-I du Code de la propriété intellectuelle évoque l'idée de fiducie quand il précise que les organismes de gestion collective « *agissent au mieux des intérêts des titulaires de droits qu'ils représentent* ». De même, il arrive que la jurisprudence adopte une telle analyse en qualifiant les relations de l'auteur et de l'organisme de gestion collective « d'apport fiduciaire[916] ».

643. Allant dans le même sens, certains auteurs sont tentés par la qualification de fiducie parce qu'elle permet de « mieux comprendre le caractère temporaire et révocable de l'apport, ou bien encore le fait que le principe de la prohibition de la cession globale des œuvres futures ne soit pas menacé puisque la protection qui découle de ce principe n'a plus de raison d'être lorsque la cession intervient dans

[914] Article L. 131-1 du Code de la propriété intellectuelle : « *La cession globale des œuvres futures est nulle* ».
[915] TGI Paris, 6 déc. 2002, *Légipresse,* 2003, n°202, III, p. 88, note Christophe ALLEAUME.
[916] Paris, 25 nov. 2011 ; *Comm. com. électr. 2012*, chron. 6, n°10, obs. Benjamin MONTELS.

l'intérêt exclusif de l'auteur [917]». Pour le Professeur Frédéric Pollaud-Dulian, la qualification de cession fiduciaire doit être préférée à celle de mandat en ce sens qu'elle « signifie que la société de gestion collective acquiert les droits non dans son intérêt propre, mais pour exercer dans l'intérêt exclusif et pour le compte de l'associé qui les lui a transférés. L'opération ne peut donc pas être qualifiée d'apport en société *stricto sensu*, ni de mandat, ni de cession de droit commun, mais uniquement d'aliénation fiduciaire [918]». Cependant, la précision qui se dégage des règles qui encadrent la fiducie laisse peu de chance à cette qualification de prospérer. Par exemple, l'article 2012 du Code civil dispose que « *la fiducie est établie par la loi ou par contrat. Elle doit être expresse* » ; ou encore l'article 2018-5° du même code qui exige que soit mentionnée « *l'identité du ou des bénéficiaires ou, à défaut, les règles permettant leur désignation* » ; enfin, parmi la liste des fiduciaires limitativement énumérés par l'article 2015[919], les sociétés de gestions collectives n'y figurent pas. Au regard de ces considérations, certains auteurs suggèrent que la société de gestion collective soit qualifiée de « cessionnaire des droits d'exploitation » en ce sens que « si les statuts sont clairs sur ce point et que l'auteur disposait bien des droits concernés, l'organisme pourrait alors, en toute sécurité, négocier avec les utilisateurs ou intenter des actions en contrefaçon[920] ». Par ailleurs, outre les difficultés de qualification, les mécanismes de garantie ne sont pas sans incidence sur le consentement de l'auteur.

B : LES ENJEUX DES MECANISMES DE GARANTIE SUR LE CONSENTEMENT DE L'AUTEUR

644. Le droit de gage général. Au regard de ce qui précède, si l'engagement de l'associé n'est pas de même nature que celui d'une caution, la logique qui permet de rechercher sa responsabilité vis-à-vis des tiers trouve son fondement dans le droit de gage général. En ce sens, l'article 2285 du Code civil prévoit que **«** *les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par*

---

[917] Michel VIVANT, Jean-Michel BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, op.cit. n°916.
[918] Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur, op. cit.*, n°1663.
[919] Article 2015 du Code civil : « *Seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaires les établissements de crédit mentionnés au I de l'article L. 511-1 du code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article L. 518-1 du même code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article L. 531-4 du même code, les sociétés de gestion de portefeuille ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1 du code des assurances.*
Les membres de la profession d'avocat peuvent également avoir la qualité de fiduciaire ».
[920] Christophe CARON, *Droit d'auteur et droits voisins, op.cit.* n°505.

contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence ». L'auteur, en sa qualité d'associé, peut voir ses biens saisis par le créancier à travers les différents mécanismes de garantie. Il est important de préciser que ces mécanismes de garantie peuvent intervenir en dehors de toute gestion collective et de procédure collective. Il peut s'agir par exemple de l'exercice par le créancier de son droit de saisie ou encore de la mise en œuvre de son droit de rétention. Toutes ces opérations ne sont pas sans conséquence sur le consentement de l'auteur. En effet, s'il est évident que les mécanismes du droit des sûretés ont une incidence sur le droit de propriété en droit commun des biens, cette réalité est encore plus marquée en droit de la propriété littéraire et artistique. Les exemples relatifs au droit de saisie et au droit de rétention reconnus au créancier permettront de mieux cerner la question.

645. Le droit de saisie et le consentement de l'auteur. Le droit de saisie est une « voie de droit sur le patrimoine » reconnue par la loi au créancier « sur les biens du débiteur afin d'assurer la conservation et le cas échéant, la réalisation de son gage[921] ». Pour le débiteur, la saisie a pour effet de rendre indisponible le bien. Selon l'article L. 211-1 du Code de procédure civile d'exécution, « *tout créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut, pour en obtenir le paiement, saisir entre les mains d'un tiers les créances de son débiteur portant sur une somme d'argent, sous réserve des dispositions particulières à la saisie des rémunérations prévue par le code du travail* ». S'agissant du droit d'auteur, l'hypothèse est simple : c'est la possibilité pour le créancier de l'auteur de faire saisir les droits d'auteur entre les mains du tiers chargé d'exploiter l'œuvre de l'esprit (l'éditeur, le producteur ou encore l'organisme de gestion collective). La procédure obéit au régime juridique prévu par le droit commun de l'exécution. Les conditions sont les suivantes : outre le fait que la saisie doit être effectuée par un huissier de justice, le créancier doit détenir un titre exécutoire et la créance doit être liquide et exigible[922].

646. L'objet de la saisie-attribution et le consentement de l'auteur. Le mécanisme de la saisie-attribution tel que défini précédemment est pensé pour s'appliquer en principe aux biens de droit commun. En droit commun des biens, certes,

---

[921] Gerard CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

[922] Civ. 2e, 24 juin 1987, n° 86-11.770; *Bull. civ.* I, n° 138, p. 79, *D.*, 1988, p. 357, obs. ANCEL et RONDEAU-RIVIER.

le propriétaire jouit d'un droit exclusif, absolu et perpétuel[923] sur son bien. Mais, ce droit est susceptible de céder dans son objet et dans sa consistance face à la mise en œuvre de la saisie-attribution. Concrètement, l'exécution de la mesure peut avoir pour conséquence la dépossession totale ou partielle du débiteur de son bien. C'est le propre de l'effet attributif de la saisie-attribution. Selon l'article L. 211-2 du Code de procédure civile d'exécution, « *l'acte de saisie emporte, à concurrence des sommes pour lesquelles elle est pratiquée, attribution immédiate au profit du saisissant de la créance saisie, disponible entre les mains du tiers ainsi que de tous ses accessoires* (…) ». L'effectivité de l'effet attributif de la saisie-attribution ne peut être entravée par le tiers. En ce sens, il a été jugé qu'il « résulte de l'article L. 211-2 du code des procédures civiles d'exécution que l'effet attributif immédiat de la saisie-attribution n'est pas subordonné à la déclaration du tiers saisi, telle que prévue par l'article L. 211-3 de ce même code, l'obligation déclarative du tiers saisi naissant de la saisie, qui entraîne par elle-même effet attributif[924]».

647. En droit de la propriété littéraire et artistique, se pose la question de savoir sur quoi peut porter une saisie-attribution. En d'autres termes, le créancier peut-il saisir les droits d'auteur du débiteur afin de se les attribuer ? Dans l'affirmative, cela signifierait qu'il prendra le contrôle des droits d'auteur attachés à l'œuvre. Or, selon l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle en son premier alinéa, « *l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous* ». A son tour, l'article L. 111-3 prévoit que « *la propriété incorporelle définie par l'article L. 111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel* ». Selon le second alinéa de la même disposition « *l'acquéreur de cet objet n'est investi, du fait de cette acquisition, d'aucun des droits prévus par le présent code, sauf dans les cas prévus par les dispositions des deuxièmes et troisièmes alinéas de l'article L. 123-4* ». De ces dispositions découle le caractère exclusif du droit d'auteur. Ce droit fait de l'auteur le véritable acteur de l'exploitation de son œuvre. Il est le seul, en principe, à décider des autorisations ou des interdictions. Comme le résume parfaitement le Professeur Christophe Caron, l'auteur « a seul le pouvoir d'autoriser toute exploitation de son œuvre, ce qui signifie que, *a contrario*, il

[923] Selon l'article 544 du Code civil, « *la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ».

[924] Civ. 2e, 30 sept. 2021, n° 20-14.060; *RTD civ*. 2021. 945, note Nicolas CAYROL.

peut aussi interdire[925] ». Dans le même sens, la jurisprudence a souligné cette particularité en qualifiant les droits d'auteur de « privilège exclusif d'exploitation temporaire[926] ». Certes, comme tout droit de propriété, ce droit est en principe soumis au droit commun[927]. Cependant, la soumission du caractère exclusif du droit d'auteur aux règles du droit commun se fait à la condition que ces dernières soient « compatibles avec la nature particulière de ce droit et notamment de celle du droit moral de l'auteur[928] ». Dans le même sens, l'article R. 231-1 du Code de procédure civile d'exécution prévoit que *« sauf dispositions contraires, la saisie des droits incorporels est régie* » par le Titre III relatif à la « *saisie des droits incorporel* » dans la « *mesure où leur spécificité n'y met pas obstacle* ». L'article R. 241-1 du même code précise que « *pour la saisie en matière de droit de propriété littéraire, artistique et industrielle* », il faut se tourner vers le Code de la propriété intellectuelle.

648. De ces précisons, il devient difficile de penser que le créancier de l'auteur puisse s'adjuger le monopole d'exploitation de l'auteur pour se faire payer. Comme le souligne une doctrine autorisée, « la décision d'exploiter et le choix des modalités requièrent le consentement personnel de l'auteur, même incapable, si bien que l'on voit mal qu'un créancier puisse prendre de telles décisions à sa place[929] ». Cette analyse s'inscrit dans la même logique que les article L. 131-3 et L. 132-7 du Code de la propriété intellectuelle. Dans le même cens, « la licitation du monopole aux enchères, rompant le lien entre l'auteur et l'œuvre dans les pires conditions, irait à l'encontre de l'esprit qui anime le dispositif légal sur l'exploitation des droits de propriété littéraire ou artistique[930] ».

649. Au regard de ces éléments d'appréciation, il existe une limitation des effets de la saisie-attribution à chaque fois qu'il est question des droits d'auteur. De ce fait, la saisie ne peut porter que sur les redevances issues de l'exploitations des droits. Certes, cela est loin de protéger totalement le consentement de l'auteur (étant donné que ses droits patrimoniaux sont touchés), mais cela lui évite une privation entière de

---

[925] Christophe CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 6e éd. p.281. *op.cit.*
[926] Civ. 25 juill. 1887 ; *DP* 1888. 1. 5, note Sarrut, rapp. Lepelletier ; *S.* 1888. 1. 17, note Chr. LYON-CAEN.
[927] En ce sens, il a été jugé que les droits d'auteur constituent « un bien entrant dans le commerce et soumis, comme les produits qu'il engendre, aux règles du code civil ». V. Civ. 14 mai 1945 : *D.* 1945, 285, note Henri DESBOIS.
[928] Civ. 1re, 4 déc. 1956 : *Gaz. Pal.* 1957, 1. 56.
[929] Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, *op. cit.* n° 1434 ;
[930] Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, *op. cit.* n° 1435.

l'ensemble de ses droits. Ce point de vue est partagé aujourd'hui par la majorité de la doctrine, même si pour certains, il n'était pas inconcevable que le créancier puisse saisir les droits d'auteur de son débiteur pour se faire payer. Par exemple, pour le Professeur Henri Desbois, seuls certains droits, à l'image du droit de divulgation, sont hors portée des créanciers. « 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 commerce[931] ». En conséquence, « la saisie, n'est praticable qu'à l'égard des droits patrimoniaux, qui correspondent aux modes d'exploitation agrées par l'auteur[932] ». Cette logique est de nature à attribuer au créancier certains droits, bien que patrimoniaux, mais attachés tout de même à la personne de l'auteur. Il devient, dès lors, concevable de limiter la saisie uniquement au résultat de l'exploitation des droits. C'est-à-dire aux redevances. Ainsi, dans la limite du montant de sa créance, le créancier saisissant pourra se voir attribuer les redevances des droits d'auteur. Même s'il doit composer avec le risque que l'auteur retire son autorisation d'exploitation ou encore qu'il exerce son droit de repentir ou de retrait. Cette analyse converge avec la position adoptée par la jurisprudence sur la question. Ainsi, une société de gestion collective est tenue de verser les redevances issues de l'exploitation des droits d'auteur au créancier saisissant, en l'espèce l'administration fiscale, jusqu'à extinction de la dette fiscale[933]. En résumé, le créancer ne peut exécuter ses droits que sur les redevances, le monopole d'exploitation étant, par sa nature, exclu de ce champ. Car, comme le souligne un auteur, « à supposer qu'un droit d'exploitation puisse être l'objet d'une procédure d'exécution, ce ne pourrait pas être le cas de ceux qui sont incessibles, comme le droit de suite et les droits à rémunération ou compensation équitable[934] ».

650. Une question se pose quant à la nature de la créance objet de la saisie. La réponse à cette interrogation permettra de savoir si la saisie porte sur les redevances actuelles ou si elle s'étend sur celles à venir jusqu'au paiement total du créancier saisissant. La question est particulièrement intéressante pour les organismes de gestion collective en ce sens qu'elle permettra de savoir si la créance de l'auteur est

---

931 Henri DESBOIS, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, n°391.
932 *Ibid.*
933 Versailles, 24 févr. 1994, n° RG 10316/92, « Sté Caravelle Music c./ SACEM et Trésorier Principal de Paris 8e » ; *RIDA*, juill. 1994, p.1994.
934 Fréderic POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, n°1435, *op. cit.*

d'exécution instantanée ou d'exécution successive. La réponse à cette interrogation fait débat au sein de la doctrine même si la majorité[935] se prononce en faveur d'une qualification pour une créance multiple et donc à exécution successive. C'est aussi cette option qu'a retenu la jurisprudence. En ce sens, il a par exemple été jugé que, « bien que le contrat qui lie chacun des auteurs à [un] organisme soit un contrat unique, les sommes ainsi réunies au fur et à mesure de leurs échéances ont autant d'origines que d'éditeurs et leur indépendance entre elles n'autorise pas à les réunir en une créance unique à exécution successive. La saisie-attribution pratiquée par un créancier de l'auteur ne vaudra donc que pour les redevances déjà dues à sa date et une autre saisie devra être diligentée pour celles qui naîtront éventuellement plus tard[936] ».

651. La saisie-vente et le consentement de l'auteur. Par ailleurs, la saisie-vente n'est pas applicable sur les droits de la propriété littéraire et artistique, car, ce mécanisme ne concerne, en principe, que les biens de nature corporelle[937]. Or, selon l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle, le droit de propriété dont dispose l'auteur sur sa création est de nature incorporelle. Néanmoins, le mécanisme de la saisie vente n'est pas tout à fait à exclure dans le domaine car, comme le prévoit l'article L. 111-3 du Code de la propriété intellectuelle, « *la propriété incorporelle définie par l'article L. 111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel* ». Il serait alors tout à fait possible de procéder à la saisie du support matériel de l'œuvre. Cependant, pour que celle-ci soit efficace, encore faut-il que l'œuvre soit divulguée. Sans quoi, le créancier ne pourra pas « en tirer profit, puisqu'il ne pourra pas la divulguer lui-même et encore moins la vendre, ni la reproduire[938] ».

---

[935] Nicolas CAYROL, « SAISIE-ATTRIBUTION. – Objet de la saisie » ; *JCl. Procédure civile, fasc.* 1600-15 ; Frédéric POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*

[936] TGI Paris, JEX, 24 déc. 1996 ; *JCP G* 1997, II, 22855, note Putman; V. Civ. 2e, 24 juin 1987, n° 86-11.770, *op. cit.*

[937] Article L. 221-1 du Code des procédures civile d'exécution : « *Tout créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut, après signification d'un commandement, faire procéder à la saisie et à la vente des biens meubles corporels appartenant à son débiteur, qu'ils soient ou non détenus par ce dernier.*
Tout créancier remplissant les mêmes conditions peut se joindre aux opérations de saisie par voie d'opposition.
Lorsque la saisie porte sur des biens qui sont détenus par un tiers et dans les locaux d'habitation de ce dernier, elle est autorisée par le juge de l'exécution ».

[938] Frédéric Pollaud-Dulian, *op.cit.* n°1433.

Conclusion du Chapitre 1 :

652. Somme toute, le principe de la gestion collective exerce une influence sur le consentement de l'auteur par la forme juridique des organismes opérant dans le domaine et le pouvoir dont ils disposent, sans oublier le rôle que jouent les mécanismes de garanties. La diversité des pistes de qualification ne permet pas d'apprécier avec suffisamment de précision l'étendue des atteintes au consentement de l'auteur. Même si, à la fin, subsiste toujours le principe du consentement de l'auteur, étant donné qu'au fond, l'organisme de gestion agit pour le compte de l'auteur. En ce sens par exemple, « lorsque l'apport n'est qu'en gérance, la société devient une sorte de mandataire institutionnel, puisant ses pouvoirs à la fois dans l'acte d'adhésion, les statuts et le règlement intérieur, mais ne reçoit point la propriété des œuvres[939] ». Par ailleurs, si l'interaction de tous ces éléments est fondée sur une liberté laissée en termes de choix à l'auteur, il existe néanmoins des situations où l'auteur n'a d'autre choix que de confier la gestion de ses droits à un organisme de gestion collective.

[939] Pierre-Yves Gautier, Nathalie Blanc, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, p. 769, n° 718.

Chapitre 2 : Les atteintes au consentement de l'auteur du fait du statut juridique de certaines œuvres

653. Il existe des catégories d'œuvres de l'esprit qui, bien que bénéficiant toujours de la protection juridique, ne sont plus ou peu exploitées commercialement[940]. L'étude de leur statut juridique offre un bel exemple de la place du consentement de l'auteur en termes de gestion. En effet, il pèse sur cette catégorie de créations artistiques l'idée qu'elles ont été abandonnées par leurs auteurs ou leurs ayant droits. Ainsi, s'appuyant sur l'intérêt culturel qu'elles représentent, il a été mis en place un mécanisme permettant de lever l'obstacle que représente le consentement de l'auteur en vue de leur exploitation. En plus de la particularité propre aux œuvres de l'esprit, cette nouvelle catégorie se caractérise par la difficulté de l'identification ou de localisation de leurs auteurs et titulaires. La législation sur la question permet de distinguer deux types d'œuvres : les œuvres qualifiées d'indisponibles (**section 1**) et celles qualifiées d'orphelines (**section 2)**, qui ne doivent pas être confondues avec l'œuvre anonyme qui doit son existence au droit de paternité qui permet à l'auteur de rester dans l'anonymat[941].

Section 1 : Le statut juridique des œuvres indisponibles et le consentement de l'auteur

654. La catégorie des œuvres indisponibles est difficile à cerner. La meilleure façon d'analyser ces créations est de se tourner vers leur statut juridique qui offre une singularité qui se manifeste aussi bien dans la façon dont elles sont catégorisées ou

---

[940] Par exemple, pour les livres indisponibles, l'article L. 134-1 du Code de la propriété intellectuelle, « *on entend par livre indisponible au sens du présent chapitre un livre publié en France avant le 1er 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* ».

[941] Canine Bernault, Jean-Pierre Clavier, *Dictionnaire du droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. Ellipses, 2015, p.344. Selon l'article L. 113-6 du Code de la propriété intellectuelle, « *les auteurs des œuvres pseudonymes et anonymes jouissent sur celles-ci des droits reconnus par l'article L. 111-1.*
Ils sont représentés dans l'exercice de ces droits par l'éditeur ou le publicateur originaire, tant qu'ils n'ont pas fait connaître leur identité civile et justifié de leur qualité.
La déclaration prévue à l'alinéa précédent peut être faite par testament ; toutefois, sont maintenus les droits qui auraient pu être acquis par des tiers antérieurement.
Les dispositions des deuxièmes et troisièmes alinéas ne sont pas applicables lorsque le pseudonyme adopté par l'auteur ne laisse aucun doute sur son identité civile ».

identifiées **(§1)** que par le mécanisme par lequel le consentement de l'auteur est recueilli **(§2)**.

§1 : La catégorisation des œuvres indisponibles

655. Il n'y a pas de définition spécifique de la notion d'œuvre indisponible. La loi se contente de proposer deux catégories : celle des livres indisponibles à partir de laquelle la notion a été introduite en droit français (A) et celle des œuvres indisponibles au sens strict (B).

A : LE STATUT JURIDIQUE DES LIVRES INDISPONIBLES

656. Eléments de définition. Au sens littéral du terme, le vocable *indisponible* est le contraire du mot *disponible* qui est un dérivé du latin médiéval *disponibilis*. Il s'agit d'un adjectif qui décrit quelque chose « dont on peut disposer[942] ». Naturellement, les antonymes indisponible et indisponibilité qualifient les choses qu'on ne peut utiliser librement sans autorisation.

657. La définition juridique du terme recoupe cette acception et renvoie à l'impossibilité pour quelqu'un d'aliéner, de céder ou de transmettre un bien[943]. Il est dès lors surprenant de constater que la définition de la notion de livre indisponible n'épouse pas cette définition. En effet, selon l'article L. 134-1 du Code de la propriété intellectuelle, il faut entendre par livre indisponible, « *un livre publié en France avant le 1er 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* ». Cet article est issu de la loi du 1er mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XXe siècle[944]. L'idée de cette loi était de faire face à l'intérêt que suscite l'utilisation des œuvres sur internet et surtout de répondre « aux étranges pratiques de numérisation opérées « à marche forcée » par la société Google sans égards pour les titulaires de droits, auxquels n'était laissée qu'une possibilité très complexe de demande de retrait *a posteriori* dite *« opt out* » »[945].

---

942 Alain REY (Dir.), *Dictionnaire historique de la langue Française*, Le Robert, 2000, p. 1100.
943 Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 13e éd. 2020, p. 536.
944 Loi n° 2012-287 du 1er mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XXe siècle.
945 Frédéric Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica, 2e éd., 2014, n°930.

658. Autrement dit, la définition choisie met l'accent, non pas sur l'impossibilité d'aliéner les œuvres concernées, mais sur l'impossibilité de les acquérir. De ce point de vue, les auteurs et titulaires ne sont pas considérés comme ayant renoncé à leurs droits d'auteur en ce sens qu'ils jouissent toujours, pour le temps de la durée de la protection, de l'ensemble des droits attachés à leurs créations artistiques, notamment celui de donner leur consentement avant toute exploitation. L'exploitation commerciale effective n'étant pas une condition de titularité des droits. En résumé, la définition proposée relève de la constatation d'un état de fait et ne repose pas sur des éléments substantiels et intrinsèquement liés aux œuvres concernées. En d'autres termes, le livre indisponible n'est pas un livre introuvable dans l'absolu. Ce n'est pas non plus un livre sans auteur. Encore moins un livre qui serait tombé dans le domaine public au sens des articles L. 123-1 à L. 123-12 du Code de la propriété intellectuelle[946].

659. Le domaine public volontaire. Le livre indisponible ne fait pas partie également du domaine public volontaire. C'est-à-dire qu'il ne s'agit pas d'un ouvrage pour lequel l'auteur a volontairement renoncé à ses droits, notamment à celui d'autoriser ou d'interdire toute exploitation. En effet, le domaine public volontaire ou consenti est une revendication de certains auteurs qui estiment avoir le droit de « faire entrer par anticipation leurs œuvres dans le domaine public[947] ». Si en pratique cela peut se manifester par la gratuité de la cession de droits d'auteur, il est aujourd'hui juridiquement impossible qu'un auteur puisse verser de son plein gré ses créations intellectuelles dans le domaine public. D'une part, aucune disposition légale ne le lui autorise, même s'il lui est possible de placer ses œuvres sous licence *creative commons*[948] ou en *open* source si l'on pense aux logiciels. Cela ne veut pas dire qu'il

---

946 Selon l'article L. 123-1 « *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.*
Au décès de l'auteur, ce droit persiste au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années qui suivent ». Autrement dit, soixante-dix ans après le décès de l'auteur, l'œuvre tombe dans le domaine public. Cela signifie que pour exploiter l'œuvre, il ne sera plus nécessaire de recueillir le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit sous réserve du respect du droit moral.

947 Agnès LUCAS-SCHLOETTER, « Le domaine commun informationnel *», Dalloz IP/IT*, 2018, p.90.

948 Créées aux Etats-Uniens, « les licences *Creative commons* sont des contrats par lesquels les auteurs autorisent gratuitement certaines utilisations de certains de leurs œuvres. Différentes licences sont proposées et l'auteur fera son choix en fonction du contrôle qu'il souhaite garder sur son œuvre. Ainsi, il peut par exemple autoriser toute exploitation de sa création sous la seule réserve que son nom soit toujours associé à son œuvre, ce qui revient à exiger le respect du droit à la paternité, auquel l'auteur ne peut de toute façon renoncer (licence By). Il peut au contraire n'autoriser que les exploitations « non commerciales (licence NC pour non commercial) ou encore consentir à la réalisation d'œuvres

renonce à tous ses droits, mais qu'il se place dans une volonté de partage. D'autre part, les droits dont il dispose sur son œuvre sont inhérents à sa personne et sont de ce fait indisponibles pour tous. Autrement dit, il ne peut en faire usage que dans les limitations imposées par le législateur.

660. Une telle possibilité a failli faire son entrée dans le Code de la propriété intellectuelle à travers une proposition de loi de 2013[949]. Il avait été envisagé l'ajout d'un nouvel alinéa à l'article L. 122-7-1 du Code de la propriété intellectuelle qui aurait été rédigé de la manière suivante : « l'auteur peut également déclarer, par le biais d'une manifestation expresse de volonté à portée générale, que son œuvre appartient au domaine public, selon les modalités prévues à l'article L. 121-1. Cette faculté s'exerce sous réserve des droits des éventuels coauteurs et de ceux des tiers ainsi que dans le respect des conventions qu'il a conclues ». On peut souligner que si cette proposition avait abouti, cela aurait certes conféré à l'auteur un pouvoir supplémentaire, mais l'exercice aurait pu « sûrement être encouragé par son cocontractant[950] » qui ne peut pas forcément être considéré comme le protecteur le plus légitime et fiable de ses intérêts.

661. Outre cette précision, le livre indisponible est un livre qui ne fait plus l'objet d'une exploitation commerciale à la fois sous format papier ou numérique. Tous les livres de cette catégorie ne sont évidemment pas concernés. Ne sont concernés que les livres publiés en France avant le 1er janvier 2001. Sont donc exclus les ouvrages publiés à l'étranger et ceux publiés au XXIe siècle[951] car on suppose que « la question est réglée par les clauses des contrats d'édition[952] ».

---

dérivées (…) ». V. Carine BERNAULT, Jean-Pierre CLAVIER, *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd., Ellipses, 2015, p. 124.

949 Prop. de loi AN, n° 1573, visant à consacrer le domaine public, à élargir son périmètre et à garantir son intégrité, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale, 21 nov. 2013.Voir l'article 4. www.assemblee-nationale.fr ; http://isabelleattard.eelv.fr/proposition-de-loi-visant-a-consacrer-elargir-et-garantir-le-domaine-public/

950 Florence MEURIS, « Est-il nécessaire de protéger le domaine public ? », *Comm. com. éltr*. 2013. Alerte 77.

951 Sur la plateforme numérique RELIRE où sont inscrits les livres jugés indisponibles, il est précisé que ne peuvent être ajoutés au registre « les livres dans le domaine public, les livres publiés pour la première fois après 2000, ceux publiés à l'étranger ou actuellement disponibles dans le commerce sous forme imprimée ou numérique, et les traductions de livres initialement publiés à l'étranger ». https://relire.bnf.fr/vos-droits-demander-ajout-livre

952 Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur, op.cit*., n°930.

662. Les livres indisponibles peuvent donc être définis comme des œuvres qui présentent peu d'intérêt sur le plan économique, mais qui sont d'un intérêt primordial pour la culture et la science. L'objectif consiste à rendre accessible des livres qui sont difficiles d'accès en utilisant la facilité que propose le numérique. En effet, la rareté provoquée par l'inexploitation de certains ouvrages peut entrainer une explosion des prix sur le marché de l'occasion. C'est par exemple le cas de certaines plateformes numériques comme *eBay* qui permettent à des librairies ou des particuliers de proposer des livres à des prix très élevés sans que cela ne profite à l'auteur ou à ses ayant droits. Evidemment, une telle situation contrevient au principe du prix unique du livre institué par la loi *Lang*[953] dont le principal but est de maintenir un tarif constant à la fois dans l'intérêt de l'auteur, des clients et de l'éditeur.

663. L'obligation de l'éditeur. Par ailleurs, se pose la question de savoir si l'éditeur n'a pas failli à son obligation légale d'exploitation, condition indispensable lors de la conclusion du contrat de cession conformément à l'article L. 132-12 du Code de la propriété intellectuelle qui précise que « *l'éditeur est tenu d'assurer à l'œuvre une exploitation permanente et suivie et une diffusion commerciale, conformément aux usages de la profession* ». La question mérite d'être posée en ce sens que, factuellement, si l'œuvre n'est plus exploitée c'est parce que l'éditeur a failli à son obligation. L'interrogation sous-jacente est de savoir si l'éditeur ne va finalement pas utiliser cette procédure pour assurer indirectement son obligation d'exploitation. Le texte ne fait pas de distinction entre l'exploitation sous format papier et l'exploitation sous format numérique. Mais l'idée ici est de dire que, pour remplir son obligation, l'éditeur qui ne bénéficie que de l'exploitation sous format papier, demande à l'auteur l'autorisation d'une exploitation sous format numérique. Cette analyse est logique étant donné qu'il a par exemple été jugé qu'une « société cessionnaire a pour obligation d'effectuer les diligences requises pour faire vivre l'œuvre tant que celle-ci peut être exploitée[954] ».

---

953 Loi n° 81-766 du 10 août 1981 relative au prix du livre. Selon son article 1er alinéa 1er « *toute personne physique ou morale qui édite ou importe des livres est tenue de fixer, pour les livres qu'elle édite ou importe, un prix de vente au public* ».

954 Paris, 13 mars 2002 ; *D.* 2002, p. 2054.

664. De ce point de vue, selon l'article L. 134-2 du Code de la propriété intellectuelle[955], le mécanisme de gestion des œuvres indisponibles, en l'occurrence les livres, ne doit pas conduire l'éditeur à se soustraire à ses obligations. Cela dit, la défaillance de l'éditeur de l'œuvre « sous forme imprimée » est tout de même masquée par ce mécanisme. Mieux, alors qu'il ne détient pas les droits d'exploitation numérique, sauf clause spécialement prévue à cet effet, « il obtient subrepticement ces droits[956] » grâce au mécanisme de gestion prévu à cet effet sans que l'auteur n'ait eu l'opportunité de donner son consentement.

B : LE STATUT JURIDIQUE DES AUTRES ŒUVRES INDISPONIBLES

665. A côté des « livres indisponibles du XXe siècle », il y a les œuvres indisponibles qui peuvent englober toutes les catégories de création. Selon l'article L. 138-1, I du Code de la propriété intellectuelle, l'œuvre indisponible « *est une œuvre protégée dont on peut présumer de bonne foi, au terme d'efforts raisonnables d'investigation, qu'elle n'est pas disponible pour le public par le biais des circuits de distribution commerciaux habituels et dont la première publication ou communication au public remonte à trente ans ou plus* ».

666. Cette définition a été introduite par l'ordonnance[957] complétant la transposition de la directive 2019/790/CE[958] sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique. En la comparant à celle du législateur européen, on constate un point commun : dans les deux définitions, l'œuvre indisponible n'est plus exploitée et il n'existe aucune volonté manifeste d'exploitation dans un futur proche. Cette idée apparaissait déjà dans la proposition de directive du parlement européen et du Conseil de 2016 où il était précisé que l'œuvre est indisponible lorsque « l'ensemble

---

955 Article L. 134-2 al.3 du Code de la propriété intellectuelle, « *l'inscription d'un livre dans la base de données ne préjuge pas de l'application des articles L. 132-12 et L. 132-17* ».

956 Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2e éd., 2014, n°930.

957 Ordonnance n° 2021-1518 du 24 novembre 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 et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE.

958 Directive (UE) 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 et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE. La définition du législateur français est une transposition fidèle de celle adoptée par le législateur européen. Selon l'article 8.5 de la directive « une œuvre ou autre objet protégé est réputé(e) indisponible dans le commerce lorsque l'on peut présumer de bonne foi que l'œuvre ou autre objet protégé dans son ensemble n'est pas disponible pour le public par le biais des circuits commerciaux habituels, après que des efforts raisonnables ont été entrepris pour déterminer si cette œuvre ou autre objet protégé est disponible pour le public ».

de l'œuvre protégée, dans toutes ses traductions, versions et manifestations, n'est pas accessible au public par le biais des circuits commerciaux habituels et qu'on ne peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elle le devienne[959] ».

667. L'analyse de la définition légale permet de mieux cerner la notion d'œuvre indisponible. D'abord, il s'agit d'une œuvre protégée qui bénéficie toujours des règles protectrices du code de la propriété intellectuelle. Ensuite, il s'agit d'une œuvre non exploitée de manière continue, ce qui la rend indisponible en raison de son manque d'accessibilité[960]. Enfin, elle doit avoir été publiée depuis au moins trente ans. Il n'y a donc pas de date de limitation de publication comme c'est le cas pour les livres indisponibles ; enfin, le défaut d'exploitation s'entend du défaut d'exploitation physique et numérique.

668. Les œuvres concernées. Se pose la question de la nature des œuvres concernées. Concrètement, les textes sur la question montrent que, peuvent être visés « des objets protégés indisponibles qui n'ont jamais été destinés à une utilisation commerciale, voire même exploités, comme des photographies, dépliants, affiches, logiciels, journaux de guerre, œuvres non publiées[961] ». Sur cette base, il peut s'agir de la littérature grise c'est-à-dire « des documents diffusés en dehors des circuits commerciaux de l'édition et de la diffusion, ce qui comprend notamment les thèses non publiées et mémoires[962]». Le dispositif s'applique également aux œuvres « *cinématographique, audiovisuel ou sonore* » conformément l'alinéa 2 de l'article L. 138-1 du Code de la propriété intellectuelle, même s'il faut préciser que « ces œuvres, dont la traçabilité est parfois incertaine, peuvent, à la suite de recherches d'ayants droit

---

959 Article 7.2 de la proposition de directive du parlement européen et du conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique du 14 septembre 2016 : COM (2016) 593 final 2016/0280 (COD).

960 Sur cette question, il faut noter qu'une ouvre commercialisée dans le marché de l'occasion ne la rend pas forcément disponible. Telle est l'esprit de la Directive 2019 qui prévoit dans son considérant n° 38 que « *la disponibilité limitée d'une œuvre ou autre objet protégé, par exemple sa disponibilité dans des magasins de seconde main, ou la possibilité théorique d'obtenir une licence sur une œuvre ou autre objet protégé ne devrait pas être considérée comme une disponibilité pour le public de l'œuvre ou autre objet protégé dans les circuits commerciaux habituels* ».

961 Florence-Marie PIRIOU, « Nouvelle règlementation européenne sur les œuvres indisponibles et la gestion collective étendue (Commentaire des articles 8 à 11 de la directive) », *Comm. com. électr.*, n° 10, octobre 2019, dossier 4. Dans le même sens, le considérant 22 de la proposition de directive précitée précisait que « cela peut parfois tenir, par exemple, à l'ancienneté des œuvres ou autres objets protégés, à leur valeur commerciale limitée ou au fait qu'ils n'ont jamais été destinés à une utilisation commerciale ».

962 Michèle BATTISTI, « Focus sur les œuvres indisponibles », *I2D - Information, données & documents*, vol. 54, n°3, 2017, p. 26.

ou d'anciens propriétaires spoliés en période de guerre ou de colonisation, faire l'objet de restitution[963] ».

669. L'autre particularité de cette catégorie d'œuvres réside dans le fait que la loi impose que l'on effectue des « efforts raisonnables d'investigation » dans le but de prouver que l'œuvre n'a jamais été commercialisée ou ne l'est plus à travers les circuits commerciaux classiques que sont par exemple la vente physique en libraire pour les livres, chez le disquaire pour les œuvres sonores *etc*. *A priori*, la possibilité de mener de telles investigations n'est pas ouverte à tout le monde. Le considérant 38 de la Directive 2019 laissent aux Etats membres la « *la liberté de déterminer à qui incombe la responsabilité d'entreprendre ces efforts raisonnables* ». En France, selon l'article L. 138-1 du Code de la propriété intellectuelle, cette possibilité est réservée uniquement à certains organismes comme « *les bibliothèques accessibles au public, les musées, les services d'archives ou les institutions dépositaires du patrimoine cinématographique, audiovisuel ou sonore, pour les œuvres figurant dans leur collection à titre permanent* ».

670. On observe que les textes insistent beaucoup sur la recherche qui vise à confirmer l'indisponibilité de l'œuvre. S'agissant de la recherche de l'auteur, aucun texte n'impose des recherches pour s'avoir s'il est vivant ou identifiable. Pourtant, c'est le moyen le plus rapide pour solliciter le consentement de l'auteur. Au lieu de cela, le législateur a mis en place un système où c'est à l'auteur de trouver l'information selon laquelle son œuvre a été répertoriée comme étant une œuvre indisponible et de s'opposer ainsi à son exploitation. C'est ce qui ressort, de l'article L. 138-3 du Code de la propriété intellectuelle qui indique simplement que « *l'organisme de gestion collective agréé transmet sans délai, et au moins six mois avant que l'œuvre soit mise à la disposition du public, à l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle les informations aux fins d'identification de l'œuvre concernée (…)* ». L'article suivant, en l'occurrence l'article L. 138-4 énonce qu'un « *auteur ou ses ayants droit peuvent s'opposer à ce qu'un organisme de gestion collective agréé délivre, pour leur compte, les autorisations d'exploitation. Cette opposition peut porter sur une œuvre ou un ensemble d'œuvres. L'opposition peut être notifiée à tout moment à l'organisme de gestion collective agréé. Si l'utilisation de l'œuvre a déjà été autorisée,*

[963] Florence-Marie PIRIOU, « Nouvelle règlementation européenne sur les œuvres indisponibles et la gestion collective étendue (Commentaire des articles 8 à 11 de la directive) », *op. cit*.

l'organisme y met fin dans les meilleurs délais et au plus tard dans les trois mois qui suivent cette notification ». Le mécanisme est une licence légale en ce sens qu'il est retiré à l'auteur son droit d'autoriser et d'interdire. Lorsque l'œuvre est répertorié comme indisponible, l'organisme de gestion devient le seul interlocuteur avec les tiers contractants. La situation ressemble au mécanisme de la représentation inscrit désormais dans le Codec civil depuis l'ordonnance de 2016. En l'occurrence, il s'agit d'une représention, non pas judiciaire ou conventionnelle, mais légale. En conséquence, le premier alinéa de l'article 1159 du Code civil trouve application en ce sens qu'il énonce que « *l'établissement d'une représentation légale ou judiciaire dessaisit pendant sa durée le représenté des pouvoirs transférés au représentant* ». Le mécanise est donc radical dans son application du point de vue du consentement de l'auteur. De ce point de vue, obliger les organismes de gestion à recourir à l'action interrogatoire pourrait être plus respectueux du consentement de l'auteur, l'action interrogatoire étant une action « ayant pour objet de mettre une personne en demeure soit de déclarer si elle entend ou non user d'un droit ou exercer une action en justice, soit d'opter entre plusieurs partis qui s'offrent à elles[964] ».

671. Par ailleurs, s'il n'y a pas de risque d'action en contrefaçon vis-à-vis du tiers qui contracte avec l'organisme de gestion, toutefois, le risque d'un contentieux n'est pas totalement nul pour lui, notamment lorsque la procédure prévue à cet effet n'est pas respectée. Afin de s'en prémunir, il est, par exemple, plus judicieux pour lui de s'inspirer du mécanisme de l'action interrogatoire prévue par l'article 1158 du Code civil qui prévoit que « *le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le représentant est réputé habilité à conclure cet acte* ». Même si cette action risque d'être vue comme une « sorte de prescription privée imposée unilatéralement par le tiers contractant, le représenté se voit imposer un engagement du fait de sa seule inertie[965] », elle a tout de même le mérite d'être respectueuse de l'article L. 122-4 du Code de la propriété intellectuelle qui énonce que « *toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le*

[964] Gerard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 13e éd. 2020, p. 26.
[965] Olivier DESHAYES, Thomas GENICON, Yves-Marie LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2e éd., LexisNexis, 2018, p. 291.

consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite. Il en est de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque ». En tout état de cause, le mécanisme de gestion collective des œuvres indisponibles ressemble davantage à « une nouvelle espèce d'obligation légale de même nature que celle qui résulte de l'application de la théorie de l'apparence [966]».

§2 : Le consentement de l'auteur et l'exploitation des œuvres indisponibles

672. La question du régime juridique des œuvres indisponibles dans leur globalité repose sur le consentement de l'auteur à la fois pendant la phase de catégorisation (A) et pendant la phase d'exploitation (B).

A : LE CONSENTEMENT DE L'AUTEUR *A PRIORI*

673. La réunion des critères « d'indisponibilité » permet l'inscription de l'œuvre dans une base de données pendant une certaine durée. Pour les livres indisponibles, il ressort de l'article L. 134-4-I du Code de la propriété intellectuelle que si l'auteur ou ses ayants droit n'ont manifesté aucune opposition, les droits d'exploitation seront confiés à un organisme de gestion collective. Pour les autres œuvres indisponibles, il n'y a pas de condition de délai. La question relative à l'absence de délai semble être réglée par le fait qu'il est fait obligation aux organismes concernés de démontrer la preuve « *d'efforts raisonnables d'investigation* » comme le précise l'article L.138-1 alinéa 1er. Il faut ajouter à cela, un second contrôle effectué au niveau de l'instance européenne. A cet effet, l'article L. 138-3 du Code de la propriété intellectuelle impose à l'organisme de gestion la transmission « *sans délai, et au moins six mois avant que l'œuvre soit mise à la disposition du public, à l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle les informations aux fins d'identification de l'œuvre concernée, les informations concernant les modalités d'opposition ainsi que celles concernant les parties aux contrats de licence, les territoires couverts et les utilisations envisagées* ». Autrement dit, une fois l'œuvre identifiée et répertoriée comme indisponible, l'organisme de gestion doit transmettre immédiatement les infirmations à l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO).

[966] *Ibid.*

A défaut d'une transmission immédiate, les informations doivent parvenir à l'organisme européen au moins six mois avant les premières autorisations d'exploitation.

674. Au regard de cette règle, on observe que l'objectif principal ne réside pas dans la recherche du consentement de l'auteur afin de s'enquérir de sa volonté de voir son œuvre exploitée ou non. Au contraire, il s'agit de vérifier, et dans une certaine mesure, de souhaiter l'impossibilité d'obtenir ce consentement. En effet, si l'auteur se manifeste dans le délai avant toute autorisation d'exploitation par l'organisme de gestion désigné, il peut facilement s'opposer à la démarche et empêcher le mécanisme d'aller jusqu'au bout. Autrement dit, il peut freiner le processus de mise en place de l'exploitation numérique de sa création artistique sans son consentement ou celui de ses ayants droit.

675. En réalité, le résultat de ce mécanisme est celui d'une exploitation imposée à la volonté de l'auteur. Si l'objectif premier reste la publication dans l'intérêt du public, et non de contourner la volonté de l'auteur non, il s'agit tout de même d'une atteinte à son consentement. En effet, s'il est admis que le droit d'exploitation d'une œuvre puisse être obtenu par un consentement implicite de l'auteur, il serait dangereux d'étendre cette règle aux œuvres indisponibles sans un minimum de précaution. Ceci pour deux raisons principales. Tout d'abord, rien n'indique que les auteurs ont envie que l'exploitation des œuvres concernées se poursuive dans la mesure où, l'inexploitation peut être la conséquence de l'exercice indirect de son droit de retrait et de repentir par l'auteur[967]. Cette analyse apparaît subtilement dans l'arrêt de la CJUE de 2016 où les juges européens ont estimé que l'on ne peut « raisonnablement présumer que, à défaut d'opposition de leur part, tous les auteurs de ces livres « oubliés » sont pour autant favorables à la « résurrection » de leurs œuvres, en vue de l'utilisation commerciale de celles-ci sous une forme numérique[968]». Ensuite, le droit européen reconnait qu'en principe, si le consentement de l'auteur doit être obtenu de manière explicite, il n'est

[967] Article L121-4 du Code de la propriété intellectuelle : « *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 originairement choisi et aux conditions originairement déterminées* ».

[968] CJUE, 16 novembre 2016 aff. C-301/15 (V. le point 44) ; *Prop. intell.* 2017, n°62, p. 30, note M. BRUGUIERE.

cependant pas exclu qu'il soit exprimé « de manière implicite[969] ». Sur ce point, il aurait fallu alors mettre en place une base de données permettant de tirer des conséquences de l'absence d'utilisation du droit d'opposition : dans ce cas, c'est bien un consentement implicite, comme pour le mécanisme de la tacite reconduction. Mais encore faudrait-il que l'auteur sache que cette base de données existe et que son œuvre y figure. Pour ce faire, il est possible par exemple, pour les livres, de mettre cette obligation à la charge de l'éditeur.

676. Par ailleurs, partant de cette observation, le mécanisme d'obtention du consentement de l'auteur d'une œuvre présumée indisponible ressemble fortement à la notion de silence en doit des contrats. Cette notion, encadrée pour l'essentiel par la jurisprudence, est codifiée à l'article 1120 du Code civil qui dispose que « *le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières* ». Très tôt, dans un arrêt de 1870, la Cour de cassation a estimé qu'en « droit, le silence de celui qu'on prétend obligé ne peut suffire, en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée[970] ». Comme on peut le voir, le consentement tiré du silence, bien qu'autorisé par la loi, s'appuie sur des critères dont fait fi la législation sur les œuvres indisponibles en ce sens qu'il n'existe aucune circonstance particulière, autre que celle relative au constat de l'inexploitation commerciale de l'œuvre, pour justifier la déduction d'une acceptation implicite par l'auteur ou de ses ayants droit. On en déduit qu'il y a la construction d'une présomption de renonciation à l'exploitation que l'on attribue à l'auteur et de ses ayants droit du fait de leur inertie.

677. Par ailleurs, le mécanisme va à l'encontre d'un autre principe fondamental en droit d'auteur : le droit dont dispose l'auteur de décider seul d'exploiter ou pas son œuvre. L'article L. 122-1 du Code de la propriété intellectuelle prévoit de manière claire et précise que « *le droit d'exploitation appartenant à l'auteur comprend le droit de représentation et le droit de reproduction* ». Cela implique son droit de ne pas l'exploiter ou encore celui de ne pas continuer son exploitation. Autrement dit, « aucune règle, même tacite, ne lui impose d'exploiter son œuvre (…) la recherche d'un

[969] *Ibid*, point 35.
[970] Civ. 25 mai 1870 : *GAJC*, 11e éd., n° 147 ; *DP* 1870. 1. 257 ; Cass. 1re civ., 7 mars 2000, n°97-20.858 ; *RTD Civ*. 2001 p.132, note Jacques MESTRE et Bertrand FAGES.

profit ne s'impose pas non plus[971] » en ce sens qu'il est tout à fait loisible à l'auteur de consentir une exploitation gratuite de son travail artistique[972].

678. On est donc en présence d'un véritable contournement[973] au droit d'auteur qui peut être analysé comme une présomption de consentement déduite d'une sorte de « non-usage[974] » par l'auteur de ses droits pour défaut d'exploitation continue de son œuvre.

679. A ces précisions, il faut ajouter le fait que pour les œuvres indisponibles (c'est aussi valable pour les livres indisponibles du XXIe siècle), il n'est pas obligatoire d'effectuer de manière individuelle une recherche des auteurs pour s'assurer de leur consentement. Le point 38 de la directive 2019 le précise clairement : « une évaluation œuvre par œuvre ne devrait être requise que lorsque cela est jugé raisonnable au vu de la disponibilité des informations pertinentes, de la probabilité d'une disponibilité commerciale et du coût prévu de la transaction ». Alors que la finalité attendue est l'exploitation commerciale (pour les livres indisponibles du XXIe siècle[975]) ou non de l'œuvre. Cette posture est par exemple pour les contrats d'édition totalement contraire au principe exprimé au sein de l'article L. 132-7 alinéa 1er du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que « *le consentement personnel et donné par écrit de l'auteur est obligatoire* ». Le critère du consentement personnel de l'auteur est le socle du caractère préventif des droits dont dispose tout auteur sur son œuvre. A ce propos,

---

971 Frédéric POLLAUD-DULLIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2e éd., 2014, n°913.

972 Article L. 122-7 alinéa 1er du Code de la propriété intellectuelle, « *le droit de représentation et le droit de reproduction sont cessibles à titre gratuit ou à titre onéreux* ».

973 En principe, les exceptions aux droits de l'auteur sont limitativement énumérées au sein de l'article L. L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle. Elles feront l'objet du chapitre suivant.

974 Pour rappel, la sanction du non-usage des droits n'intervient qu'en cas d'abus. Elle ne concerne que les ayants droit de l'auteur. En ce sens, l'article L. 122-9 du Code de la propriété intellectuelle dispose qu'en « *cas d'abus notoire dans l'usage ou le non-usage des droits d'exploitation de la part des représentants de l'auteur décédé visés à l'article L. 121-2, le tribunal judiciaire peut ordonner toute mesure appropriée. Il en est de même s'il y a conflit entre lesdits représentants, s'il n'y a pas d'ayant droit connu ou en cas de vacance ou de déshérence. Le tribunal peut être saisi notamment par le ministre chargé de la culture* ».

975 L'article L. 134-3 alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle précise à ce propos que « (…) *la reproduction et la représentation du livre sous une forme numérique, sur le territoire national, sont autorisées, moyennant une rémunération, à titre non exclusif et pour une durée limitée à cinq ans, renouvelable* ». La même disposition met en place une règle de répartition équitable des redevances perçues par l'organismes de gestion au titre de l'exploitation de l'œuvre. Pour certains auteurs, il s'agit de la nouvelle formule « magique désormais omniprésent pour couvrir les licences forcées d'un droit de propriété intellectuelle ». V. Pierre-Yves GAUTIER, Nathalie BLANC, *Droit de la propriété littéraire et artistique*, 2e éd., LGDJ, 2023, n°666.

la CJUE n'a pas manqué de souligner dans sa décision *Soulié* de 2016 le fait que ces droits « sont de nature préventive, en ce sens que tout acte de reproduction ou de communication au public d'une œuvre par un tiers requiert le consentement préalable de son auteur[976]». Au sens du droit européen, on observe une distinction nette entre la jouissance du droit de communication et de reproduction et son exercice par l'auteur. Autrement dit, l'absence du premier n'exclut pas l'exercice du second. Ce n'est pas parce que l'auteur a cessé d'exploiter son œuvre pendant une période donnée qu'il ne lui est plus possible d'exercer les droits d'exploitation qui y sont attachés. C'est le sens de la décision *Soulier* de 2016 qui a fortement contraint le législateur français à garantir un véritable droit à l'auteur pour lui permettre de faire cesser facilement l'exploitation de son œuvre qualifiée d'indisponible. La Cour soulignait notamment le fait que le contexte de la loi sur les livres indisponible « s'opposait à ce qu'il puisse être raisonnablement présumé que, à défaut d'opposition de leur part, tous les auteurs de ces livres « oubliés » sont pour autant favorables à la « résurrection » de leurs œuvres, en vue de l'utilisation commerciale de celles-ci sous une forme numérique[977] ».

B : LE CONSENTEMENT DE L'AUTEUR *A POSTERIORI*

680. La gestion des œuvres indisponibles dans leur ensemble obéit à une logique qui repose sur l'obtention du consentement de l'auteur. Cette logique fait l'impasse sur la méthode de l'*opt in*, qui implique d'obtenir le consentement exprès et préalable de l'auteur avant toute exploitation de l'œuvre. C'est donc la méthode de l'*opt out* qui a été privilégiée étant donné qu'elle permet l'exploitation de l'œuvre sans avoir obtenu au préalable l'autorisation de l'auteur. Par ce mécanisme, il a seulement la possibilité de s'opposer à la poursuite de l'exploitation de l'œuvre. En effet, l'auteur qui ne manifeste pas son opposition dans les six mois suivant l'inscription de l'œuvre dans la base de données dédiée est considéré comme ayant consenti au transfert de ses droits d'exploitation au profit de l'organisme de gestion collective désigné[978].

---

[976] CJUE, 16 novembre 2016, aff. C-301/15, pt. 33, *Soulié*.
[977] CJUE, 16 nov. 2016, *Soulié*, *op. cit*. point 44.
[978] Article L134-4 « I. — *L'auteur d'un livre indisponible ou l'éditeur disposant du droit de reproduction sous une forme imprimée de ce livre peut s'opposer à l'exercice du droit d'autorisation mentionné au premier alinéa du I de l'article L. 134-3 par un organisme de gestion collective agréé. Cette opposition est notifiée par écrit à l'organisme mentionné au premier alinéa de l'article L. 134-2 au plus tard six mois après l'inscription du livre concerné dans la base de données mentionnée au même alinéa.*

681. L'enjeu principal est de savoir si, l'auteur qui n'a pas eu la possibilité d'exprimer son consentement au mécanisme est en droit de retirer son œuvre du dispositif. La réponse à cette interrogation est bien évidemment positive à ce jour. Cependant, la conception initiale qu'avait adoptée le législateur français sur le mécanisme de retrait a été considérée comme contraire aux règles du droit d'auteur par le juge européen.

682. En effet, avant l'ordonnance de 2021, l'auteur seul ne pouvait s'opposer à la continuation de « *l'exercice du droit de reproduction ou de représentation* » de son œuvre que « *s'il juge que la reproduction ou la représentation » du « livre est susceptible de nuire à son honneur ou à sa réputation*[979] ». Il ressortait de cette formulation une ambiguïté sur le fait de savoir si cette condition était à la discrétion de l'auteur, ce qui serait conforme au caractère exclusif et personnel de son droit, ou si au contraire, il devait justifier son choix de s'opposer au mécanisme. Autrement dit, l'auteur, pour s'apposer à la poursuite de l'exploitation de son œuvre classée comme indisponible, devait-il rapporter la preuve d'une atteinte à son honneur et à sa réputation ? La réponse à cette question se trouve dans la formulation de l'article L. 134-6 du Code de la propriété intellectuelle dans sa version initiale où il était clairement indiqué que l'auteur ne pouvait exercer son droit de retrait de l'exploitation de l'œuvre sous la forme numérique que s'il rapportait «*la preuve qu'il est le seul titulaire des droits »*. En résumé, l'auteur ne pouvait s'opposer à la poursuite de la gestion de son œuvre par l'organisme de gestion désignée qu'à une double condition : outre la preuve qu'il était l'unique titulaire des droits sur l'œuvre, il devait prouver que l'exploitation porte atteinte à son honneur ou à sa réputation. La preuve qu'il était

---

Mention de cette opposition est faite dans la base de données mentionnée au même article L. 134-2. (…) ». La base de données dont il s'agit s'appelle « *ReLIRE* ». La gestion collective est assurée par la Société française des intérêts des auteurs de l'écrit (SOFIA). Pour les œuvres indisponibles, la base de données est gérée par l'Office de l'union européenne pour la propriété intellectuelle conformément au règlement (UE) no 386/2012. On retrouve le même fonctionnement en ce sens que l'article 10.1 de la Directive 2019 précise que les informations relatives à ces œuvres doivent être « accessibles de façon permanente, aisée et effective sur un portail internet public unique au moins six mois avant que ces œuvres ou autres objets protégés soient distribués, communiqués au public ou mis à la disposition du public conformément à la licence ou dans le cadre de l'exception ou de la limitation ». Autrement dit, l'auteur peut intervenir pendant le délai de six mois pour s'opposer à l'exploitation de l'œuvre.

[979] L'alinéa 3 du I de l'article L. 134-4 du Code de la propriété intellectuelle était rédigé de la manière suivante : « *Après l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent I, l'auteur d'un livre indisponible peut s'opposer à l'exercice du droit de reproduction ou de représentation de ce livre s'il juge que la reproduction ou la représentation de ce livre est susceptible de nuire à son honneur ou à sa réputation. Ce droit est exercé sans indemnisation* ».

l'unique titulaire des droits signifie qu'il devait prouver qu'il n'avait, par ailleurs, pas cédé auparavant les droits d'exploitation. Ce qui aurait impliqué l'intervention d'un éventuel ayant droit. On observe que s'il peut être facile pour l'auteur de prouver qu'il n'avait pas transmis les droits de reproduction et d'exploitation, par exemple, à son éditeur, « la preuve qu'il n'a pas cédé ces mêmes droits à un tiers peut en revanche être plus difficile à rapporter[980] », notamment lorsque l'œuvre a rencontré un succès et que l'auteur avait opté pour une exploitation individuelle de son œuvre et qu'il avait donc conclu de nombreux contrats. En conséquence, l'auteur pouvait se retrouver facilement privé de ses droits d'exploitation qui sont pourtant attachés à sa personne. Plus spécifiquement, comme le souligne un auteur, il s'agit d'une « dépossession de l'auteur au profit de la société de gestion collective et une impossibilité pour celui-ci de prouver qu'il est titulaire de ces droits afin de se retirer de ce système de gestion collective[981] ». En résumé, le mécanisme faisait peser sur l'auteur la charge d'une preuve négative car, « quand bien même il produirait un contrat d'édition » libre de toute clause de cession des droits numériques, « cela ne prouve pas qu'il ne les a pas cédés par ailleurs : *diabolica probatio dominii*[982] » ou la preuve du diable dont on sait le caractère impossible. Aussi, de manière implicite, il était exigé de l'auteur qu'il prouve qu'il avait obtenu le consentement de ceux à qui il aurait cédé les droits d'exploitation sous forme numérique de son œuvre.

683. La charge d'une telle preuve, presqu'impossible à rapporter, a été à l'origine d'une question préjudicielle que le Conseil d'État[983] a transmis au juge européen qui s'est prononcé à travers sa décision *Soulier* de 2019 précédemment évoquée. Par cette décision, la CJUE a précisé clairement que lorsque l'auteur décide de mettre fin pour l'avenir à l'exploitation de son œuvre considérée comme indisponible sous une forme numérique, « ce droit doit pouvoir être exercé sans devoir dépendre, dans certains cas, de la volonté concordante de personnes autres que celles que cet auteur a préalablement autorisées à procéder à une telle exploitation numérique, et donc de l'accord de l'éditeur ne détenant, par ailleurs, que les droits d'exploitation de ladite

[980] Lamia El BADAWI, « La nécessaire révision du régime français d'exploitation numérique des livres indisponibles », *Rev. UE*, 2017, p. 78.
[981] *Ibid.*
[982] Franck MACREZ, « L'exploitation numérique des livres indisponibles : que reste-t-il du droit d'auteur ? », *D.* 2012, p.749.
[983] CE, 6 mai 2015, n° 368208 ; *D.* 2015, p.1427, note S. NERISSON.

œuvre sous une forme imprimée[984] ». Au regard des droits reconnus à l'auteur par la convention de Berne et la Directive 2001[985], la Cour estime qu'il « doit être possible pour l'auteur de mettre fin à l'exploitation de son œuvre sans formalité préalable et sans dépendre de la volonté de personnes telles que l'éditeur qui ne détient des droits que sur la forme imprimée de l'œuvre. Sont donc ainsi condamnées les formalités préalables et supplémentaires freinant l'exercice des droits exclusifs de l'auteur[986] ».

684. Depuis cette décision, la législation sur les livres indisponibles a changé et au passage les enseignements tirés de la décisions *Soulier* ont été retenus à propos du droit de retrait sur les œuvres indisponibles. Après l'adoption de l'ordonnance du 24 novembre 2021[987], l'article L. 134-6 du Code de la propriété intellectuelle a été modifié. Désormais, outre la possibilité pour l'auteur de s'opposer de manière conjointe avec l'éditeur à la continuation de l'exploitation numérique de son œuvre, il lui est possible de « *décider à tout moment de retirer à l'organisme de gestion collective (…) le droit d'autoriser la reproduction et la représentation du livre sous une forme numérique*[988] ». Cette nouvelle rédaction consacre ainsi un droit de retrait à la seule discrétion de l'auteur en ce sens que, comme le souligne le dernier alinéa de l'article R. 134-5 du Code de la propriété intellectuelle issue du décret d'application du 23 juin

---

[984] CJUE, 16 nov. 2016, n° C-301/15, *Soulier et DOKE*, *op. cit*. pt. 49.

[985] Selon cette convention, la jouissance et l'exercice des droits reconnus à l'auteur ne sont subordonnés à aucune formalité. V. article 5 al. 2 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 28 septembre 1979. Dans le même sens, la Directive 2001 prévoit par exemple en son article 3 al. 1er que « les États membres prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs œuvres, par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement ». V. art. 3 al. 1er de la Dir. 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information du 22 mai 2001.

[986] Lamia El BADAWI, « La nécessaire révision du régime français d'exploitation numérique des livres indisponibles », *Rev. UE*, 2017, p. 78.

[987] Ordonnance n° 2021-1518 du 24 novembre 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 et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE.

[988] Alinéa 1 et 2 de l'article L. 134-6 du Code de la propriété intellectuelle : « *L'auteur et l'éditeur disposant du droit de reproduction sous une forme imprimée d'un livre indisponible notifient conjointement à tout moment à l'organisme de gestion collective mentionné à l'article L. 134-3 leur décision de lui retirer le droit d'autoriser la reproduction et la représentation dudit livre sous forme numérique.*

L'auteur d'un livre indisponible peut décider à tout moment de retirer à l'organisme de gestion collective mentionné au même article L. 134-3 le droit d'autoriser la reproduction et la représentation du livre sous une forme numérique. Il lui notifie cette décision ».

2022[989], « l'opposition ou la demande de retrait n'a pas à être motivée ». Cela dit, deux observations méritent d'être formulées autour du caractère discrétionnaire de cette nouvelle règle : la première est relative à la spécificité de ce droit de retrait et la seconde sur l'obligation d'exploitation qui en découle.

685. Le droit de retrait unilatéral. L'exercice du droit de retrait par l'auteur lui-même n'emporte aucune conséquence financière. Autrement dit, il ne doit aucune indemnisation à l'endroit de l'organisme de gestion collective. Cette mention, qui figurait expressément dans la version initiale de l'article L. 134-4 du Code de la propriété intellectuelle, ne figure certes pas dans la version actuelle, mais cela ne veut pas dire que l'auteur devrait indemniser l'organisme de gestion chargée de délivrer les autorisations d'exploitation des œuvres indisponibles.

686. Par ailleurs, ce droit de retrait est spécifique en ce sens qu'il est différent de celui que dispose l'auteur vis-vis de ses cocontractants. En effet, selon l'article L. 124-1 du Code de la propriété intellectuelle, « *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 originairement choisi et aux conditions originairement déterminées* ». La question qui se pose est de savoir pourquoi ces conditions ne s'appliquent pas au droit de retrait dans le cadre de la gestion des œuvres considérés comme indisponibles. La réponse est, somme toute, classique. En effet, il n'existe pas de contrat de base entre l'auteur et l'organisme de gestion, ce qui permettrait pourtant à l'auteur de savoir ce à quoi il s'expose s'il exerce son droit de retrait ou de repentir. Aussi, les droits que dispose l'organisme de gestion le sont en vertu de la loi qui lui confère une dimension unilatérale. Autrement dit, à partir de l'impossibilité de recueillir le consentement de l'auteur, on a déduit un consentement implicite à l'exploitation numérique de l'œuvre.

[989] Décret n° 2022-928 du 23 juin 2022 portant modification du code de la propriété intellectuelle et 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 et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE.

Pour toutes ces raisons, l'auteur ne peut être tenu de devoir une quelconque indemnisation consécutive à sa décision de retrait. Au contraire, il lui est possible de demander le paiement pour la période pendant laquelle son œuvre a été exploitée numériquement sans son consentement préalable[990].

687. Obligation d'exploitation et droit de retrait. L'obligation d'exploitation consécutive à l'exercice du droit de retrait ne concerne que l'éditeur. En se basant sur la finalité de son rôle, la loi lui impose d'exploiter l'œuvre numériquement afin de donner sens à son opposition au mécanisme. La solution est logique en ce sens que seul l'auteur dispose du droit d'exploiter ou de ne pas exploiter son œuvre. Au contraire, l'éditeur qui s'oppose à l'exploitation numérique d'un livre indisponible « *est tenu d'exploiter dans les deux ans suivant cette notification le livre indisponible concerné* » comme le précise l'article L. 134-4, II du Code de la propriété intellectuelle. Cette obligation qui peut s'analyser comme une injonction face à l'inertie de l'éditeur, peut aussi être perçue comme une entorse au consentement de l'auteur, même si à la base, on est dans une hypothèse où il ne s'est pas manifesté. Puisque l'auteur, dans le contrat initial, n'a pas cédé les droits d'exploitation sous la forme numérique de son œuvre à son éditeur, mais uniquement les droits d'exploitation sous la forme imprimée. Cependant, la logique aurait voulu que l'on impose à l'éditeur de rechercher et d'obtenir le consentement de l'auteur avant toute nouvelle forme d'exploitation de l'œuvre sous la forme numérique.

688. Application aux œuvres indisponibles. Par ailleurs, comme évoqué précédemment, on retrouve la même solution à propos des œuvres indisponibles *stricto sensu*. En ce sens, l'article L. 138-4 du Code de la propriété intellectuelle dispose qu'un « *auteur ou ses ayants droit peuvent s'opposer à ce qu'un organisme de gestion collective agréé délivre, pour leur compte, les autorisations d'exploitation. Cette opposition peut porter sur une œuvre ou un ensemble d'œuvres. L'opposition peut être notifiée à tout moment à l'organisme de gestion collective agréé. Si l'utilisation*

[990] Article L. 134-9 du Code de la propriété intellectuelle : « *Par dérogation aux dispositions des trois premiers alinéas de l'article L. 324-17, les organismes agréés mentionnées à l'article L. 134-3 utilisent à des actions d'aide à la création, à des actions de formation des auteurs de l'écrit et à des actions de promotion de la lecture publique mises en œuvre par les bibliothèques les sommes perçues au titre de l'exploitation des livres indisponibles et qui n'ont pu être réparties parce que leurs destinataires n'ont pu être identifiés ou retrouvés avant l'expiration du délai prévu au dernier alinéa de l'article L. 321-1. Le montant et l'utilisation de ces sommes font l'objet, chaque année, d'un rapport des organismes de gestion collective au ministre chargé de la culture* ».

de l'œuvre a déjà été autorisée, l'organisme y met fin dans les meilleurs délais et au plus tard dans les trois mois qui suivent cette notification ».

689. Le caractère discrétionnaire du droit de retrait que dispose l'auteur de l'œuvre indisponible confère une certaine originalité à la technique de l'*opt out* en essayant de la rendre beaucoup plus compatible avec les règles protectrices du consentement de l'auteur. Comme le souligne le Professeur Nicolas Binctin, « l'*opt out* permet d'avoir une solution par défaut de diffusion des biens intellectuels visés, mais permet aux propriétaires de retrouver le contrôle de l'exploitation de ses biens intellectuels si l'exploitation par défaut ne convient pas à ses souhaits[991] ».

Section 2 : Le statut juridique des œuvres orphelines et le consentement de l'auteur

690. La catégorie des œuvres orphelines offre un véritable terrain d'observation de la manière par laquelle est justifiée l'atteinte au consentement de l'auteur (**§1**) sans qu'aucune règle du droit commun des biens ne soit en mesure d'apporter une réponse pleinement satisfaisante pour la justifier (**§2**).

§1 : L'œuvre orpheline et le consentement de l'auteur

691. A l'instar de l'œuvre indisponible, l'étude du régime juridique de l'œuvre orpheline et de son incidence sur le consentement de l'auteur implique d'abord une définition de la notion (A) avant de chercher à déterminer la catégorie des créations artistique concernée (B).

A : DEFINITION DE L'ŒUVRE ORPHELINE

692. Éléments de définition. Le terme orphelin est un lointain dérivé du latin ecclésiastique *orphanus* emprunté au grec *orphanos* qui signifie priver de père ou de mère. Il désignait aussi les parents ayant perdu leur enfant[992]. Au sens figuré, le mot désigne un objet privé de propriétaire. Sur le plan juridique, il n'existe pas de définition

[991] Nicolas BINCTIN, Xavier PRES (Dir.), *Directives 2019/790 et 2019/789 sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, commentaire article par article,* Bruylant, 2021, p.14.
[992] Alain REY (Dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2000, p. 2492.

du mot, même si la loi attache des conséquences au statut d'orphelin qui peut par exemple hériter de ses parents[993].

693. Partant de ce point de vue, la création de la catégorie des œuvres orphelines obéirait à une logique similaire en ce sens que ce sont les utilisateurs qui seraient orphelins de l'œuvre au regard des critères de définitions proposés par la loi. Ainsi, certes l'œuvre orpheline se définit par sa rareté, mais surtout par la difficulté de localisation de son auteur. C'est d'ailleurs à l'occasion de la loi de 2012 sur les livres indisponibles qu'a été introduit l'article L. 113-10 du Code de la propriété intellectuelle qui la définit comme « *une œuvre protégée et divulguée, dont le titulaire des droits ne peut pas être identifié ou retrouvé, malgré des recherches diligentes, avérées et sérieuses* ». Deux observations découlent de cette définition : d'une part, l'auteur de l'œuvre n'est pas considéré comme forcément mort, ni privé de ses droits ; d'autre part, on observe également que la difficulté évoquée n'est pas liée à son identification, auquel cas on serait parmi la catégorie des œuvres anonymes ou pseudonymes[994] dont la principale caractéristique réside dans le fait que leurs auteurs dissimulent volontairement leurs identités. L'alinéa second de la disposition précitée précise que *« lorsqu'une œuvre a plus d'un titulaire de droits et que l'un de ces titulaires a été identifié et retrouvé, elle n'est pas considérée comme orpheline* ». Dans son ensemble, la définition, qui reprend textuellement celle qui avait été préconisée par le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA) dans son rapport de 2008[995],

---

[993] Article 735 du Code civil : « *Les enfants ou leurs descendants succèdent à leurs père et mère ou autres ascendants, sans distinction de sexe, ni de primogéniture, même s'ils sont issus d'unions différentes* ».

[994] Article L. 113-6 du Code de la propriété intellectuelle : « *Les auteurs des œuvres pseudonymes et anonymes jouissent sur celles-ci des droits reconnus par l'article L. 111-1.*
Ils sont représentés dans l'exercice de ces droits par l'éditeur ou le publicateur originaire, tant qu'ils n'ont pas fait connaître leur identité civile et justifié de leur qualité.
La déclaration prévue à l'alinéa précédent peut être faite par testament ; toutefois, sont maintenus les droits qui auraient pu être acquis par des tiers antérieurement.
Les dispositions des deuxièmes et troisièmes alinéas ne sont pas applicables lorsque le pseudonyme adopté par l'auteur ne laisse aucun doute sur son identité civile ». V. égal. Louis Van Bunnen, « Les pseudonymes en droit intellectuel », *Comm. com. électr.* n° 12, déc. 2013, étude 21.

[995] Selon le rapport, « l'œuvre orpheline est une œuvre protégée et divulguée, dont les titulaires de droits ne peuvent être identifiés ou retrouvés, malgré des recherches avérées et sérieuses ». Cette définition est justifiée par le fait que « la notion d'œuvre orpheline appelle une définition à la fois rigoureuse et susceptible de s'appliquer aux nombreuses situations qu'elle recouvre. Elle doit en outre prendre en compte le caractère réversible de la condition d'œuvre orpheline, dès lors que ses titulaires de droits sont susceptibles de réapparaître et qu'ils doivent alors pouvoir retrouver la maîtrise de leurs droits dans l'avenir ». V. Rapport de la Commission sur les œuvres orphelines du CSPLA du 19 mars 2008, p. 8 : www.culturecommunication.gouv.fr

institue une « qualification temporaire[996] » et doit être complétée par l'article L. 135-1 du Code de la propriété intellectuelle qui étend les œuvres orphelines aux œuvres « *qui ont été initialement publiées ou radiodiffusées dans un Etat membre de l'Union européenne (…)* ». Cette dernière disposition est issue de la loi de 2015[997] transposant la directive du 25 octobre 2012[998] sur les œuvres orphelines. Compte-tenu de la proximité temporelle entre les dates de la directive et de la loi sur les livres indisponibles, on peut légitimement s'interroger sur l'empressement du législateur à donner une définition de la notion d'œuvre orpheline. Est-ce pour couper l'herbe sous les pieds du législateur européen ou pour contrer et influer sur la politique de numérisation du moteur de recherche *Google* à travers sa bibliothèque *Google books* ? La question demeure ouverte.

694. Par ailleurs, l'autre interrogation concerne l'emplacement du texte qui définit la notion au sein du Code de la propriété intellectuelle. En effet, celui-ci est situé dans le chapitre relatif à la titularité des droits. Cet emplacement est incohérent[999] en ce sens que l'œuvre orpheline ne fait l'objet d'aucune difficulté d'appropriation pour la simple raison que leurs auteurs sont connus. La seule difficulté que l'on peut relever réside dans le fait qu'on ne parvient pas à les localiser dans un laps de temps raisonnable. L'inadéquation de l'emplacement choisi n'a pas échappé à une partie de la doctrine pour qui « l'expression même d'œuvre orpheline » (qui vient des Etats-Unis[1000]) est d'ailleurs impropre, puisque l'œuvre a bel et bien un ou des auteurs même si on ne parvient pas à les localiser et puis qu'ils peuvent reparaître[1001] ». En somme, la non-identification des auteurs ne « postule pas l'inexistence de titulaires, seulement la difficulté à dénicher leur retraite, ce qui est un état de fait essentiellement transitoire

---

[996] Nicolas BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 6e éd. LGDJ, n°134.
[997] Loi n°2015-195 du 20 février 2015 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans les domaines de la propriété littéraire et artistique et du patrimoine culturel.
[998] Directive du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orpheline, *op.cit.* En son article 2, il est précisé qu'une « œuvre ou un phonogramme sont considérés comme des œuvres orphelines si aucun des titulaires de droits sur cette œuvre ou ce phonogramme n'a été identifié ou, même si l'un ou plusieurs d'entre eux a été identifié, aucun d'entre eux n'a pu être localisé bien qu'une recherche diligente des titulaires de droits ait été effectuée et enregistrée (…) ». Il y a bien l'idée d'une impossibilité de recueillir le consentement de l'auteur titulaire des droits. Cela apparait dès le départ dans le considérant 7 de la directive :« Dans le cas des œuvres orphelines, il est impossible d'obtenir ce consentement préalable à l'exécution d'actes de reproduction ou de mise à disposition du public ».
[999] Frédéric POLLAUD-DULIAN, « Utilisation autorisées des œuvres orphelines », *RTD Com.*, n°4, p.783.
[1000] L'expression originelle est « *orphan works* ». Une proposition de statut avait été débattue depuis 2006. V. « *Orphan works Act* », Congress 109th, 2005-2006, H.R.5439.
[1001] Frédéric POLLAUD-DULIAN, « Utilisations autorisées des œuvres orphelines », *RTD Com.*, n°4, p.783.

et relatif, exclusivement lié à une difficulté d'exercice des droits dont la solution est largement dépendante des moyens mis en œuvre pour les retrouver. L'absence de titulaires identifiés n'équivaut ni à une absence de droit, ni au *domaine public*[1002] ». Cela dit, lorsque l'auteur est décédé et que ses héritiers sont inconnus, on serait certes en présence d'un problème de titularité, mais il faut comprendre cela comme une difficulté qui résulte de l'inertie dans l'exercice des droits d'auteur. De ce point de vue, la situation visée par la loi est celle où l'auteur n'exerce plus ses droits, ce qui peut être une conséquence directe de la difficulté, voire de l'impossibilité de le retrouver ou de le localiser. Toujours est-il que l'hibernation de l'auteur dans l'exercice de ses droits ne signifie pas *sa mort*. C'est pourquoi certains auteurs estiment qu'il est « plus opérant de parler de droits orphelins que d'œuvres orphelines[1003]». Ce raisonnement est révélateur de la difficulté qui consiste à qualifier le mécanisme de gestion mis en place en ce sens que les droits d'auteur ne disparaissent pas par le décès de leur titulaire. De ce point de vue, la difficulté peut aussi être finalement celle de l'absence d'ayant droit connu, ce qui justifierait le mécanisme de gestion collective spécifique. En tout état de cause, le choix opéré par le législateur de définir l'œuvre orpheline de la sorte et de la situer dans le chapitre relatif à la titularité des droits témoigne d'une précipitation, étant donné qu'il a fallu attendre la transposition de la directive 2012 pour avoir un régime juridique plus abouti.

695. Le cas des œuvres plurales. Par ailleurs, le caractère temporaire de la qualification d'œuvre orpheline est renforcé pour les créations à caractère plural que sont les œuvres de collaboration et collective. Pour les premières, la législation nationale est très claire en ce sens que le second alinéa de l'article L. 113-10 du Code de la propriété intellectuelle refuse qu'une œuvre de collaboration soit qualifiée d'orpheline dès lors que l'on identifie l'un des coauteurs. Logiquement, cela implique que l'on sursoit à toute exploitation de l'œuvre. Cependant, sous l'influence du droit européen, notamment à travers la directive 2012, l'article L. 135-5 alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle indique que « *lorsqu'une œuvre a plus d'un titulaire de droits et que tous ses titulaires n'ont pu être identifiés et retrouvés, l'utilisation de l'œuvre prévue à l'article L. 135-2 est subordonnée à l'autorisation du ou des titulaires identifiés et retrouvés* ». Cette règle est contraire au principe de l'unanimité qui

[1002] « Édition numérique : une actualité législative édifiante », *RTD Com.* 2012, p.557.
[1003] Jean-François DEBARNOT, « L'expérience de l'Ina relative à l'utilisation d'œuvres audiovisuelles et sonores éventuellement orphelines », *Comm. com. électr.*, n° 1, janv. 2010, étude 1.

gouverne la gestion des œuvres de collaboration. En effet, toute exploitation d'une œuvre de collaboration nécessite le consentement préalable de l'ensemble des auteurs. En cas de désaccord ou de blocage, l'article L. 113-3 alinéa 3 du Code de la propriété intellectuelle précise qu'il « *appartient à la juridiction civile de statuer* ». Cette règle recoupe la préconisation qu'avait faite le CSPLA en 2008. Dans son rapport, il est précisé que « les œuvres à auteurs multiples, qu'il s'agisse d'œuvres de collaboration ou d'œuvres collectives, peuvent ainsi donner prise à des situations complexes. Pour une œuvre de collaboration, si l'on ne peut disposer de l'accord de tous les ayants droit pour une exploitation, faute de pouvoir identifier ou joindre l'un d'entre eux, alors que le consentement de chacun est requis, l'œuvre ne peut être exploitée[1004] ».

696. S'agissant de l'œuvre collective, la réponse se trouve au sein du denier alinéa de l'article L.113-2 du Code de la propriété intellectuelle selon lequel « *est dite collective l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé* ». La logique voudrait donc que l'infructuosité de la recherche ne concerne que la personne physique ou morale qui a assuré la direction de la réalisation de l'œuvre. Si l'impossibilité de retrouver la personne physique peut être comblée par la présence d'ayants droit (y compris les héritiers), pour la personne morale, la situation peut se compliquer en cas de disparition. Cette inquiétude a d'ailleurs été exprimée par le CSPLA pour qui « dans le cas d'une œuvre collective, l'éditeur est titulaire des droits, mais l'on pourrait imaginer une situation d'œuvre non exploitable si l'éditeur disparaissait – et ce, alors même que les différents contributeurs de l'œuvre seraient identifiés[1005]». Ici, la situation de disparition de la personne morale peut résulter de l'hypothèse d'une liquidation judiciaire, d'une incapacité à réaliser son projet social ou encore par l'arrivée du terme statutaire. Le but d'une liquidation judiciaire étant de permettre aux créanciers d'être payés en réalisant l'actif disponible comprenant l'ensemble des biens, le sort des œuvres de l'esprit peut être réglé de deux manières. Premièrement, il est possible de les attribuer aux créanciers en fonction de leur rang, qui l'exploiteront jusqu'au paiement complet de leurs créances (ou on limite

[1004] Rapport de la Commission sur les œuvres orphelines du CSPLA du 19 mars 2008, *op. cit.*, p. 10
[1005] *Ibid.*

dans le temps les droits d'exploitation accordés). En tout état de cause, la titularité qui résulte de la procédure collective ne peut se prolonger au-delà de la durée légale de la protection de l'œuvre. Autrement dit, elle doit s'arrêter lorsque l'œuvre tombera dans le domaine public (soixante-dix ans après la mort de l'auteur). Secondairement, il est possible de faire le choix de restituer l'œuvre aux contributeurs en leur reconnaissant le statut de coauteur. Logiquement, cette dernière solution entrainera une requalification de l'œuvre collective en œuvre de collaboration *a posteriori*. Cette dernière hypothèse semble peu probable au regard de la définition de la notion d'œuvre collective consacrée par l'article L.113-2 du Code de la propriété intellectuelle précité. La dernière hypothèse serait de verser l'œuvre dans le domaine public ou de la confier à un organisme de gestion collective. En effet, la disparition de la personne morale fait que l'œuvre devienne une œuvre orpheline. Les mêmes hypothèses peuvent être valables lorsque l'œuvre n'est pas exploitée lors de la dissolution de la personne morale.

697. La solution retenue par le droit européen réduit fortement la valeur du consentement de l'auteur. Il aurait été plus logique d'appliquer cette règle aux œuvres de collaboration dont la conception permet d'individualiser les apports de chacun des auteurs. C'est d'ailleurs le sens du dernier alinéa de l'article L.113-3 du Code de la propriété intellectuelle qui précise que « *lorsque la participation de chacun des coauteurs relève de genres différents, chacun peut, sauf convention contraire, exploiter séparément sa contribution personnelle, sans toutefois porter préjudice à l'exploitation de l'œuvre commune* ». Par exemple, il est possible d'imaginer une solution similaire à celle retenue pour l'œuvre audiovisuelle où interviennent plusieurs auteurs spécialisés. Ainsi, par exemple, l'impossibilité de retrouver l'auteur des paroles d'une chanson ne pourrait pas empêcher l'auteur de la musique de donner son consentement à l'exploitation de sa création.

698. Le cas des œuvres non-diffusées. Ici, se pose la question de savoir si la définition des œuvres orphelines s'applique aux œuvres non-diffusées. Elle mérite d'être posée en ce sens qu'il existe une quantité non négligeable d'œuvres créées et divulguées mais qui n'ont jamais fait l'objet d'une exploitation commerciale. Sur ce point, il faut rappeler que l'absence de diffusion ne doit pas signifier privation de l'auteur de ses droits au point de précipiter l'œuvre dans la catégorie des œuvres orphelines. Cela tient à la spécificité des œuvres de l'esprit qui bénéficient d'une

protection dès le début de la matérialisation de la conception de l'auteur. A ce propos, l'article L. 111-2 du Code de la propriété intellectuelle est on ne peut plus clair : « *L'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur* ». A cela, il faut ajouter le fait que « l'absence de diffusion commerciale ne signifie pas que les auteurs ne sont pas identifiés ou localisés, de sorte que si les deux catégories sont susceptibles de partiellement se recouper, elles sont bien distinctes quant à leur nature[1006] ».

699. Distinction entre l'œuvre orpheline et l'œuvre indisponible. L'autre question que l'on a éludée concerne la distinction de l'œuvre orpheline de l'œuvre indisponible. La distinction se situe au niveau de l'utilisation des recettes issues de leur exploitation. En effet, comme l'indique l'article L. 135-2 du Code de la propriété intellectuelle, les organismes chargés de la gestion des œuvres orphelines ne peuvent en faire une exploitation commerciale. L'exploitation envisagée doit s'inscrire « *dans le cadre de leurs missions culturelles, éducatives et de recherche et à condition de ne poursuivre aucun but lucratif et de ne percevoir, le cas échéant et pour une durée ne pouvant excéder sept ans, que les recettes couvrant les frais découlant directement de la numérisation et de la mise à la disposition du public des œuvres orphelines[1007]* ».

[1006] Benoit GALOPIN, « Le régime des œuvres orphelines… adopté », *Juris art etc. JAC*, 2015, n°27, p.27.

[1007] Cependant, cette disposition doit être nuancée notamment à propos de son application aux œuvres orphelines réalisées par les artistes interprètes. L'article L. 211-7 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « *le chapitre V du titre III du livre Ier est applicable aux droits voisins* ». En effet, ce chapitre est consacré aux œuvres orphelines qui ne peuvent donc être exploitées que dans un but non lucratif. Or, en prenant l'exemple de l'INA, qui est un établissement industriel et commercial, on peut supposer que l'exploitation des archives orphelines peut être de nature lucrative. C'est d'autant plus plausible que l'INA bénéficie, en dehors de la preuve du caractère orphelin de l'œuvre, d'une présomption réfragable de cession des archives audiovisuelles. C'est en ce sens que la CJUE a estimé que « l'article 2, sous b), et l'article 3, paragraphe 2, sous a), de la 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, doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une législation nationale qui établit, en matière d'exploitation d'archives audiovisuelles par une institution désignée à cette fin, une présomption réfragable d'autorisation de l'artiste-interprète à la fixation et à l'exploitation de sa prestation, lorsque cet artiste-interprète participe à l'enregistrement d'une œuvre audiovisuelle aux fins de sa radiodiffusion . v. CJUE, 5e ch., 14 nov. 2019, aff. C-484/18, *SPEDIDAM*, M. Salaam Clarke et M. Spearman c/ Institut national de l'audiovisuel, *D.* 2019. 2245 ; *Légipresse* 2019, p. 669. Tirant les conséquence de cette décision, la Cour de cassation a jugé dans un arrêt de 2020 que « c'est à bon droit que la Cour d'appel, qui a procédé à la recherche prétendument omise, a énoncé qu'en exonérant l'INA de prouver par un écrit l'autorisation donnée par l'artiste-interprète, l'article 49, II, de la loi du 30 septembre 1986 modifiée, ne supprime pas l'exigence de ce consentement mais instaure une présomption simple d'autorisation qui peut être combattue et ne remet pas en cause le droit exclusif de l'artiste-interprète d'autoriser ou d'interdire la reproduction de sa

Cela dit, la coexistence entre les deux corps de règles ne veut pas dire que la frontière qui les sépare est hermétique. Par exemple, « un livre indisponible orphelin (…) peut être soumis » à la fois aux règles issues de la loi n° 2012-287 du 1er mars 2012 sur les livres indisponibles et celles concernant les œuvres orphelines, c'est-à-dire « une exploitation sans but lucratif par une bibliothèque[1008] ».

700. En résumé, la législation sur les œuvres orphelines a pour objectif d'en faciliter l'accès et l'accessibilité par le biais du numérique. Cependant, se pose la question des fondements juridiques et sociaux qui expliquent la présomption du consentement de l'auteur inhérente au statut de l'œuvre orpheline.

B : ELEMENTS DE JUSTIFICATION DE L'ŒUVRE ORPHELINE

701. Les créations originales de l'esprit ne peuvent être exploitées sans le consentement de leurs auteurs. C'est un principe cardinal en droit d'auteur exprimé de manière claire par l'article L.122-4 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que « *toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite. Il en est de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque* ». Les tempéraments adossés à ce principe sont d'ordre légal et sont limitativement listés au sein des articles L. 122-5 et suivants du même code. A ce titre, il est donc impossible de déroger à ce principe sans une intervention législative spécifique sur les dispositions précitées. Autrement dit, la création d'un statut spécifique pour certaines œuvres ne peut être un argument de nature à justifier l'absence de consentement de l'auteur. Normalement, « l'existence de droits orphelins ne peut qu'empêcher l'exploitation de l'œuvre concernée dès lors qu'il est impossible de détenir l'autorisation expressément visée en France, notamment par le Code de la propriété intellectuelle, d'un ou de plusieurs ayants droit, et de leur verser les compléments de rémunération qui leur sont dus, le cas échéant[1009] ».

---

prestation ainsi que sa communication et sa mise à la disposition du public » (Civ. 1re, 22 janv. 2020, n° 17-18.177 ; *Légipresse* 2020, p.88). V. Patrick Tafforeau, « Création prétorienne d'une présomption simple d'autorisation par les artistes-interprètes au profit de l'INA », *Dalloz IP/IT* 2021, p. 25.

[1008] Carine BERNAULT, « Transposition en droit français de la directive relative aux œuvres orphelines », *LEPI* avril 2015, n° EDPI-215049-21504, p. 1.

[1009] Jean-François DEBARNOT, « L'expérience de l'Ina relative à l'utilisation d'œuvres audiovisuelles et sonores éventuellement orphelines », *Comm. com. électr.*, n° 1, janv. 2010, étude 1.

702. En dépit de ces précisions, la possibilité d'exploiter ces œuvres sans le consentement préalable de leurs auteurs (si les auteurs ont été identifiés mais sont décédés) ou de leurs ayants droit est acquise. Ainsi, comme l'énonce l'article L. 135-3 du Code de la propriété intellectuelle, l'organisme de gestion peut l'exploiter dans le cadre de ses missions et après des « *recherches sérieuses, diligentes et avérées des titulaires de droits* ». Les justifications avancées par la législation nationale et européen pour passer outre le consentement de l'auteur s'appuient sur l'idée de « *missions culturelles, éducatives et de recherche* » comme il est souligné par l'article L. 135-1 du Code de la propriété intellectuelle. Les termes utilisés font référence à un besoin de diffusion de la culture et du savoir qui sont analysés dans ce contexte comme des droits fondamentaux reconnus à tout individu et sur la fonction sociale qui découle du droit de propriété.

703. Le droit à la culture. La Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen de 1948 en son article 26-1 précise dès le début que « *toute personne a droit à l'éducation* ». L'article suivant va un peu plus loin en précisant que « *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*[1010] ». Aujourd'hui, il se dégage une unanimité sur la reconnaissance du droit dont chacun dispose d'accéder à la culture. En ce sens, comme le souligne le Professeur Hubert Faes, « la culture est un droit parce qu'elle est facteur de perfectionnement et de développement humains. Ce droit est compris comme un droit d'accès à la culture universelle. La culture est ce par quoi les personnes s'ouvrent à l'universel, accèdent à la connaissance universellement valable et au discernement des valeurs universelles[1011] ». Au regard d'une telle vision, il est difficile de ne pas croire que la création de la catégorie des œuvres orphelines (voire indisponibles malgré leur exploitation commerciale) n'a pas pour but de participer à l'effectivité de ce droit.

[1010] Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948. Il est intéressant de souligner le fait que l'article 27 commence par consacrer le droit à l'accès aux créations (article 27.1) avant de garantir la protection du droit d'auteur. V. l'article 27.2 qui prévoit 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 ». Dans le même sens, l'article 14 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne précise que « Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction ». V. Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JOUE, 14 déc. 2007, n° C 303/17.

[1011] Hubert FAES, « Droits de l'homme et droits culturels », *Transversalités*, vol. 108, n°4, 2008, p. 85.

704. Cette vision privilégie cependant le droit d'accès « aux références culturelles [1012]» au détriment d'un éventuel souhait de l'auteur de se faire oublier. Aussi, il s'agit de donner une seconde vie à l'œuvre et de lui permettre de rencontrer un succès commercial nouveau. De ce point de vue, en se fondant sur une conception large de la question, l'œuvre de l'esprit peut être analysée comme un bien culturel commun que l'auteur se doit de faire vivre en l'exploitant ou *a minima* en en facilitant l'accès. Le défaut d'une exploitation qui dure dans le temps peut être assimilé dans ce contexte à la violation du droit d'accès à la culture. Ce droit justifierait que l'on porte atteinte au droit le plus sacré en matière de gestion des œuvres de l'esprit : le consentement de l'auteur avant toute exploitation quelle que soit la nature. Dès lors, apparait la nécessité de concilier deux droits de nature opposée : le droit de l'auteur de décider de l'exploitation ou non de son œuvre et celui qui consiste à rendre accessible les œuvres dans un but culturel. En d'autres termes, on est face à une « nécessité de concilier deux objectifs *a priori* antagonistes : la sécurité juridique liée aux autorisations d'exploitation d'œuvres orphelines alors que tout ayant droit n'a pu par définition donner de consentement à cette exploitation et la cohérence du droit de propriété littéraire et artistique – qu'il s'agit de ne pas fragiliser – reposant sur l'autorisation des titulaires de droits[1013]».

705. En principe, l'obligation d'obtenir le consentement préalable du ou des titulaires des droits sur une œuvre doit être observée en toutes circonstances. En mettant en place le mécanisme de la gestion des œuvres orpheline et indisponible, le choix du législateur a pour conséquence la mise en place d'un contournement par défaut de ce principe. Comme, il a été démontré, le fondement invoqué en filigrane est l'intérêt collectif fondé sur le droit d'accès à la connaissance, à la culture voire à la liberté de penser.

706. L'abus du droit de propriété. En analysant le mécanisme à la lumière du droit commun de la propriété, il est possible de ne pas être surpris. Si en principe le

[1012]Pour Monsieur Patrice MEYER-BISCH, « les droits culturels désignent les droits, libertés et responsabilités pour une personne, seule ou en groupe, avec et pour autrui, de choisir et d'exprimer son identité, et d'accéder aux références culturelles, comme à autant de ressources nécessaires à son processus d'identification ». V. Patrice MEYER-BISCH, « Les droits culturels. Enfin sur le devant de la scène ? », *L'Observatoire*, vol. 33, n°1, 2008, p. 9.

[1013]Jean-François DEBARNOT, « L'expérience de l'Ina relative à l'utilisation d'œuvres audiovisuelles et sonores éventuellement orphelines », *Comm. com. électr.*, n° 1, janv. 2010, étude 1.

caractère absolu du droit de propriété interdit que l'on y porte atteinte de quelque manière que ce soit, l'abus qu'en fait le titulaire dans son exercice est toutefois réprouvé. Par exemple, l'article 544 du Code civil dispose que « *la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ». La seule limitation au caractère absolu est l'ordre public. En 1915, l'arrêt *Clément Bayard* avait assoupli cette disposition en soulignant que « l'installation sur un terrain d'un dispositif ne présentant pour son propriétaire aucune utilité et n'ayant d'autre but que de nuire à autrui constitue un abus du droit de propriété[1014] ». Cette solution fonde la notion d'abus de droit sur la pure intention de nuire à l'encontre d'une personne déterminée. Elle doit être distinguée de l'abus sous l'angle de la fonction sociale tel que défendu par le Professeur Louis Josserand. Pris dans ce dernier sens, il est possible que l'inaction de l'auteur dans l'exploitation de son œuvre puisse être analysée comme un abus face au droit de toute personne de s'instruire, de se cultiver ou de stimuler son inspiration artistique. Il lui est reproché un fait négatif : celui d'être difficile, voire impossible à localiser. Ce qui, en soi, n'est certes pas constitutif d'un abus de droit de propriété, mais limite l'accès à la connaissance et à la cuture.

707. En outre, l'article 545 du Code Civil dispose que « *nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité* ». Or, l'auteur de l'œuvre orpheline ou indisponible, ne perçoit aucune indemnité préalable à toute autorisation de l'exploitation de son œuvre par l'organisme de gestion. La seule indemnisation à laquelle il a droit intervient *a posteriori* en ce sens qu'il est simplement indiqué qu'il lui soit restitué, une fois qu'il se serait manifesté, les droits perçus par l'organisme de gestion amputés des frais d'exploitation. En résumé, le parallèle avec le régime juridique du droit de propriété reste sinon discutable, du moins peu rigoureux.

708. Le non-usage. Il s'agit ici de savoir s'il est possible de perdre son droit de propriété par le non-usage. Par extension, l'auteur d'une œuvre orpheline fait-il l'objet de l'application d'une forme de sanction pour non-usage de ses droits sur sa création ? Le droit de propriété est un droit à caractère perpétuel tant que la chose existe en ce sens que son existence est intrinsèquement liée à la chose sur laquelle il porte. Il est

[1014] Requêtes, 3 août 1915, n°00-02.378.

même possible que la disparition de la chose ne soit pas de nature à supprimer les droits qui y sont attachés. L'arrêt *Etang Napoléon* en est une parfaite illustration où il a été jugé que le propriétaire d'un étang qui avait été incorporé au domaine public à la suite d'un phénomène naturel était recevable à revendiquer les droits de propriété à «la suite d'un phénomène inverse » qui avait permis de faire apparaître le bien dans son état primitif[1015].

709. Il découle du caractère perpétuel un principe qui veut que le droit de propriété ne se perde pas par le non-usage. Autrement dit, il ne peut être frappé par la prescription extinctive comme le précise l'article 2227 du Code civil[1016]. Le droit d'auteur, en tant que bien meuble incorporel, est soumis au régime des articles 2224[1017] et 2276[1018] du Code civil. Ces dispositions ont la particularité d'organiser le régime de la prescription acquisitive et semblent être une conséquence du non-usage par le propriétaire de son droit de propriété. En réalité, « ce n'est pas le non-usage par le propriétaire qui éteint son droit, c'est la possession d'un tiers qui, permettant à celui-ci d'acquérir la propriété, aboutit à évincer le propriétaire initial[1019] ». La possession, pour être régulière, doit être exempte de vices. Pour cela, comme le précise l'article 2261 du Code civil, elle doit être « *continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire* ». Or, les créations littéraires et artistiques qui ont fait l'objet de divulgation sont réputées être difficiles, voire incompatibles avec la notion de possession en raison du principe de l'indépendance du support matériel et de l'œuvre qui y est incorporée. L'autre raison réside dans le fait que toute action dans ce sens est susceptible de présenter le vice d'équivoque à raison de la présomption de titularité que la loi reconnaît à celui sous le nom duquel l'œuvre a été divulguée[1020]. Face à l'impossibilité pour toute œuvre orpheline de bénéficier des règles protectrices

---

[1015] Ass. plén., 23 juin 1972, 70-12.960, « *Etang Napoléon* ».

[1016] Article 227 Code civil : « *Le droit de propriété est imprescriptible. Sous cette réserve, les actions réelles immobilières se prescrivent par trente ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ».

[1017] Article 224 Code civil : « *Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ».

[1018] Article 2276 Code civil : « *En fait de meubles, la possession vaut titre.*
Néanmoins, celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve ; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient ».

[1019] Jean-Louis BERGEL, *Le doit des biens*, PUF, coll. Que sais-je, 1983, p.33.

[1020] Selon l'article L. 113-1 du Code de la propriété intellectuelle, « *la qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée* ».

du Code de la propriété intellectuelle, il est possible d'en déduire que son régime juridique ne peut être assimilé à une possession au sens de l'article 2261 du Code civil. En conséquence, le mécanisme de leur gestion ne peut être justifié par le non-usage de ses droits par l'auteur.

710. La fonction sociale. Une autre justification qui serait compatible avec l'objectif du droit de tout un chacun d'avoir accès aux créations artistiques est la fonction sociale du droit de propriété. Cette fonction, défendue par plusieurs auteurs, n'est pas nouvelle. Elle s'est développée tout au long du XIXe siècle jusqu'à nos jours. Sa signification est résumée dans une formule attribuée au doyen Léon Duguit dont voici la teneur : « son droit de propriété, je le nie, son devoir social, je l'affirme ». L'idée consiste à considérer qu'avant de revendiquer l'opposabilité de son droit au tiers, le propriétaire est avant tout soumis à un devoir envers la société. Pour le Professeur Jean-Louis Bergel, « on s'accorde aujourd'hui pour admettre que la propriété n'est pas exclusivement conçue dans l'intérêt du propriétaire et qu'elle doit être limitée pour satisfaire un intérêt social, l'intérêt général l'emportant sur l'intérêt particulier[1021] ». Cette analyse démontre que le caractère absolu doit sa survie à la fonction sociale, considérée comme inhérente au droit de propriété. A cet égard, le Professeur Louis Josserand affirmait que « si ce droit tyrannique était abandonné à lui-même, à sa nature spécifique, il envahirait tout et finirait par se détruire lui-même » eu égard à la difficulté de « mettre plus vigoureusement en lumière l'impossibilité sociale d'un droit de propriété absolue ». Il conclut en soulignant que « la nature envahissante d'une telle prérogative nécessite impérativement des mesures de compression[1022] ». Ce droit serait donc un « droit-fonction[1023]», ce qui justifie l'application de la notion d'abus ainsi que les règles de dévolution anomale auxquelles il est soumis.

711. Dans le même ordre d'idées, les limitations imposées au principe de l'inviolabilité du droit de propriété sont fonction du contexte et de l'époque comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans une décision de 1989 où il a été précisé que « les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux

---

[1021] Jean-Louis BERGEL, *Le droit des biens*, PUF, coll. Que sais-je, p. 29.
[1022] Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité : Théorie dite de l'abus des droits*, 2e éd. Dalloz, 1939, p.16 et 17.
[1023] Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité : Théorie dite de l'abus des droits*, op. cit. n° 310.

et par des limitations exigées au nom de l'intérêt général ; que c'est en fonction de cette évolution que doit s'entendre la réaffirmation par le préambule de la Constitution de 1958 de la valeur constitutionnelle du droit de propriété[1024] ». Cette vision de la notion fait du droit de propriété un droit avant tout social[1025]. En ce sens, avant de devenir une discipline spécifique, le droit d'auteur est avant tout un droit de propriété. A ce titre, il ne peut s'affranchir de sa fonction sociale. En effet, la mise à disposition au public de certaines créations intellectuelles (travaux de recherche, thèse) permet de stimuler la création et l'innovation (en droit de la propriété industrielle). Comme le souligne le Professeur Christophe Geiger, « la société, ayant besoin de productions intellectuelles pour assurer son développement et son progrès culturel, économique, technologique et social, concède au créateur une récompense sous la forme d'un droit de propriété intellectuelle, lui permettant d'exploiter son œuvre et d'en tirer les fruits. En contrepartie, le créateur, en rendant sa création accessible au public, vient enrichir la collectivité. Le droit de propriété intellectuelle est donc le produit d'une sorte de « contrat social » entre le créateur et la société[1026]».

712. En résumé, la mise en place du mécanisme de gestion des œuvres orphelines voire indisponibles trouve sa justification dans la fonction sociale assignée à tout droit de propriété. En l'espèce, cette fonction sociale se traduit par le droit reconnu à tout individu d'accéder à la culture, à la connaissance, à la science ou dans une certaine mesure au bien-être intellectuel.

713. Par ailleurs, d'autres considérations liées au droit des personnes ou encore au droit des contrats peuvent être mises à contribution pour expliquer juridiquement le mécanisme de gestion des œuvres orphelines.

[1024] Décision n° 89-256 DC du 25 juillet 1989, considérant n°18.

[1025] Pour le professeur Yves STRICKLER, « le droit de propriété ne se conçoit qu'associer à des enjeux collectifs. Comment en effet vouloir envisager un droit d'appropriation pour soi si l'on ne considère pas dans le même temps « l'être ensemble » ? Malgré l'effet d'annonce législatif, le droit de propriété n'est pas absolu ». V. Yves STRICKLER, *Les biens*, PUF, 2006, n° 224.

[1026] Christophe GEIGER, « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », *D.*, 2010 p.510. Abondant dans le même sens, le professeur G. Schricker soulignait un peu plus tôt que « si on prend en compte les conséquences culturelles, économiques et sociales du droit d'auteur, on peut se demander si on ne doit pas exiger du législateur (et des juges interprétant les dispositions du droit d'auteur) que soit pris en compte l'intérêt général dans le sens positif : le droit d'auteur devrait être conçu de telle manière qu'il participe pour le mieux au développement du progrès intellectuel, culturel et économique » (*In* G. Schricker (dir.), Urheberrecht Kommentar, 2e éd., Munich, Beck, 1999, Introduction, p. 7, n° 13.)».

§2 : La qualification juridique du mécanisme de gestion des œuvres orphelines

714. Il existe différentes possibilités de qualifications auxquelles il est possible de rattacher la catégorie des œuvres orphelines permettant d'avoir une idée de leur véritable nature (A). L'échec d'une qualification précise n'altère en rien le fait que l'œuvre orpheline soit aujourd'hui considérée comme une exception déguisée au droit d'auteur (B).

A : LES DIFFERENTES QUALIFICATIONS APPLICABLES

715. Le régime juridique de l'absent. Le mécanisme de gestion des œuvres orphelines (voire indisponibles) ressemble à s'y méprendre à celui applicable aux biens de l'absent. L'absence étant définie comme « l'état d'une personne dont on ignore si elle est encore en vie, alors qu'aucun événement particulier ne fait présumer son décès[1027] ». Par extrapolation, le constat de l'impossibilité de localiser l'auteur fait de celui-ci un présumé absent au sens de l'article 112 du Code Civil qui dispose que « *lorsqu'une personne a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence sans que l'on en ait eu de nouvelles, le juge des tutelles peut, à la demande des parties intéressées ou du ministère public, constater qu'il y a présomption d'absence* ».

716. Cependant, il existe une différence quant à la qualité de celui qui constate cet état de fait. En effet, la présomption d'absence n'est pas prononcée par ceux qui y ont intérêt. Bien au contraire, elle est décidée par le juge dont le statut offre plus de gage d'impartialité quant à la préservation des intérêts de l'absent. C'est aussi au juge que revient la charge de prononcer « *le jugement déclaratif d'absence* » conformément à l'article 128 du Code civil[1028]. Tandis que pour l'œuvre orpheline, cette possibilité relève de la discrétion des organismes compétents en ce sens qu'il leur appartient de

[1027] Serge GUINCHARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2022, p 2.

[1028] Article 128 Code civil : « *Le jugement déclaratif d'absence emporte, à partir de la transcription, tous les effets que le décès établi de l'absent aurait eus.*
Les mesures prises pour l'administration des biens de l'absent, conformément au chapitre Ier du présent titre prennent fin, sauf décision contraire du tribunal ou, à défaut, du juge qui les a ordonnées.
Le conjoint de l'absent peut contracter un nouveau mariage ».

dresser la liste des œuvres qualifiables d'orphelines et d'effectuer une recherche diligente[1029] des auteurs et des ayants droit.

717. Il aurait été plus judicieux de confier la sélection de ces œuvres à un organisme indépendant au lieu de se fier à la seule diligence des personnes chargées de les gérer par la suite, afin de se prémunir de tout risque de conflit d'intérêt. Néanmoins, ce risque est vraiment infime étant donné que l'exploitation commerciale est refusée aux organismes de gestion collective. En tout état de cause, il aurait fallu tout simplement s'en remettre à la sagesse du juge conformément au régime juridique préexistant. En effet, dans le précédent régime, « celui qui désirait exploiter une œuvre dont les ayants droit n'étaient pas connus ou introuvables, pouvait soit abandonner son projet d'exploitation, soit prendre le risque d'exploiter l'œuvre, soit encore en demander l'autorisation au tribunal de grande instance[1030] ». Cette analyse repose sur l'article L. 122-9 du Code de la propriété intellectuelle dispose qu'en « *cas d'abus notoire dans l'usage ou le non-usage des droits d'exploitation de la part des représentants de l'auteur décédé visés à l'article L. 121-2, le tribunal judiciaire peut ordonner toute*

[1029]Article 3 de la Directive du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines : « Afin de déterminer si une œuvre ou un phonogramme sont des œuvres orphelines, les organisations visées à l'article 1er, paragraphe 1, veillent à ce que à l'égard de chaque œuvre ou autre objet protégé une recherche diligente des titulaires de droits soit effectuée de bonne foi, en consultant les sources appropriées pour le type d'œuvres et autres objets protégés en question. La recherche diligente est effectuée avant l'utilisation de l'œuvre ou du phonogramme ». Selon l'article 1er de la même directive, « la présente directive concerne certaines utilisations des œuvres orphelines faites par les bibliothèques, les établissements d'enseignement et les musées accessibles au public, ainsi que par les archives, les institutions dépositaires du patrimoine cinématographique ou sonore et les organismes de radiodiffusion de service public, établis dans les États membres, en vue d'atteindre les objectifs liés à leurs missions d'intérêt public ». Dans le même sens, l'article L. 135-3 du Code de la propriété intellectuelle dispose qu'un « *organisme mentionné au 1° de l'article L. 135-1 ne peut faire application de l'article L. 135-2 qu'après avoir : 1° Procédé à des recherches diligentes, avérées et sérieuses des titulaires de droits, en application du premier alinéa de l'article L. 113-10, dans l'Etat membre de l'Union européenne où a eu lieu la première publication ou, à défaut de celle-ci, la première radiodiffusion de l'œuvre. Ces recherches comportent la consultation des sources appropriées pour chaque catégorie d'œuvres. Lorsque l'œuvre n'a fait l'objet ni d'une publication, ni d'une radiodiffusion mais a été rendue accessible au public dans les conditions définies au dernier alinéa du 1° de l'article L. 135-1, ces recherches sont effectuées dans l'Etat membre où est établi l'organisme qui a rendu l'œuvre accessible au public. Pour les œuvres audiovisuelles, les recherches sont effectuées dans l'Etat membre où le producteur a son siège ou sa résidence habituelle ; 2° Communiqué le résultat des recherches mentionnées au 1°, ainsi que l'utilisation envisagée de l'œuvre orpheline, au ministre chargé de la culture, ou à l'organisme désigné à cette fin par celui-ci, qui le transmet sans délai à l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur mentionné au paragraphe 6 de l'article 3 de la directive 2012/28/UE du Parlement européen et du Conseil, du 25 octobre 2012, précitée aux fins de l'inscription de ces informations dans la base de données établie par cet office à cet effet* ».

[1030] Marie-Hélène FABIANI, « La diffusion et l'appropriation des œuvres orphelines à l'occasion de l'affaire Google », *Gaz. Pal.* 19 juin 2010, p. 15.

mesure appropriée. Il en est de même s'il y a conflit entre lesdits représentants, s'il n'y a pas d'ayant droit connu ou en cas de vacances ou de déshérence. Le tribunal peut être saisi notamment par le ministre chargé de la culture ».

718. En résumé, il ressort de l'analyse qui précède que le mécanisme actuel met plutôt l'accent sur la bonne foi des organismes en charge de gérer les œuvres orphelines. Or, comme le souligne Madame Marie-Hélène Fabiani, « si la notion de bonne foi est inopérante en matière de contrefaçon, elle pourrait néanmoins être invoquée par celui qui déciderait d'exploiter une œuvre orpheline, après avoir effectué des recherches sérieuses, restées vaines. Ce dernier pourrait ne jamais être inquiété, puisque, par définition, les ayants droit sont introuvables et ne connaîtront pas forcément l'utilisation qui est faite de leur œuvre[1031] ». Si le régime des œuvres orphelines ressemble à la situation de l'absent, se pose toutefois la question de la gestion des droits d'auteur de l'auteur absent. Autrement dit, le droit de la propriété intellectuelle évince-t-il le droit commun de l'absence ou se combine-t-il avec lui ?

719. La gestion des droits d'auteur de l'absent. Il ressort de l'article 112 du Code civil précité que l'absence est une situation assez singulière en droit. En effet, il n'est pas aisé de trouver des réponses justes à des situations qui relèvent de l'incertitude. Par nature, une situation incertaine n'est jamais totalement figée. Toute réponse juridique qui sera apportée à cet effet sera, peut-être, remise en cause. C'est pourquoi, pour la doctrine, « au point de vue juridique, l'absent est celui dont la vie et incertaine, c'est une personne qui a disparu de son domicile ou de sa résidence depuis assez longtemps et dont on a plus de nouvelles de sorte que nul ne peut prouver qu'elle est morte ou vivante[1032] ». Cette définition permet de distinguer l'absent du non-présent qui vise la situation de « celui dont sait parfaitement l'existence et qui seulement hors de son domicile ou de sa résidence habituelle[1033] ». Si la situation de non-présence ne produit pas d'effet, celle de l'absence a des conséquences juridiques, c'est le cas notamment en droit d'auteur.

720. La présomption d'absence. En effet, outre les effets sur la situation matrimoniale, la question de la gestion des biens de l'absent se pose naturellement.

[1031] *Ibid.*
[1032] Gabriel MARTY, Pierre RAYNAUD, *Droit civil, Les personnes*, 2e éd. Sirey, 1967, p. 20.
[1033] *Ibid.*

Sur cette question, s'agissant de la présomption d'absence, l'article 113 du Code civil indique que « *le juge peut désigner un ou plusieurs parents ou alliés, ou, le cas échéant, toutes autres personnes pour représenter la personne présumée absente dans l'exercice de ses droits ou dans tout acte auquel elle serait intéressée, ainsi que pour administrer tout ou partie de ses biens ; la représentation du présumé absent et l'administration de ses biens sont alors soumises (…) aux règles applicables à la tutelle des majeurs sans conseil de famille, ou, à titre exceptionnel et sur décision expresse du juge, aux règles de l'habilitation familiale si le représentant est une des personnes mentionnées à l'article 494-1* ». La présomption d'absence est dans ce cas une présomption de survie traitée comme une incapacité, ce qui renvoie à la classification des droits d'auteur au regard du droit des majeurs protégés.

721. La déclaration d'absence. Lorsque l'absence est déclarée par le tribunal conformément à l'article 122 du Code civil[1034], le premier alinéa de l'article 128 du même code énonce que « *le jugement déclaratif d'absence emporte, à partir de la transcription, tous les effets que le décès établi de l'absent aurait eus* ». La situation de l'absent est traitée comme une personne décédée. La loi confie généralement la gestion de ses biens aux personnes qui sont intéressés[1035] à ce que cette absence soit constatée. C'est dans cette logique qu'il faut inscrire le droit de la propriété littéraire et artistique. Selon l'article L. 123-1 du Code de la propriété intellectuelle, « *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. Au décès de l'auteur, ce droit persiste au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années qui suivent. Ce droit s'éteint au cas où le conjoint contracte un nouveau mariage* ». L'article L. 123-6 du même code poursuit en précisant que, « *pendant la période prévue à l'article L. 123-1, le conjoint survivant, contre lequel n'existe pas un jugement passé en force de chose jugée de séparation de corps, bénéficie, quel que soit le régime matrimonial et indépendamment des droits qu'il tient des articles 756 à 757-3 et 764*

[1034] Article 122 Code civil : « *Lorsqu'il se sera écoulé dix ans depuis le jugement qui a constaté la présomption d'absence, soit selon les modalités fixées par l'article 112, soit à l'occasion de l'une des procédures judiciaires prévues par les articles 217 et 219, 1426 et 1429, l'absence pourra être déclarée par le tribunal judiciaire à la requête de toute partie intéressée ou du ministère public. Il en sera de même quand, à défaut d'une telle constatation, la personne aura cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence, sans que l'on en ait eu de nouvelles depuis plus de vingt ans* ».

[1035] Article 112 du Code civil : « *lorsqu'une personne a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence sans que l'on en ait eu de nouvelles, le juge des tutelles peut, à la demande des parties intéressées ou du ministère public, constater qu'il y a présomption d'absence* ».

à 766 du Code civil sur les autres biens de la succession, de l'usufruit du droit d'exploitation dont l'auteur n'aura pas disposé. Toutefois, si l'auteur laisse des héritiers à réserve, cet usufruit est réduit au profit des héritiers, suivant les proportions et distinctions établies par l'article 913 du code civil ». On constate donc que le droit d'auteur n'évince pas le droit commun sur la question. En ce sens, la gestion des droits d'auteur doit obéir à la phase qui va de la présomption d'absence à celle de la déclaration d'absence.

722. Le retour de l'absent. Durant toute la période de la présomption, il y a une forte probabilité que l'absent soit en vie. Il y a donc l'idée qu'il faut préparer son retour. D'où le fait que dans cette phase, les représentants désignés ne sont autorisés à prendre que des mesures d'administration provisoires de ses biens. C'est ce qui ressort par exemple de l'article 113 du Code civil précité. Il résulte du premier alinéa de l'article 121 du Code civil[1036] une primauté de la représentation conventionnelle en cas de procuration. De même, selon le second alinéa du même article, lorsque l'absent est marié, l'application du régime matrimonial est privilégiée. L'idée ici, c'est de dire que « son conjoint, en usant des pouvoirs qu'il tient du régime matrimonial, au besoin accrus grâce à une autorisation judicaire, peut être en mesure de pourvoir suffisamment à la défense des intérêts en cause[1037] ». En droit d'auteur, c'est cette règle qui a été retenue par l'article L. 123-6 précité.

723. Il n'y a donc pas de raison que le droit d'auteur ne s'aligne pas sur la règle prévue en cas de retour de l'absent. En effet, « l'idée mère du système de la loi française est que l'absence, quelque longue qu'elle soit, ne donne jamais la certitude du décès (…)[1038] ». Ainsi, lorsque par exemple le présumé absent « *réapparait ou donne de ses nouvelles* », l'article 118 du Code civil dispose qu'il « *est, sur sa demande, mis fin par le juge aux mesures prises pour sa représentation et l'administration de ses biens ; il recouvre alors les biens gérés ou acquis pour son compte durant la période de l'absence* ». De même, s'agissant de la personne déclarée absente, l'article 130 du

---

[1036] Article 121 du Code civil : Les dispositions relatives à la présentation du présumé absent « *ne sont pas applicables aux présumés absents ou aux personnes mentionnées à l'article 120 lorsqu'ils ont laissé une procuration suffisante à l'effet de les représenter et d'administrer leurs biens.*
Il en est de même si le conjoint peut pourvoir suffisamment aux intérêts en cause par l'application du régime matrimonial, et notamment par l'effet d'une décision obtenue en vertu des articles 217 et 219, 1426 et 1429 ».

[1037] Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Les personnes*, LGDJ, 1989, n°69.

[1038] Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, *op. cit.*, n°634.

Code civil énonce que « *l'absent dont l'existence est judiciairement constatée recouvre ses biens et ceux qu'il aurait dû recueillir pendant son absence dans l'état où ils se trouvent, le prix de ceux qui auraient été aliénés ou les biens acquis en emploi des capitaux ou des revenus échus à son profit* ». En droit de la propriété intellectuelle, la règle est facilement transposable étant donné que l'auteur absent pourra être pleinement réinvesti de ses droits sur ses œuvres. Son absence est sans incidence sur la durée de son monopole. Autrement dit, l'absence n'est pas interruptive de la durée de protection des droits d'auteur étant donné que, suivant l'article L. 123-1 du Code de la propriété intellectuelle, la protection dure pendant la vie de l'auteur et soixante-dix ans après au profit de ses ayants droit.

724. Le régime juridique des biens en déshérence. L'autre régime auquel on peut rapprocher le mécanisme de gestion collective des œuvres orphelines concerne les biens en déshérence. La déshérence est la « situation d'une succession en l'absence d'héritier, c'est-à-dire de parent au degré successible, de conjoint survivant ou de légataire universel[1039] ». La comparaison avec l'auteur de l'œuvre orpheline permet d'aboutir à peu près à la même conclusion : celle qui permet de considérer l'auteur comme décédé lorsqu'il est impossible de localiser les héritiers ou par extension les titulaires potentiels (éditeurs)[1040]. La discussion sur ses biens semble obéir à la même logique que celle applicable aux biens en déshérence au sens de l'article 539 Code civil qui dispose que « *les biens des personnes qui décèdent sans héritiers ou dont les successions sont abandonnées appartiennent à l'Etat* ».

725. A ce stade, il faut noter que la ressemblance avec le mécanisme des œuvres orphelines est frappante. En effet, c'est l'Etat (à travers le législateur national et communautaire) qui a créé la catégorie des œuvres orphelines en prévoyant un mode de gestion spécifique, en l'occurrence l'exploitation par des organismes de gestion collective. Les conséquences à long terme d'une telle politique aboutissent à une forme d'appropriation des œuvres par l'Etat à l'image de ce que prévoit l'article 539 du Code civil précité, étant donné que, si pendant toute la durée d'exploitation de l'œuvre orpheline, jusqu'à ce qu'elle tombe dans le domaine public aucun auteur, ni héritier ou

[1039] Serge GUINCHARD (Dir.), *Lexique des termes juridiques*, *op. cit*. p. 362.
[1040] Article L. 113-10 alinéa 1er du Code de la propriété intellectuelle : « *L'œuvre orpheline est une œuvre protégée et divulguée, dont le titulaire des droits ne peut pas être identifié ou retrouvé, malgré des recherches diligentes, avérées et sérieuses* ».

titulaire des droits ne se manifeste, les redevances perçues ne seront jamais reversées. Elles seront plutôt réutilisées en soutien à la politique culturelle qui justifie ce mécanisme de gestion. Suivant la règle selon laquelle les biens considérés comme en déshérence ont vocation à tomber dans l'escarcelle de l'Etat[1041], il s'agit incontestablement d'une forme d'appropriation indirecte d'œuvres dont les auteurs ont été impossibles à identifier. Cela dit, au-delà du fait que le sort des œuvres orphelines ressemble à celui des biens en déshérence, peut se poser la question de la gestion des droits d'auteur dans le cadre d'une succession en déshérence et vacante.

726. Le droit commun de la succession en déshérence. Au regard du droit commun de la succession, la question de l'exploitation des œuvres de l'esprit se pose d'une manière générale. Ici, il s'agit de savoir si les règles du droit commun de la déshérence peuvent faire échec à celles issues du Code de la propriété intellectuelle et inversement. Le sujet est intéressant en ce sens que « *l'Etat n'est pas un héritier ; il ne succède pas au défunt en vertu d'une vocation héréditaire : c'est son droit de souveraineté qu'il exerce*[1042] ». Il est donc tout à fait logique de craindre que le caractère exorbitant de ses pouvoirs n'aboutisse à remettre en cause certains principes du droit d'auteur comme le droit moral. Mais, en définitive, la vocation successorale de l'Etat ressemble à celle des personnes physiques. Certes, pendant longtemps, la loi du 14 juillet 1866 sur les droits des héritiers et des ayants-cause des auteurs prévoyait que le droit exclusif de l'auteur sans héritier s'éteignait. Le sixième alinéa de l'article premier de cette loi énonçait que « *lorsque la succession est dévolue à l'État, le droit exclusif s'éteint, sans préjudice des droits des créanciers et de l'exécution des traités de cession qui ont pu être consentis par l'auteur ou par ses représentants* ». Ainsi, les œuvres en déshérence étaient automatiquement versées dans le domaine public. L'idée qui justifiait cette mesure à l'époque était que, la gestion quotidienne de tels biens par l'Etat pouvait être lourde et surtout couteuse pour les finances publiques. C'est notamment ce que soulignait le Professeur Eugène Pouillet pour qui « cette disposition est sage et libérale. La gestion des propriétés de ce genre qui, chaque année, pourraient

---

[1041] Article L. 1122-1 du Code général de la propriété des personnes publiques : « *Par application des dispositions des articles 539 et 768 du code civil, l'Etat peut prétendre aux successions des personnes qui décèdent sans héritiers ou aux successions qui sont abandonnées, à moins qu'il ne soit disposé autrement des biens successoraux par des lois particulières.*
Conformément à l'article 724 du code civil, l'Etat doit demander l'envoi en possession selon les modalités fixées au premier alinéa de l'article 770 du même code ».

[1042] Marcel PLANIOL, *Traite élémentaire de droit civil*, Tome 3, Librairie cotillon, 1903, n°1922, p. 594.

lui advenir, serait un sérieux embarras pour l'Etat et, dans la plupart des cas, d'un médiocre profit pour lui. Il a paru plus convenable d'en faire attribution au domaine public et de devancer ainsi l'heure de sa prise de possession. L'Etat est, au demeurant, le représentant de l'intérêt général, et c'est assurément l'intérêt de tous que les œuvres littéraires ou artistiques puissent être librement reproduites[1043] ». Aujourd'hui, cette règle n'étant plus d'actualité, on suppose que l'ensemble des droits que dispose l'auteur sur ses créations sont recueillis par l'Etat. Par exemple, l'article L. 123-7, II du Code de la propriété intellectuelle[1044] prévoit qu'en cas de succession en déshérence ou en vacances, la gestion du droit de suite peut être confiée à un organisme de gestion collective.

727. Le droit commun de la succession vacante. Au sens strict**,** une succession vacante est « une succession qui n'est réclamée par personne, même pas par l'Etat[1045] ». Dans cette hypothèse, les droits de l'auteur sont transmis à l'Etat. En ce sens, il a été jugé que « si les œuvres dépendent d'une succession vacante, l'Etat garde sur elle un droit exclusif[1046] ». Ainsi, avant l'envoi en possession de l'Etat, le curateur désigné à cet effet peut tout à fait réaliser des actions sur l'ensemble des droits patrimoniaux de l'auteur. Seul le droit moral de l'auteur pourra échapper à toute alinéation. Par exemple, pour apurer le passif de la succession, le curateur peut tout à fait céder les droits de l'auteur dont la succession est vacante. C'est ce qui ressort de l'article 810-2 Code civil qui précise qu'il « *ne peut céder les immeubles que si le produit prévisible de la vente des meubles apparaît insuffisant* ». La question se pose de savoir si l'aliénation se réalisera selon les termes du code de la propriété intellectuelle ou si elle obéit au droit de la domanialité publique. Par exemple, il peut être question de savoir si lors de la cession des droits d'auteur par l'Etat, il sera nécessaire de spécifier les droits cédés conformément à l'article L. 131-3 du Code de la

---

[1043] Eugène Pouillet, *op. cit*. n°237.

[1044] Article L. 123-7, II : « *En l'absence d'ayant droit connu, ou en cas de vacance ou de déshérence, le tribunal judiciaire peut confier le bénéfice du droit de suite à un organisme de gestion collective régi par le titre II du livre III de la présente partie, agréé à cet effet par arrêté du ministre chargé de la culture. Le tribunal peut être saisi par le ministre chargé de la culture ou par l'organisme agréé* ».

[1045] Gerard CORNU, *Vocabulaire Juridique*, p. 334. V. également l'article 809 du Code civil qui dispose que « *La succession est vacante :*
1° Lorsqu'il ne se présente personne pour réclamer la succession et qu'il n'y a pas d'héritier connu ;
2° Lorsque tous les héritiers connus ont renoncé à la succession ;
3° Lorsque, après l'expiration d'un délai de six mois depuis l'ouverture de la succession, les héritiers connus n'ont pas opté, de manière tacite ou expresse ».

[1046] Trib. civ. Seine, 23 août 1883 ; *Gaz. trib*., 24 août 1883.

propriété intellectuelle. Cette interrogation est d'autant plus justifiée que l'aliénation des biens du *de cujus* peut se faire, selon l'article 810-3 du Code civil[1047], sur la base du Code général de propriété des personnes publiques. En l'absence de texte qui précise spécifiquement le régime juridique applicable, la logique voudrait que l'Etat fasse primer les règles de la propriété intellectuelle.

728. Cette logique doit également être maintenue même lorsque la curatelle prend fin[1048] et que l'Etat est envoyé en possession. En effet, l'Etat qui recueille la succession doit pouvoir exploiter les droits d'auteurs soixante-dix-ans après le décès. Il est cependant tenu de veiller au respect des droits moraux de l'auteur, qui sont des doits imprescriptibles et attachés à la personne de l'auteur. Aussi, que la succession soit en déshérence ou vacante, l'exploitation par l'Etat des droits patrimoniaux s'effectue sous réserve également du respect des droits des cessionnaires avec lesquels l'auteur avait contracté[1049].

729. Le régime juridique des biens sans maître. Les biens sans maître sont des biens avant tout appropriables qui ne l'ont pas été ou qui ont cessé de l'être. Cette précision est importante en ce sens qu'il faut faire la distinction entre les *res nullius*[1050] (biens qui n'appartiennent à personne) et les *res derelictae* qui concernent les choses abandonnées. C'est à cette dernière catégorie que peuvent être rattachées les œuvres orphelines étant donné que, par définition, une œuvre de l'esprit ne peut appartenir à la catégorie des *res nullius*. Si le traitement réservé aux œuvres considérées comme orphelines ressemble à celui applicable aux biens vacants[1051], deux observations doivent cependant être soulignées : tout d'abord, contrairement au mécanisme de

---

[1047] Article 810-3 alinéa 1er Code civil : « *La vente a lieu soit par commissaire-priseur judiciaire, huissier ou notaire selon les lois et règlements applicables à ces professions, soit par le tribunal, soit dans les formes prévues par le code général de la propriété des personnes publiques pour l'aliénation, à titre onéreux, du domaine immobilier ou du domaine mobilier appartenant à l'Etat* ».

[1048] Article 810-12, 4° Code civil : « *La curatelle prend fin : Par l'envoi en possession de l'Etat ». Si aucun n'héritier ne s'est manifesté ou a refusé la succession* ».

[1049] Carine BERNAULT, André LUCAS, Agnès LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 5e éd., LexisNexis, 2017, n°665.

[1050] Article 714 du Code civil : « *Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous.*
Des lois de police règlent la manière d'en jouir ».

[1051] Article 809 du Code civil : « *La succession est vacante :*
1° Lorsqu'il ne se présente personne pour réclamer la succession et qu'il n'y a pas d'héritier connu ;
2° Lorsque tous les héritiers connus ont renoncé à la succession ;
3° Lorsque, après l'expiration d'un délai de six mois depuis l'ouverture de la succession, les héritiers connus n'ont pas opté, de manière tacite ou expresse ».

gestion des œuvres orphelines, l'Etat doit demander l'envoi en possession au sens de l'article 724 du Code civil[1052]. Ce qui constitue une garantie supplémentaire pour les titulaires des biens.

730. Les choses communes. Le dernier aspect du droit des biens auquel il est possible de rattacher l'œuvre orpheline est celui des choses communes au sens de l'article 714 du Code civil qui prévoit dans son premier alinéa qu'il « *est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous* ». Sous cet angle, on ne peut que considérer l'œuvre orpheline comme prématurément versée dans le domaine public. L'analyse est pertinente, étant donné que les chances que l'auteur ou les titulaires des droits se manifestent pour soustraire l'œuvre du mécanisme de gestion collective prévu à cet effet sont minimes.

731. La gestion d'affaires. Par ailleurs, il est possible aussi de s'interroger sur la qualification de gestion d'affaires à propos des organismes de gestion collectives des œuvres orphelines, voire des œuvres indisponibles ou des livres indisponibles. En effet, la ressemblance peut être frappante, étant donné que l'organisme de gestion gère des œuvres sans autorisation de leurs auteurs. Toutefois, la définition de la gestion d'affaire peut paraître difficile à appliquer au mécanisme de gestion collective des œuvres orphelines ou indisponibles. Selon le premier alinéa de l'article 1301 du Code civil « *celui dont l'affaire a été utilement gérée doit remplir les engagements contractés dans son intérêt par le gérant* ». Donc il s'agit d'une gestion légale. Si la gestion d'affaire est le fait pour une personne d'accomplir un acte juridique dans l'intérêt d'autrui sans en avoir été chargée, elle « diffère du mandat en ce qu'elle est entreprise spontanément par celui qui s'en charge, tandis que le mandat est une gestion d'affaires entreprise en vertu d'une convention ou en vertu de la loi[1053] ». En l'espèce, c'est la loi qui charge les organismes de gestion collective à gérer les œuvres orphelines et indisponibles. Même si rien n'interdit à l'auteur de retirer son oeuvre de

[1052] A défaut d'héritier, l'alinéa 3 de l'article 724 du Code civil prévoit que «*la succession est acquise à l'Etat, qui doit se faire envoyer en possession* ». Dans le même sens l'article 811 du Code civil : *« Lorsque l'État prétend à la succession d'une personne qui décède sans héritier ou à une succession abandonnée, il doit en demander l'envoi en possession au tribunal* ».

[1053] Marcel Planiol, Traité élémentaire droit civil, tome 2, 7e éd., LGDJ, 1917, n°2273, p. 7009.

la gestion collective[1054], ce qui peut valoir ratification[1055], les textes nouveaux se réfèrent beaucoup trop au mandat.

732. Somme toute, l'œuvre orpheline, par le processus d'identification et du mécanisme de gestion mis en place, demeure une chose commune le temps que l'auteur ou les titulaires se manifestent ou qu'on les retrouve. Son appartenance à la catégorie des choses communes soulève la question de la création d'un nouvel contournement au principe du consentement de l'auteur.

B : UN CONTOURNEMENT SUPPLEMENTAIRE AU DROIT D'AUTEUR

733. L'exploitation des droits d'auteur est gouvernée par un seul principe : celui du consentement préalable de l'auteur. Comme tout principe, il existe des exceptions qui sont limitativement énumérées par la loi[1056]. Toute dérogation supplémentaire au principe doit résulter expressément de la loi. Le fait de passer outre cette exigence expose le responsable à la contrefaçon. En ce sens, à l'occasion de l'affaire *Google Book* précédemment évoquée, il a été jugé que «la numérisation d'une œuvre, technique consistant en l'espèce à scanner l'intégralité des ouvrages dans un format informatique donné, constitue une reproduction de l'œuvre qui requiert en tant que telle, lorsque celle-ci est protégée, l'autorisation préalable de l'auteur ou de ses ayants droit[1057]». La solution, d'une logique implacable, est fondée sur l'article L. 122-4 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que « *toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite. Il en va de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque* ». Les auteurs sont unanimes pour dire que la solution précitée « vient ici rappeler que l'acte de numérisation d'un livre constitue une reproduction de

[1054] Article L. 135-6 du Code de la propriété intellectuelle : « *lorsqu'un titulaire de droits sur une œuvre orpheline justifie de ses droits auprès d'un organisme [de gestion désignée], ce dernier ne peut poursuivre l'utilisation de l'œuvre qu'avec l'autorisation du titulaire de droits* ».
[1055] Article 1301-3 Code civil : « *la ratification de la gestion par le maître vaut mandat* ».
[1056] En droit d'auteur, les principales exceptions sont énumérées par l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle.
[1057] TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 18 oct. 2009, *Sté Éditions du Seuil c/ Sté Google Inc.*, *JurisData* n° 2009-016553.

l'œuvre qui requiert, en tant que telle, lorsque l'œuvre est protégée, l'autorisation préalable de l'auteur[1058] ».

734. Ainsi, jusqu'aux différentes lois sur les livres ou œuvres indisponibles et orphelines, les juridictions étaient dans la droite ligne du principe du consentement préalable de l'auteur à toute exploitation numérique d'une œuvre quel que soit son statut (orpheline ou indisponible). L'intervention du législateur a eu pour conséquence de créer une exception déguisée au droit d'auteur[1059]. Pour le Professeur Emmanuel Derieux, « il s'agit cependant, dans l'intérêt collectif, d'une dérogation supplémentaire au caractère exclusif du droit patrimonial d'auteur ainsi réduit, par des grignotages successifs, comme peau de chagrin[1060] ». De son côté, le Professeur Frédéric Pollaud-Dulian souligne que « l'auteur est de plus en plus escamoté. Bien évidemment, la directive sur les œuvres orphelines n'est pas faite pour les auteurs ou les titulaires de droits voisins - lesquels, par hypothèse, ne sont pas connus ou restent introuvables - mais introduit dans la législation sur le droit d'auteur des dispositions dont le but est de favoriser d'autres intérêts, par l'institution d'une exception ou limitation spéciale nouvelle, ainsi que, ce qui est plus original, d'un système d'enregistrement sur une base de données, d'ailleurs confié à l'OHMI[1061]». Il faut préciser que, depuis le 23 mars 2016, l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (OHMI) a changé de nom pour devenir l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO).

735. La justification principale de cette nouvelle exception est fondée, comme il est indiqué dans la directive de 2012 relative aux œuvres orphelines, sur le fait que « dans le cas des œuvres orphelines, il est impossible d'obtenir » le consentement préalable de l'auteur « à l'exécution d'actes de reproduction ou de mise à disposition du public[1062]». L'autre argument, que l'on peut considérer comme convaincant pour

[1058] F-M. PIRIOU, « La numérisation des livres sans autorisation constitue un délit de contrefaçon (TGI Paris, 18 déc. 2009, aff. « Google recherche de livres ») », *Comm. com. électr.* mai 2010 n°5 p. 15, § 11.
[1059] Benoit GALOPIN, « Le régime des œuvres orphelines… adopté », *Juris art etc. JAC*, 2015, n°27, p.27. Pour lui, « la loi aboutit à créer une exception hors de la liste de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle ».
[1060] E. DERIEUX, « Œuvres orphelines ou état de déshérence. Le droit d'auteur réduit comme peau de chagrin », *RLDI* 2013/90, n° 2987.
[1061] Frédéric POLLAUD-DULIAN, « Utilisations autorisées des œuvres orphelines », *RTD com.* 2012, p.783.
[1062] Considérant 7 de la Directive 2012/28/UE du parlement européen et du conseil du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines.

surmonter l'obstacle que crée l'impossibilité de recueillir le consentement de l'auteur, est la considération d'un intérêt général[1063] que l'on a déjà développée précédemment.

736. Ainsi, l'analyse du droit européen sur la question permet de voir qu'il ne s'agit certes pas d'une nouvelle exception[1064] au droit d'auteur, mais l'on est en présence d'un véritable contournement du principe du consentement de l'auteur. Face à cette nouvelle donne, certains auteurs n'ont pas tardé à exprimer leur désapprobation en ce sens que « 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 », tant la propriété sera surtout perçue comme celle des entreprises sur les fruits de leurs investissements, plus que sur des créations[1065] ».

737. En conclusion, l'idée de la gestion des œuvres orphelines est calquée sur le modèle de la prescription, étant donné qu'est pris en compte pour qualifier une œuvre d'orpheline ou d'indisponible, outre la date de divulgation, la durée de l'inexploitation. Le mécanisme est original en ce sens qu'il est possible pour l'auteur ou aux titulaires de retirer l'œuvre de la gestion collective. Autrement dit, l'auteur de l'œuvre orpheline est analysé comme faisant l'objet d'une *petite mort* ou de *coma* à qui il est loisible, s'il est en mesure de le faire, de choisir de continuer ou non l'exploitation de l'œuvre.

[1063] Voir les considérants 2 et 3 de la directive 2012 qui esquisse l'idée de l'accomplissement d'un intérêt général.

[1064] Si tel était le cas, il s'agirait d'une exception supplémentaire ajoutée à celles limitativement énumérées par la directive 22 mai 2001. En ce sens que « les exceptions de cette directive étaient dans leur immense majorité facultatives pour les États membres (une seule exception étant obligatoire), alors que la formulation » employée par la directive 2012 « tend à laisser penser à un caractère impératif de la transposition » (Benoit GALOPIN, « Le régime des œuvres orphelines… adopté », *Juris art etc. JAC* 2015, n°27, p.27).

[1065] Frédéric POLLAUD-DULIAN, « Utilisations autorisées des œuvres orphelines », *RTD com.* 2012, p. 783.

Titre 2 : Les atteintes exogènes au consentement de l'auteur

738. Le droit de propriété est un droit fondamental en ce sens qu'il est constitutionnellement garanti[1066]. Pour autant, cette consécration ne fait pas de lui un droit absolu. En effet, selon l'article 544 du Code civil, « *la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ». Ainsi donc, le droit de propriété est soumis à des limites légales ou réglementaires d'une part, et, d'autre part, conventionnelles en vertu du principe de la liberté contractuelle[1067]. Au titre des limitations légales et à titre d'exemple, l'article 637 du Code civil autorise la servitude de passage définie comme « *une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire* ». Dans le même ordre d'idées, l'expropriation pour cause d'utilité publique est l'une des atteintes les plus significatives au droit de propriété, en ce sens qu'elle permet à l'administration de déposséder le propriétaire d'un immeuble, après une juste et préalable indemnisation. S'agissant des limitations conventionnelles, le propriétaire, de sa propre initiative peut aliéner librement ses biens tant qu'ils sont dans le commerce juridique. Il a donc le droit de porter « atteinte » à la consistance de son patrimoine. A l'instar des limites imposées au droit commun de la propriété, le droit de l'auteur sur ses créations intellectuelles n'est pas absolu. Les limitations à son consentement ne sont pas uniquement propres au cadre de l'exploitation commerciale de l'œuvre. En effet, il existe des situations dans lesquelles l'effectivité du consentement de l'auteur est restreinte, non pas de son fait mais, par la volonté du législateur qui justifie de telles atteintes par des considérations d'ordre social et par l'impossibilité pour l'auteur d'exercer matériellement toutes les prérogatives qu'il tire du caractère exclusif de ses

[1066] Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information. Cette décision a étendu le droit de propriété intellectuelle en étendant la protection aux mesures techniques de protection (MTP). Par exemple, le point n°41 de la décision précise que le fait de contraindre les auteurs à communiquer les informations essentielles à l'interopérabilités des MTP « devra entraîner leur indemnisation ; que, dans le cas contraire, ne seraient pas respectées les dispositions de l'article 17 de la Déclaration de 1789 aux termes duquel : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

[1067] Article 1102 Code de la propriété intellectuelle : « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public* ».

droits. C'est le cas des exceptions au droit d'auteur. En outre, à côté de ces atteintes au consentement de l'auteur que l'on peut qualifier « d'admises », il existe des situations frauduleuses d'atteinte comme la contrefaçon de droit d'auteur ou encore les risques induits par le développement de l'intelligence artificielle générative. Se pose alors la question suivante : quelles sont les implications sur le plan juridique de ces limitations des droits de l'auteur ? Quelles incidences sur le consentement de l'auteur ? Afin de mieux distinguer les deux situations et de tenter de répondre aux deux questions, seront d'abord étudiées les atteintes aux droits d'auteur reconnues aux tiers (**Chapitre 1**). Dans un second temps, l'analyse portera sur les atteintes frauduleuses ou qui prêtent à interprétation au consentement de l'auteur (**Chapitre** 2).

Chapitre 1 : Les atteintes admises aux droits de l'auteur

739. Comme précisé précédemment, les atteintes admises aux droits de l'auteur procèdent généralement de la loi, même si, comme on le verra, cela peut résulter de l'impossibilité pratique de l'auteur d'exercer pleinement tous les attributs de son droit exclusif. L'examen des atteintes légales au consentement de l'auteur (section 1) révèle que les limitations imposées à ses prérogatives peuvent être constitutives d'une forme d'expropriation (section 2).

Section 1 : Les atteintes légales au consentement de l'auteur

740. Les exceptions au droit d'auteur constituent l'atteinte légale par excellence au consentement de l'auteur (§1). Au-delà des arguments avancés pour justifier leur consécration, la tendance actuelle s'inscrit dans une logique d'extension (§2).

§1 : Les exceptions au droit d'auteur

741. La compréhension du sens des exceptions au droit d'auteur nécessite que l'on procède à la définition et à la précision de la notion d'exception (A). Si la définition de la notion peut paraître simple, elle est complexifiée par les conditions de son application et en particulier la condition relative au « test des trois étapes ou triple test » (B).

A : DEFINITION ET PRECISIONS SUR LA NOTION D'EXCEPTION

742. Il y a exception au droit d'auteur lorsque « le législateur autorise la réalisation d'un acte d'exploitation de l'objet protégé et dispense ainsi d'avoir à obtenir le consentement du titulaire des droits[1068]». Autrement dit, l'exception au droit d'auteur permet aux tiers de représenter, reproduire ou transformer l'œuvre de l'auteur sans son autorisation, contrairement au principe exposé par l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle qui énonce que « *l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous* ». En effet, le caractère exclusif du droit d'auteur est clairement réaffirmé par l'article L. 123-1 alinéa 1er du même code qui précise que « *l'auteur jouit, sa vie durant, du droit exclusif d'exploiter son œuvre sous quelque forme que ce soit*

[1068] Carine BERNAULT, Jean-Pierre CLAVIER, *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, Ellipses, 2015, p. 228.

et d'en tirer un profit pécuniaire ». De plus l'article L. 122-4 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « *toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite. Il en est de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque* ».

743. Concrètement, le principe du consentement de l'auteur étant intimement lié au caractère exclusif des droits dont il dispose sur ses créations artistiques, les exceptions en constituent l'atteinte la plus éloquente. De manière explicite, la Cour de justice de l'Union européenne dans un arrêt de 2013 a eu l'occasion de souligner que « ce droit exclusif peut être, selon les circonstances, soit totalement exclu, à titre d'exception, soit seulement limité[1069] ». C'est dans cet esprit qu'il faut lire l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle qui liste de manière limitative les exceptions qui s'imposent à l'auteur dans le cadre de l'utilisation de son œuvre par les tiers, soit les hypothèses qui échappent à son interdiction. Il convient de distinguer la notion d'exception des notions de limites et de limitations au droit d'auteur.

744. Exceptions et notion de « limitations ». Comme souligné précédemment, l'exception concerne « la situation où le législateur a choisi de faire échapper un acte au monopole des ayants droit alors que leur consentement devait en principe être requis[1070] ». Concrètement, il s'agit d'une suppression du droit exclusif par l'effet de la loi au profit des tiers. Par exemple, il est possible de citer les exceptions de courte citation de l'article L. 122-5, 3° du Code de la propriété intellectuelle selon lequel l'auteur ne peut interdire, sous réserve que soient indiqués son nom et la source, « *les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées* », ou encore de « *représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille* » prévues par la même disposition[1071]. En somme, par la seule volonté du législateur, « le titulaire des droits subit, en quelque

[1069] CJUE, 27 juin 2013, aff. jtes n° C-457/11 à C-640/11, *Verwertungsgesellschaft Wort c/ Kyocera, Epson et Xerox et Fujitsu et Hewlett-Packard*, CCE, oct. 2013, n° 99, obs. Christophe CARON ; D. 2013. 1680.

[1070] Carine BERNAULT, Jenan-Pierre CLAVIER, *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd., Ellipses, 2015, p. 292.

[1071] Article L. 122-5, 1°, Code de la propriété intellectuelle : « *Lorsque l'oeuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire : 1° Les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille* ».

sorte, une expropriation partielle pour cause d'utilité privée [1072]». Par ailleurs, il est possible de se poser la question de la qualification d'exception étant donné que cela présuppose un droit absolu, alors qu'en voyant le droit d'auteur comme la concession d'un monopole temporaire par l'Etat[1073], on est dans une délimitation *a priori* de l'étendue du droit.

745. En revanche, la notion de limitation suppose un maintien relatif ou de manière casuistique des droits d'autorisation et d'interdiction. En effet, la CJUE, en tentant de faire la distinction entre les deux notions, a précisé que le « droit exclusif peut être, selon les circonstances, soit totalement exclu, à titre d'exception, soit seulement limité. Il n'est pas exclu qu'une telle limitation puisse comporter, partiellement, en fonction des différentes situations particulières qu'elle régit, une exclusion, une restriction, voire le maintien dudit droit[1074] ». En d'autres termes, les limitations privent l'auteur de ses droits d'autorisation et d'interdiction, mais lui assurent une compensation financière comme dans l'hypothèse de la copie privée et a minima ne le privent pas de son droit à la paternité comme dans le cas de la courte citation. Aussi, les exceptions ou limitations n'ont pas vocation à créer des droits au profit des utilisateurs. Par exemple, la Cour d'appel de Paris a déjà jugé dans ce sens en précisant qu'il « résulte de la nature juridique de la copie privée que celle-ci (…) ne constitue pas un droit mais une exception légale au principe de la prohibition de toute reproduction intégrale ou partielle d'une œuvre protégée faite sans le consentement du titulaire de droits d'auteur. Il se déduit de cette qualification que si la copie privée peut être, à supposer les conditions légales remplies, opposée pour se défendre à une action, notamment en contrefaçon, elle ne saurait être invoquée comme étant constitutive d'un droit, au soutien d'une action formée au principal (…)[1075] ». Le fait que le contenu des exceptions soit hors du champ du monopole de l'auteur n'est pas constitutif de droits pour les

---

[1072] TGI, Paris, 30 sept. 1983, *D*, 1984, p. 289, obs. Claude COLOMBET ; V. également, Christophe CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 6e éd., LexisNexis, 2020, p. 354, note n°401.

[1073] Article L. 123-1 Code de la propriété intellectuelle : « *L'auteur jouit, sa vie durant, du droit exclusif d'exploiter son oeuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire.*
Au décès de l'auteur, ce droit persiste au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années qui suivent ».

[1074] CJUE, 27 juin 2013, (pt. 34), aff. jtes n° C-457/11 à C-640/11, *Verwertungsgesellschaft Wort c/ Kyocera, Epson et Xerox et Fujitsu et Hewlett-Packard*, CCE, oct. 2013, n° 99, obs. C. Caron ; D. 2013. 1680.

[1075] Paris, 4 avr. 2007, *UFC-Que choisir et S. Perquin c/ Universal (…) ; RTD Com.* 2007 p.357 obs. Frédéric POLLAUD-DULIAN.

tiers[1076]. En résumé, les exceptions et les limitations sont toutes précisées de manière exhaustive par l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle, ce qui n'est pas le cas des « limites » que peut rencontrer l'auteur dans l'exercice de ses droits.

746. Exceptions et notion de « limites ». La notion de « limites » au droit d'auteur est une notion abstraite voire philosophique. Elle met l'accent sur des évidences qui démontrent que le droit d'auteur n'est pas un droit absolu. En effet, la notion peut « renvoyer à des hypothèses dans lesquelles l'abandon du droit exclusif résulte en quelques sorte de la nature des choses et n'a donc pas besoin d'être expressément prévu par la loi[1077]». C'est par exemple le cas lorsque l'œuvre tombe dans le domaine public[1078] après l'expiration de la période de protection ou encore le fait que le droit d'auteur ne protège pas les idées, celles-ci étant de libre parcours[1079]. Aussi, la liberté d'expression et l'intérêt général constituent également des limites aux droits de l'auteur.

747. Par ailleurs, les exceptions ou limitations ne suffisent pas pour justifier une entorse aux droits de l'auteur. Encore faut-il que l'utilisateur respecte les conditions posées par l'avant dernier alinéa de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que « *les exceptions énumérées par le présent article ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur* ».

B : LE TEST DES TROIS ETAPES OU TRIPLE TEST

748. Communément appelé « test des trois étapes » ou « triple test », cette condition a été introduite par la loi DADVSI de 2006 en application de la directive de

---

[1076] Christophe CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 6e éd., LexisNexis, 2020, p. 354.
[1077] André LUCAS et Agnès LUCAS-SCHLOETTER, Carine BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 5e éd., LexisNexis, 2017, n°342.
[1078] Au sens strict du terme, le fait que l'œuvre tombe dans le domaine public ne traduit pas un abandon de l'auteur mais résulte d'une prescription. En ce sens, l'article L. 123-1 du Code la propriété intellectuelle énonce que « *l'auteur jouit, sa vie durant, du droit exclusif d'exploiter son oeuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire.*
Au décès de l'auteur, ce droit persiste au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années qui suivent ».
[1079] V. Il est de jurisprudence constante que « la propriété littéraire et artistique ne protège pas les idées ou concepts, mais seulement la forme originale sous laquelle ils sont exprimés ». V. Civ. 1re, 17 juin 2003, n°01-17.650.

2001[1080] adoptée dans le prolongement de la Convention de Viennes de 1971[1081]. Il s'agit bien évidemment d'une condition supplémentaire qui vient s'ajouter à la difficulté de la distinction entre les notions d'exception et de limitation.

749. En faisant une interprétation stricte de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle, le test des trois étapes est appliqué à toutes les exceptions qui y sont énumérées. Ainsi, les utilisateurs sont tenus de respecter les conditions que cette méthode induit. Concrètement, ils doivent procéder de la manière suivante : vérifier que l'exception est bien prévue par l'article L. 122-5 précité, s'assurer ensuite que son usage ne porte pas atteinte « *à l'exploitation normale de l'œuvre* » et qu'enfin il ne cause pas « *un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur* ». Par exemple, un consommateur qui achète un livre dont il veut en faire une copie à titre privé doit : premièrement vérifier que l'exception de copie privée est expressément prévue par l'article L. 122-5. En l'occurrence c'est le cas puisque le 2° de l'article précité dispose que l'auteur ne peut interdire «*les copies ou reproductions réalisées à partir d'une source licite et strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective, à l'exception des copies des œuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'œuvre originale a été créée et des copies d'un logiciel autres que la copie de sauvegarde établie dans les conditions prévues au II de l'article L. 122-6-1 ainsi que des copies ou des reproductions d'une base de données électronique* ». Deuxièmement, il doit s'assurer que son geste ne nuit pas « *à l'exploitation normale de l'œuvre* ». Autrement dit, il doit se poser la question de savoir si l'œuvre est toujours commercialisée ou non. Si c'est le cas, il doit logiquement préférer l'acheter au lieu d'en faire une copie. Dans le cas contraire, il peut toujours en faire une copie à la condition que cela ne cause aucun « *préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur* », c'est-à-dire s'en tenir à une utilisation strictement personnelle et non commerciale. A ce stade, il faut aussi se poser les bonnes questions.

[1080] 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. V. l'article 5.5 qui précise que certaines exceptions ou limitations « *ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit* ».

[1081] Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (révisée à Paris le 24 juillet 1971). Selon l'article 9.2, « est réservé aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction desdites œuvres dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur ».

En effet, si l'œuvre n'est plus commercialisée, que l'on ne réalise qu'une seule copie, qu'on n'en fasse pas une commercialisation illégale *etc*., l'intérêt légitime de l'auteur se trouvera préservé.

750. L'analyse de cette conditionnalité supplémentaire permet de voir que le but recherché en réalité est de maintenir l'effectivité du droit exclusif d'exploitation, du moins en théorie, par rapport à l'atteinte que représentent les exceptions en droit d'auteur. Elle permet aussi de parer ou de limiter les dérives qui pourraient découler de leur application.

751. Eu égard à la complexité de la discipline, l'applicabilité par les utilisateurs de la condition du triple test peut s'avérer difficile voire impossible pour plusieurs raisons. D'abord, par méconnaissance, en ce sens que ce ne sont pas tous les utilisateurs qui savent interpréter les textes de lois pour déterminer si une exception leur est applicable ou non. Cela revient d'ailleurs à faire une application indirecte de la technique anglo-saxonne du *fair use* ou du *fair dealing*[1082] qui consiste à permettre l'utilisateur de faire un usage loyal des créations artistiques sans le consentement de l'auteur et de laisser le soin au juge de trancher entre ce qui peut relever de la contrefaçon et de ce qui n'en relève pas en cas de conflit. Dans cette logique le test des trois étapes, loin de sa finalité initiale, a pour conséquence la relégation au second plan du travail du législateur en faveur des utilisateurs pour mettre le juge en exergue. De son côté, la doctrine est unanime pour dire que « le triple test, abandonné au juge ne peut de la sorte jouer que contre les bénéficiaires d'exceptions puisqu'une exception jugée légitime par le législateur peut ainsi être remise en cause[1083] ». Par exemple, dans l'affaire *Mulholland drive,* il était question de savoir si la pose de mesures techniques de protection dans un DVD qui empêche d'en effectuer des copies n'était pas en contradiction avec l'exception de copie privée. Après une réponse positive des juges du second degré, la Cour de cassation a estimé que « l'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, propre à faire écarter l'exception de copie privée s'apprécie au regard des risques inhérents au nouvel environnement numérique quant à la sauvegarde des droits d'auteur et de l'importance économique que l'exploitation de l'œuvre, sous forme de DVD, représente

[1082] Carine BERNAULT, Jean-Pierre CLAVIER, *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. Ellipses, 2015, p. 235 et s.
[1083] Michel VIVANT, Jean-Michel BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droit voisins*, Dalloz, 2019, n°619.

pour l'amortissement des coûts de production cinématographique[1084] ». Cette solution renforce l'idée que le test des trois étapes a pour effet d'affaiblir les effets des exceptions légalement prévues par le législateur au point de remettre en cause « l'équilibre du droit d'auteur[1085] ».

752. Toutefois, il faut rappeler que le respect des conditions encadrant l'usage des exceptions doit être observé aussi bien vis-à-vis de l'auteur que du ou des titulaire(s) des droits (cessionnaire, ayants droit *etc.*[1086]).

§2 : Justifications et extension des exceptions en droit d'auteur

753. Presque toutes les justifications au soutien des exceptions au droit d'auteur précèdent de la volonté de conciliation avec certaines libertés publiques, comme la liberté d'expression, la liberté de création, la liberté d'information (A). La notion de liberté étant en perpétuelle extension, les exceptions au droit d'auteur s'en trouvent renforcées voire élargies (B).

A : LES JUSTIFICATIONS DES EXCEPTIONS

754. L'une des principales critiques adressées au « test des trois étapes » consiste à dire qu'il autorise une atteinte aux droits reconnus par le législateur aux utilisateurs. C'est d'ailleurs par cette critique que se conclut la « Déclaration en vue d'une interprétation du « test des trois étapes » respectant les équilibres du droit d'auteur[1087] ». Les auteurs de cet appel, spécialistes reconnus de la matière, estiment que « le test des trois étapes devrait être interprété de telle manière qu'il respecte les intérêts légitimes des tiers, à savoir : les intérêts découlant des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, les intérêts découlant d'un principe de libre concurrence, notamment sur les marchés secondaires, et les autres intérêts de la collectivité, comme

---

[1084] Civ., 1re, 28 février 2006, n° 05-15.824 ; *RTD com*. 2006. 370, obs. Frédéric Pollaud-Dulian ; *Comm. com. électr*. n° 4, avril 2006, comm. 56, Christophe CARON.

[1085] Christophe GEIGER, « Le test des trois étapes, un danger pour l'équilibre du droit d'auteur ? », *RLDI* n°15, 1er avril 2006.

[1086] Michel VIVANT, Jean-Michel BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droit voisins*, Dalloz, 2019, p. 539 note n°4.

[1087] Christophe GEIGER, Jonathan GRIFFITHS, Reto M. HILTY, « Déclaration en vue d'une interprétation du « Test des trois étapes » respectant les équilibres du droit d'auteur », *Cahier de la propriété intellectuelle*, 2012, volume 24, n°1. https://www.lescpi.ca/s/828.

notamment le progrès scientifique et le développement culturel, social et économique».

755. En d'autres termes, cette interpellation porte sur les éléments qui servent de justifications à l'atteinte induite par les exceptions au droit exclusif de l'auteur. En effet, la lecture de l'article L. 122-5 du Code la propriété intellectuelle laisse apparaître deux catégories d'exceptions basées sur la distinction entre « exceptions » et « limitations ». En effet, quand le droit exclusif est supprimé, on peut parler de véritable exception. Dans cette hypothèse, le droit exclusif est écarté au profit des utilisateurs sans contrepartie. Tel est le cas pour « *les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées* », les revues de presse et discours officiels, la parodie, le pastiche et la caricature, l'exception de reproduction et de représentation « *en vue d'une consultation strictement personnelle de l'œuvre par des personnes atteintes d'une ou plusieurs déficiences des fonctions motrices, physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques* », l'exception d'information *etc*. En revanche, quand le droit exclusif subit seulement des limitations, l'auteur ne peut pas s'opposer à l'utilisation de ses œuvres, mais bénéficie d'une compensation financière que l'on peut qualifier de licence légale. Il s'agit par exemple de l'exception de pédagogie prévue par l'article L. 122-5,3°(e) du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que « *la représentation ou la reproduction d'extraits d'œuvres, sous réserve des œuvres conçues à des fins pédagogiques et des partitions de musique, à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de la recherche, dès lors que cette représentation ou cette reproduction est destinée, notamment au moyen d'un espace numérique de travail, à un public composé majoritairement de chercheurs directement concernés par l'activité de recherche nécessitant cette représentation ou cette reproduction, qu'elle ne fait l'objet d'aucune publication ou diffusion à un tiers au public ainsi constitué, que l'utilisation de cette représentation ou cette reproduction ne donne lieu à aucune exploitation commerciale et qu'elle est compensée par une rémunération négociée sur une base forfaitaire sans préjudice de la cession du droit de reproduction par reprographie mentionnée à l'article L. 122-10* » ou des retransmissions par câble prévues par l'article L.132-20 du Code de la

propriété intellectuelle[1088]. Certaines de ces retransmissions sont soumises au paiement de droits collectés par des organismes de gestion collective conformément à l'article L.132-20-1 du Code de la propriété intellectuelle sous deux conditions : la diffusion par câble doit être réalisée par un autre diffuseur « avec une extension de la zone géographique préalablement couverte par le réseau hertzien[1089]».

756. Par ailleurs, les exceptions précitées sont fondées sur des éléments de justification communs que sont la liberté d'expression, la liberté de création artistique, le droit à l'information, l'intérêt général.

757. Exception et liberté d'information. L'article 11 de la Charte des droits de l'Union européenne indique que « toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites[1090] ».

758. L'atteinte au droit exclusif de l'auteur justifiée par la liberté d'information a fait son entrée dans le Code de la propriété intellectuelle à la suite d'un arrêt de la Cour de cassation en 2003[1091]. En l'espèce, la chaine d'informations France 2 avait fait un reportage sur une exposition de certaines toiles de Maurice Utrillo dont douze

---

[1088] Article L. 132-20 Code de la propriété intellectuelle : « *Sauf stipulation contraire :*
1° L'autorisation de télédiffuser une œuvre ne comprend pas la retransmission de cette télédiffusion, quelle que soit la manière dont le prestataire du service de retransmission obtient cette œuvre et quelle que soit la technologie qu'il utilise, à moins qu'elle ne soit faite en simultané et intégralement par l'organisme bénéficiaire de cette autorisation et sans extension de la zone géographique contractuellement prévue ;
2° L'autorisation de télédiffuser l'œuvre ne vaut pas autorisation de communiquer la télédiffusion de cette œuvre dans un lieu accessible au public ;
3° L'autorisation de télédiffuser l'œuvre par voie hertzienne ne comprend pas son émission vers un satellite permettant la réception de cette œuvre par l'intermédiaire d'organismes tiers, à moins que les auteurs ou leurs ayants droit aient contractuellement autorisé ces organismes à communiquer l'œuvre au public ; dans ce cas, l'organisme d'émission est exonéré du paiement de toute rémunération ;
4° L'autorisation de télédiffuser une œuvre par voie hertzienne comprend la distribution à des fins non commerciales de cette télédiffusion sur les réseaux internes aux immeubles ou ensembles d'immeubles collectifs à usage d'habitation installés par leurs propriétaires ou copropriétaires, ou par les mandataires de ces derniers, à seule fin de permettre le raccordement de chaque logement de ces mêmes immeubles ou ensembles d'immeubles collectifs à usage d'habitation à des dispositifs collectifs de réception des télédiffusions par voie hertzienne normalement reçues dans la zone ».
[1089] Michel DUPUIS, *Les propriétés intellectuelles*, Ellipses, collec. Spécial Droit, 2017, p. 128.
[1090] Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée le 7 décembre 2000.
[1091] Civ. 1re, 13 nov. 2003, n° 01-14.385 ; *D.* 2004, p. 200, Nicolas BOUCHE.

représentées intégralement. Poursuivie pour atteinte au droit d'auteur, la chaine a plaidé en vain l'exception de courte citation et le droit à l'information. Les juges de fond ont en effet estimé 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 oeuvres du peintre dans les conditions critiquées, ainsi que la faculté de rechercher l'autorisation ». Approuvant les juges du fond, la Cour cassation a estimé que « le grief d'atteinte au droit du public à l'information et à la culture » avancé par France 2 ne pouvait prospérer étant donné que « le monopole légal de l'auteur sur son oeuvre est une propriété incorporelle, garantie au titre du droit de toute personne physique ou morale au respect de ses biens, et à laquelle le législateur apporte des limites proportionnées, tant par les exceptions 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 ». S'agissant de cette solution, il est possible de se demander si effectivement le but exclusif d'information justifiait la reproduction de douze toiles. En sens inverse, le fait de filmer rapidement des toiles n'a rien à voir avec une véritable exposition, l'image numérique d'un tableau n'ayant rien à voir avec sa contemplation réelle (on peut y passer du temps ou pas, s'approcher ou pas, regarder un détail ou l'ensemble). Enfin, un chiffre dans l'absolu de douze a-t-il un sens ? Si on montre douze toiles d'une exposition qui en contient vingt et quarante esquisses et dessins, effectivement cela va au-delà de l'information. S'il y a cent cinquante toiles, c'est tout différent et le fait d'en montrer douze peut aussi être considéré comme une information sur la richesse et le caractère exceptionnel de l'exposition. En tout état de cause, cette solution jurisprudentielle n'est plus d'actualité depuis l'ajout d'un 9° à l'article L. 122-5 du Code de la priorité intellectuelle qui érige au titre des exceptions au droit d'auteur « *la reproduction ou la représentation, intégrale ou partielle, d'une œuvre d'art graphique, plastique ou architecturale, par voie de presse écrite, audiovisuelle ou en ligne, dans un but exclusif d'information immédiate et en relation directe avec cette dernière, sous réserve d'indiquer clairement le nom de l'auteur* ».

759. Le fait que cette exception soit aujourd'hui légale signifie que le champ d'application du consentement de l'auteur est réduit sur un fondement à portée générale dont les frontières continuent encore d'être tracées par la jurisprudence[1092].

[1092]Il a par exemple été jugé que « l'exception d'information ne peut justifier la reproduction sans autorisation de photographies de plateau ». V. TGI Paris, 28 mai 2009 ; *Légipresse*, 2009. II. 170, obs.

Aussi, rien ne garantit que la liberté d'information ne soit pas utilisée pour des fins autres que l'information du public. A ce propos, certains auteurs soulignent à juste titre qu'affirmer « que l'œuvre est une simple information n'a d'autre but que de revendiquer le droit d'accéder librement (voire gratuitement) aux créations, c'est-à-dire, pour parler plus crûment, de faire céder le droit d'auteur dans l'intérêt des marchands et des consommateurs[1093] ». Pour comprendre cette analyse, il est nécessaire de préciser la notion d'information. Au sens du petit Larousse, l'information peut être définie comme une donnée nouvelle que l'on porte à la connaissance des autres. En effet, « elle contribue à la construction de représentations mentales et devient un vecteur de savoir et de connaissance[1094] ». La notion d'information est dès lors une notion dont les contours sont difficilement déterminables, étant donné que, le plus souvent, « l'information est ce qu'on en fait, c'est-à-dire un ensemble de données dont la mise en perspective induit une représentation sociale plus ou moins cohérente[1095] ». De ce point de vue, en droit d'auteur, l'information peut être utilisée à des fins étrangères à sa finalité première : celle d'informer le public. Elle peut être un moyen pour utiliser une œuvre de l'esprit sans le consentement de son auteur dans le cadre d'une campagne promotionnelle. En ce sens, il est par exemple possible de citer l'affaire *Blockhaus miroir,* qui a opposé la communauté urbaine de Dunkerque à l'artiste Bertrand Seguin (alias Anonyme) qui avait recouvert le blockhaus de fragments de miroirs en baptisant son œuvre *Réfléchir*. L'artiste a, par la suite, assigné la collectivité publique pour contrefaçon de droit d'auteur pour avoir utilisé les images de l'œuvre dans des supports de communication sans son consentement. De son côté, pour se défendre, la communauté urbaine invoque l'exception d'exploitation dans un but exclusif d'information et l'exception de panorama. Les deux arguments ont été rejetés par les juges. Pour le tribunal, « il apparaît à l'analyse des publications (…), des commentaires ou encore de la thématique des articles dans lesquels l'image de l'œuvre a été insérée, que l'ensemble des représentations visuelles s'inscrivent dans une véritable démarche de promotion du territoire, qui ne saurait se confondre avec de

---

Christophe ALLEAUME ; ou encore « l'exception d'information ne concerne pas les œuvres photographiques ». V. Paris, 26 mars 2010 ; *Comm. com. électr.* 2010, n° 107, note Caron ; *Légipresse* 2010. III. 448, obs. Christophe ALLEAUME.

[1093]Agnès LUCAS-SCHLOETTER, André LUCAS, Carine BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 5e éd., LexisNexis, 2017, n°366.

[1094] Franck BULINGE, *Maîtriser l'information stratégique, Méthodes et techniques d'analyse*, De Boeck Supérieur, 2022, p.35.

[1095] *Ibid.*

l'information immédiate en lien avec l'œuvre, alors qu'au demeurant le nom de l'artiste n'est pas toujours mentionné. L'exception légale ne saurait être ici retenue. S'agissant ensuite de l'exception jurisprudentielle invoquée, dans la mesure où l'artiste a fait le choix de créer son œuvre sur un bien appartenant à l'Etat, dans un espace public touristique, lieu de villégiature, il s'expose nécessairement à ce que son œuvre soit incidemment reproduite sans être le sujet principal traité. Mais, en l'occurrence, à l'étude des photographies et vidéos litigieuses versées aux débats, il apparaît plutôt que l'installation du requérant est bien le sujet principal de ces représentations, dans le cadre d'une promotion du territoire valorisant précisément son patrimoine culturel, tant dans la mesure où il est figuré souvent en premier plan, parfois sans que l'on distingue ni la mer ni la plage, parfois aussi représenté dans des plans cadrés sur une seule partie de l'œuvre, qu'eu égard aux commentaires qui parfois les accompagnent, ceux-ci mentionnant tous principalement voire uniquement l'œuvre, et soulignant son caractère spectaculaire et surprenant. Dans ce contexte, la théorie de l'accessoire ne saurait s'appliquer. Le requérant est ainsi fondé dans son action en contrefaçon pour exploitation par les défendeurs de son œuvre sans autorisation[1096] ».

760. S'agissant de l'utilisation de la théorie de l'accessoire, elle est d'origine jurisprudentielle. Elle permet l'utilisation d'une œuvre sans le consentement de l'auteur lorsque celle-ci utilisée de manière accessoire au sujet principal traité. En effet, à l'occasion d'un litige relative à une œuvre architecturale située sur la Place des Terreaux à Lyon, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi des auteurs qui demandait l'interdiction de la diffusion d'une carte postale montrant l'œuvre sur ladite place. Approuvant les juges du fond, les hauts magistrats estiment que « telle qu'elle figure sur les cartes postales litigieuses, l'œuvre [des auteurs] se fond dans l'ensemble architectural de la place des Terreaux, à Lyon, dont elle constitue un simple élément (…). Une telle représentation de cette œuvre était accessoire au sujet traité résidant dans la représentation de la place, de sorte qu'elle ne réalisait pas la communication de l'œuvre au public[1097] ». Aujourd'hui, cette exception fait partie de l'article L. 122-5, 11° du Code de la propriété intellectuelle[1098] qui énonce que « *les reproductions et représentations d'œuvres architecturales et de sculptures, placées en permanence sur*

[1096] TJ Lille, 1re ch., 6 sept. 2024, n° 22/00505, *X c/ Communauté urbaine de Dunkerque*.
[1097] Civ. 1re, 15 mars 2005, n° 03-14.820 ; *JurisData* n° 2005-027565.
[1098] Cette exception jurisprudentielle a été introduite dans le Code de la propriété intellectuelle par l'article 39 de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

la voie publique, réalisées par des personnes physiques, à l'exclusion de tout usage à caractère commercial ».

761. Exception et liberté d'expression. L'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 donne une assise juridique à la liberté d'expression : « *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* ». Dans sa décision *Entreprise de presse*, le Conseil constitutionnel a précisé que la liberté d'expression est « une liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale[1099] ». Elle signifie entre autres la « liberté de commenter et de critiquer[1100] ». En droit d'auteur, elle s'exerce selon les conditions posées par l'article L. 122-5, 3° (a) du Code de la propriété intellectuelle qui permet son exercice à travers « *les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées* ». Cette liberté ne doit pas être détournée de son objectif pour justifier un acte de contrefaçon. C'est ce qui ressort aussi de la jurisprudence de la CEDH. En effet, dans l'affaire *The Pirate Bay,* il était question de savoir si la mise à disposition d'un site internet permettant le partage de fichiers entre utilisateurs relevait de la liberté d'expression ou d'acte de contrefaçon de droit d'auteur. Dans un premier temps, la Cour rappelle le principe posé par l'article 10.1 de la Convention européenne des droits de l'homme avant d'invoquer l'article 10.2 du même texte qui précise que la liberté d'expression « comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumise à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ». En s'appuyant sur cette partie du texte, les juges ont estimé que « la nécessité de protéger le droit d'auteur peut justifier la limitation de la liberté d'expression résultant de la

[1099] Considérant n°37, Décis. n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet.
[1100] Frédéric POLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, 2e éd., Economica, 2014, n°1204.

condamnation des créateurs d'un site de partage de fichiers[1101] ». En résumé, même si cela va à l'encontre d'un principe de sécurité juridique, il faut chercher un équilibre entre les droits en présence de manière casuistique. C'est d'ailleurs dans ce sens qu'il faut situer l'arrêt de la Cour de cassation de 2015 où il a été reproché aux juges de fond de n'avoir pas « [expliqué] de façon concrète en quoi la recherche d'un juste équilibre entre les droits en présence commandait la condamnation qu'elle prononçait[1102] ». Outre la liberté de commenter et de critiquer, la liberté de création est une autre manifestation de la liberté d'expression.

762. Exception et liberté de création. La liberté de création, en tant qu'élément de justification des exceptions au droit d'auteur, est induite par l'article L. 122-5, 4° du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que l'auteur ne peut interdire « *la parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre* ». Cette liberté n'est toutefois pas générale compte tenu du caractère limité des trois situations visées.

763. La parodie consiste à imiter de manière burlesque une œuvre de l'esprit, en principe originale. Elle doit être distinguée de la notion d'adaptation qui « consiste à emprunter des éléments à une œuvre préexistante afin de créer une œuvre distincte, qui pourra elle-même être originale[1103]». La parodie, en tant que telle, doit revêtir des éléments de nature grotesque, humoristique voire critique de l'œuvre parodiée sans que cela ne porte préjudice à son auteur, en évitant par exemple une confusion. Pour la caractériser, elle ne doit pas seulement susciter une complicité amusée avec le public comme l'a précisé la Cour d'appel de Rennes en juin 2024[1104] à propos de l'affaire Tintin. En l'espèce, la société qui gère les œuvres de Georges Remi, dit Hergé, a agi en contrefaçon de droit d'auteur et parasitisme contre un peintre qui a mis en

---

[1101] CEDH, 19 févr. 2013, n°40397/12, Aff. « *The Pirate Bay* »; LEPI, 15 mai 2013 , n°5, p. 3, note Carine Bernault.

[1102] Civ. 1re, 15 mai 2015, n° 13-27.391.

[1103] Carine Bernault, Jean-Pierre Clavier, *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. Ellipses, 2015, p.12. V. art. L. 112-3 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que « *les auteurs de traductions, d'adaptations, transformations ou arrangements des œuvres de l'esprit jouissent de la protection instituée par le présent code sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale. Il en est de même des auteurs d'anthologies ou de recueils d'œuvres ou de données diverses, tels que les bases de données, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles.*
On entend par base de données un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen ».

[1104] Rennes, 4 juin 2024, n° 21/04257 ; *JurisData* n° 2024-009016 ; *Dalloz actualité* 09 septembre 2024, obs. Stéphanie CARRE.

scène les personnages des « Aventures de Tintin » dans l'univers du peintre américain Edward Hopper. La Cour d'appel a censuré le premier jugement qui avaient retenu, pour rejeter les demandes de la société, l'exception de parodie. En effet, pour les juges d'appel « la parodie s'entend, dans le langage courant, d'une satire qui imite, en la tournant en ridicule, une partie ou la totalité d'une œuvre sérieuse connue. Il peut s'agir, dans un sens théâtral, de la contrefaçon burlesque d'une pièce de théâtre connue. D'une façon plus générale, il s'agit de l'imitation grossière qui ne restitue que certaines apparences, d'un travestissement burlesque ou encore d'une caricature (…). Elle exige donc une intention humoristique évidente, de préférence comportant une certaine intensité : si sourire suffit, en revanche, la simple recherche d'une complicité amusée avec le lecteur ou le spectateur ne suffit pas, ni un simple clin d'œil en direction du public ou un choc visuel. Par ailleurs, la parodie doit permettre l'identification immédiate de l'œuvre parodiée. L'œuvre parodique doit se distinguer de l'œuvre originale sans créer un risque de confusion entre les œuvres en cause ni conduire à s'approprier le travail d'autrui. Ainsi, ne peuvent relever de l'exception de parodie les œuvres qui empruntent les ressorts d'œuvres premières pour s'attribuer le bénéfice de leur notoriété et vivre de leur rayonnement. Le contrefacteur s'arroge alors indûment une sorte de droit d'adaptation qui porte atteinte au droit d'auteur ou aux droits du titulaire de l'exploitation commerciale de l'œuvre et de ses produits dérivés. [En l'espèce], le seul fait, pour [l'artiste] d'introduire dans ses œuvres, d'ailleurs sans outrance, des éléments puissants de sensualité (femmes callipyges, présence d'un sexe shop) ou disruptifs (tatouage de Tintin, Dupond qui fume, Tintin qui fume, dépressif, anxieux, fragilisé, lecteur d'un magazine gay ou encore qui boit une bière) ne peut pas être considéré comme procédant d'une intention humoristique, *a fortiori* lorsqu'il le propose, ainsi qu'il l'indique lui-même, en manière d'hommage à un dessinateur ayant marqué son adolescence (…). De ce point de vue, [l'intimé] doit être considéré comme ayant abusé d'une exception qui procède, avant tout, de la liberté d'expression ».

764. La parodie doit s'inscrire dans une logique d'atteinte au consentement de l'auteur justifiée par des considérations qui relèvent de la liberté d'expression. La notion de parodie a été érigée en notion autonome par la CJUE en 2014 dont les « caractéristiques essentielles sont, d'une part, d'évoquer une œuvre existante, tout en présentant des différences perceptibles par rapport à celle-ci, et, d'autre part, de

constituer une manifestation d'humour ou une raillerie[1105] ». La vision européenne de la parodie recoupe celle adoptée par la jurisprudence française depuis longtemps. En effet, l'exception de parodie doit, pour être considérée comme telle, respecter certains critères qui sont appréciés souverainement par les juges du fond : la parodie doit s'inscrire dans un but humoristique comme il a été souligné par la Cour d'appel de Paris pour qui, par exemple, « le propos parodique doit être perçu sans difficulté, ce qui suppose à la fois une référence non équivoque à l'œuvre parodiée et une distanciation recherchée qui vise à travestir ou à subvertir l'œuvre dans une forme humoristique, avec le dessein de moquer, de tourner en dérision pour faire rire ou sourire[1106] » ; ensuite, la parodie ne doit pas s'inscrire dans une intention de nuire, « c'est-à-dire ne pas dénigrer, ne pas discriminer, ne pas révéler des informations propres à la vie privée[1107] ». Par exemple, l'exception de parodie a été rejetée à propos du site internet *Onetel fuck* qui estimait parodier le site *www.onetel.net*. Pour les juges « le site *OneTelFuck* comporte de nombreux propos dénigrants des activités de la société *One Tel* qui dépassent la mesure de propos simplement satiriques ». En l'occurrence, certains de ces propos étaient de cet ordre :« Chez One TelFuck, la sécurité internet on s'en branle ; nous nous efforçons sans cesse de combattre l'utilisation licite par rapport à nos services afin que le client se casse » *etc*. Pour les juges « le caractère manifestement malveillant de ces propos constitue une faute sur le fondement de l'article 1382 du code civil[1108]» ; en troisième lieu, la parodie ne doit pas prêter à confusion. Elle doit permettre d'identifier rapidement l'œuvre parodiée tout en s'en distinguant en mettant en avant les caractéristiques humoristiques ou comiques. De ce point de vue, la logique aurait voulu que l'on maintienne la protection du consentement de l'auteur de l'œuvre parodiée. Par exemple, dans la parodie d'une

[1105] CJUE, 3 sept. 2014, (pt. 20), aff. C-201/13, *Johan Deckmy* ; *Dalloz actualité*, 10 septembre 2014, note Jeanne Daleau. La Cour de cassation a entériné le caractère autonome de la notion en 2019 en précisant que la parodie « constitue une notion autonome du droit de l'Union et n'est pas soumise à des conditions selon lesquelles la parodie devrait mentionner la source de l'œuvre parodiée ou porter sur l'œuvre originale elle-même ». V. Civ., 1re, 22 mai 2019, n° 18-12.718.

[1106] Paris, 18 fév. 2011, n° 09/19272, *Légipresse* 2011, p.233, obs. Patrick VILBERT.

[1107] Charlotte GALICHET, « Le droit de la propriété intellectuelle autorise-t-il les parodies ? », *Village de la justice*, mardi 16 juin 2020 : https://www.village-justice.com/articles/droit-propriete-intellectuelle-autorise-les-parodies,35755.html Consulté le 25/06/2024.

[1108] TGI, Paris, 3e chambre, 29 mai 2001 ; *Prop. Industr.* n° 4, avr. 2005, étude 11, Vincent RUZEK. Dans le même style, il y a eu l'affaire Dieudonné avec chanson « Le rat noir » inspiré de la chanson « L'Aigle noir » de Barbara. Dans cette affaire, les juges ont qualifié les paroles modifiées « nauséabonds » avant de conclure à une atteinte manifeste au droit moral de Barbara. V. TGI Paris, 15 janv. 2015, n° 14/13168 ; *Lexbase Affaires* n°419 du 9 avril 2015, note Fabienne FAJGENBAUM et Thibault LACHACINSKI.

chanson, la musique peut rester rigoureusement la même et seul le texte sera changé. Dans cette hypothèse, le maintien du principe du consentement du musicien aurait été plus adéquat. En tout état de cause, il a été jugé que pour « pouvoir être qualifiée de parodie, l'œuvre seconde doit évoquer l'œuvre préexistante et présenter des différences perceptibles par rapport à celle-ci afin qu'il n'y ait aucune confusion avec l'œuvre parodiée. Elle doit par ailleurs constituer une manifestation d'humour et de raillerie. Il doit être à cet égard souligné que l'humour ne se limite pas à ce qui fait rire mais peut seulement prêter à sourire même intérieurement[1109] ». Si cette solution n'est pas partagée systématiquement par la jurisprudence, toutefois, à défaut de ces conditions, la parodie risque de tomber sous le coup de la contrefaçon. Les juges vérifient également que la parodie ne soit pas détournée à des fins de contrefaçon comme le témoigne la décision précitée où les jugent soulignent le fait que « l'adjonction à l'œuvre parodiée de traits d'humour secondaires est dénuée d'effet si elle ne modifie pas la nature et ou signifiance de celle-ci mais constitue un détournement de notoriété dans un but commercial[1110] ».

765. En tout état de cause, l'exception de parodie est l'atteinte au droit exclusif de l'auteur la plus significative pour plusieurs raisons. D'abord, parce que la qualité d'œuvre peut tout à fait être attribuée à la parodie avec les conséquences que cela implique, à savoir la reconnaissance d'un droit moral et d'un droit patrimonial. Ensuite, l'œuvre parodique est considérée comme une œuvre à part entière en ce sens qu'elle doit son existence par la volonté du législateur, contrairement à l'œuvre dérivée où c'est l'auteur qui la permet. Enfin, l'œuvre parodique, au-delà des aspects humoristiques, comiques voire critiques, peut générer des revenus au profit de son auteur qui peut se voir reconnaître de droits exclusifs sur l'œuvre conformément à l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle qui énonce que « *l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous* ». En résumé, la qualification de parodie est une forme de dépossession tout à fait légale de l'auteur de son travail artistique qui ne souffre d'aucune contestation d'autant plus que l'auteur de l'œuvre parodique n'est pas tenu de citer l'œuvre parodiée à plus forte raison d'obtenir le consentement de son auteur. Dans son arrêt 22 mai de 2019, la Cour de cassation a

[1109] Aix-en-Provence, 24 nov. 2022, n° 22/04302 ; *Dalloz IP/IT* 2023, p.171, obs. Philippe MOURON.
[1110] *Ibid.*

d'ailleurs clairement rappelé qu'aucune condition n'indique que «la parodie devrait mentionner la source de l'œuvre parodiée ou porter sur l'œuvre originale elle-même[1111] ». On est donc en présence d'une véritable exception au droit d'auteur dont le champ d'application est loin d'être délimité.

B : L'EXTENSION DES EXCEPTIONS EN DROIT D'AUTEUR

766. L'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle n'est pas la seule disposition au sein de laquelle on trouve des exceptions au droit exclusif de l'auteur. Par exemple, on peut y ajouter l'article L. 122-6-1 qui prévoit des exceptions aux droits de l'auteur d'un logiciel et l'article L. 331-4 qui précise que les droits de l'auteur dans leur ensemble « *ne peuvent faire échec aux actes nécessaires à l'accomplissement d'une procédure parlementaire de contrôle, juridictionnelle ou administrative prévue par la loi, ou entreprise à des fins de sécurité publique* ». Au-delà de cet exemple, d'autres exceptions découlent par exemple de l'obligation de dépôt légale, des mesures techniques de protection ainsi que de la pratique des normes techniques régies par le décret du 16 juin 2009 relatif à la normalisation[1112].

767. Exception et dépôt légal. Le dépôt légal constitue une autre exception au droit exclusif de l'auteur en dehors du Code de la propriété intellectuelle en ce qu'il permet à certains organismes de dépôt d'ouvrir l'accès des œuvres déposées au public. Le dépôt légal est l'obligation de déposer une copie des créations[1113] auprès des organismes de dépôts dans le but « de permettre le recensement, l'archivage et la conservation, ainsi que la consultation de l'ensemble du patrimoine culturel français, au fur et à mesure de sa publication[1114] ». Parmi les organismes de dépôt, il est possible

---

[1111] Civ., 1re, 22 mai 2019, n° 18-12.718. V. également CJUE, 3 sept. 2014, (pt. 21), *aff*. C-201/13.

[1112] Décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation.

[1113] Article L. 131-2 Code du patrimoine : « *Les documents imprimés, graphiques, photographiques, sonores, audiovisuels, multimédias, quel que soit leur procédé technique de production, d'édition ou de diffusion, font l'objet d'un dépôt obligatoire, dénommé dépôt légal, dès lors qu'ils sont mis à la disposition d'un public. Toutefois, les documents destinés à une première exploitation en salles de spectacles cinématographiques sont soumis à l'obligation de dépôt légal dès lors qu'ils ont obtenu le visa d'exploitation cinématographique prévu à l'article L. 211-1 du code du cinéma et de l'image animée.*
Les logiciels et les bases de données sont soumis à l'obligation de dépôt légal dès lors qu'ils sont mis à disposition d'un public par la diffusion d'un support matériel, quelle que soit la nature de ce support.
Sont également soumis au dépôt légal les signes, signaux, écrits, images, sons ou messages de toute nature faisant l'objet d'une communication au public par voie électronique ».

[1114] Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2014, n°189.

de citer par exemple la BNF pour les documents et ouvrages, l'INA et le CNC pour les œuvres audiovisuelles *etc.*[1115]. La directive du 22 mai 2001[1116] évoque cette possibilité avant que l'article L. 132-4 du Code du patrimoine ne vienne préciser clairement cette exception au droit exclusif de l'auteur en soulignant que « *l'auteur ne peut interdire aux organismes dépositaires (…) : 1°la consultation de l'œuvre sur place par des chercheurs dûment accrédités par chaque organisme dépositaire sur des postes individuels de consultation dont l'usage est exclusivement réservé à ces chercheurs ; 2° la reproduction d'une œuvre, sur tout support et par tout procédé, lorsque cette reproduction est nécessaire à la collecte, à la conservation et à la consultation sur place dans les conditions prévues au 1°* ».

768. Cette exception spécifique est aussi moins respectueuse du consentement de l'auteur en ce sens qu'elle n'est nullement soumise au « test des trois étapes » auxquelles sont pourtant astreintes les exceptions de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle, en particulier celles prévues au 8° de la même disposition qui vise les « *la reproduction d'une œuvre et sa représentation effectuées à des fins de conservation ou destinées à préserver les conditions de sa consultation à des fins de recherche ou d'études privées par des particuliers, dans les locaux de l'établissement et sur des terminaux dédiés par des bibliothèques accessibles au public, par des musées ou par des services d'archives, sous réserve que ceux-ci ne recherchent aucun avantage économique ou commercial* ». Aussi, elle n'est pas sans conséquence sur le plan pratique. Comme le souligne le Professeur Emmanuel Dreyer, « certaines copies de sauvegarde peuvent altérer l'œuvre à l'occasion de sa numérisation. L'accord donné

[1115] Article L. 132-3 Code du patrimoine : « *Sont responsables du dépôt légal, qu'ils gèrent pour le compte de l'Etat, dans des conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat : la Bibliothèque nationale de France, le Centre national du cinéma et de l'image animée et l'Institut national de l'audiovisuel.*
Ce décret peut confier la responsabilité du dépôt légal à d'autres établissements ou services publics, nationaux ou locaux, à la condition qu'ils présentent les garanties statutaires et disposent des moyens, notamment scientifiques, propres à assurer le respect des objectifs définis à l'article L. 131-1 ».

[1116] Directive du 22 mai 2001 « sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information ». Selon l'article 5.2 (n), il est possible pour les Etats de prévoir des exceptions au droit exclusif de l'auteur « lorsqu'il s'agit de l'utilisation, par communication ou mise à disposition, à des fins de recherches ou d'études privées, au moyen de terminaux spécialisés, à des particuliers dans les locaux des établissements visés au paragraphe 2, point c), d'œuvres et autres objets protégés faisant partie de leur collection qui ne sont pas soumis à des conditions en matière d'achat ou de licence ». Le paragraphe 2, point c) vise les « actes de reproduction spécifiques effectués par des bibliothèques accessibles au public, des établissements d'enseignement ou des musées ou par des archives, qui ne recherchent aucun avantage commercial ou économique direct ou indirect ».

par les ayants droit ne pouvait justifier cette « dénaturation ». *A priori*, un consentement individuel de chaque créateur ou artiste aurait dû être obtenu, dans des conditions d'ailleurs incertaines puisque le droit au respect est inaliénable (art. L. 121-1). Cette objection est désormais levée par le nouveau dispositif[1117] ».

769. Exception et mesures techniques de protection. Les mesures techniques de protection empêchent que l'on porte atteinte au droit de l'auteur par des procédés techniques tels que la copie, le partage, la modification *etc*. Concrètement, comme le précise l'article L. 331-5 du Code de la propriété intellectuelle, il s'agit de « *l'application d'un code d'accès, d'un procédé de protection tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'objet de la protection ou d'un mécanisme de contrôle de la copie qui atteint cet objectif de protection* ». En d'autres termes, la mesure technique de protection est en principe protectrice du consentement de l'auteur ou de ses ayants droit qui dispose de cette manière de la maitrise des utilisations de l'œuvre. Cependant, l'alinéa 4 de l'article précité prévoit que « *les mesures techniques ne doivent pas avoir pour effet d'empêcher la mise en œuvre effective de l'interopérabilité, dans le respect du droit d'auteur* ». Autrement dit, le support d'une œuvre de l'esprit ne doit pas s'inscrire dans un circuit économique fermé, quand bien même ce circuit est exclusivement géré par l'auteur ou ses ayants droit. Par exemple un CD doit pouvoir être lu sur tous les supports disponibles y compris ceux du fabricant du CD. C'est le principe même de l'interopérabilité qui « constitue une exception camouflée[1118] ».

770. Exception et normes. Les normes sont régies par le décret du 16 juin 2009 relative à la normalisation[1119]. Selon son article 1er, « *la normalisation est une activité d'intérêt général qui a pour objet de fournir des documents de référence élaborés de manière consensuelle par toutes les parties intéressées, portant sur des règles, des caractéristiques, des recommandations ou des exemples de bonnes pratiques, relatives à des produits, à des services, à des méthodes, à des processus ou à des organisations. Elle vise à encourager le développement économique, l'innovation et le développement durable* ». L'article 2 du même décret précise que « *la normalisation*

[1117] Emmanuel DREYER, « La réforme du dépôt légal », *Comm. com. électr.* n° 11, nov. 2006, étude 32.
[1118] Pierre-Yves GAUTIER, « L'élargissement des exceptions aux droits exclusifs, contrebalancé par le « test des trois étapes » », *Comm. com. électro*. n° 11, nov. 2006, étude 26.
[1119] Décret n°2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation.

et sa promotion sont assurées par l'Association française de normalisation (AFNOR) et les organismes agréés par le ministre chargé de l'industrie ». En principe élaborées par des organismes privés, les normes peuvent être protégées par les règles du droit d'auteur[1120]. En cela, elles doivent donc être distinguées des actes officiels qui, par principe, sont libres d'accès comme il est possible de le lire à travers une solution de la Cour d'appel de Paris qui a estimé que « la loi sur la propriété littéraire et artistique ne donne aucune indication concernant la reproduction des textes émanant de l'autorité publique qui posent les règles d'organisation des services publics ou qui définissent les droits et les devoirs des citoyens[1121]».

771. Toutefois, les normes peuvent être d'application volontaire ou obligatoire. Lorsqu'elles sont d'application volontaire, le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit est nécessaire. En revanche, lorsqu'elles sont d'application obligatoire, la logique voudrait qu'elles soient considérées comme des exceptions au droit exclusif de son auteur. En ce sens, l'article 17 du décret 16 juin 2009 précise dans son alinéa 3 que « *les normes rendues d'application obligatoire sont consultables gratuitement sur le site internet de l'Association française de normalisation. L'Association française de normalisation rend ces normes téléchargeables et imprimables gratuitement, sauf en cas d'opposition dûment justifiée d'un tiers détenteur de droits de propriété intellectuelle sur celles-ci* ». Dans le même ordre d'idées, le Conseil d'Etat a estimé que « la circonstance qu'il existe des droits de propriété intellectuelle sur une norme ne saurait par elle-même faire légalement obstacle à l'obligation qui s'impose à l'autorité publique de s'assurer que ces normes soient gratuitement accessibles[1122]». En d'autres

[1120] Sur ce point, il a par exemple été jugé qu'il « n'est pas nécessaire qu'une œuvre soit d'un niveau particulier d'originalité pour pouvoir être protégée par le droit d'auteur, il suffit, quel qu'en soit le mérite, qu'elle soit une création originale marquée de l'empreinte personnelle de son créateur. En conséquence, sont protégeables au titre du droit d'auteur, les formulaires de diagnostics de la présence de plomb, amiante ou parasites, dès lors que leur mise en page, le plan des rubriques à renseigner, la présentation en général, qui fait choix de certains encadrés et les dispose d'une façon particulière sur la page pour plus de lisibilité, de soulignements et de certaines polices de caractères révèlent un parti propre à son auteur. Constituent une contrefaçon de formulaires de diagnostics de la présence de plomb, amiante ou parasites, les imprimés qui les reproduisent servilement jusque dans leurs moindres détails ». V. Orléans, 15 juin 2006, n°05/02452 ; *JurisData* n°2006-323014.

[1121] Paris, 13 juin 1991, *D.* 1992, somm. p. 12, Claude COLOMBET. V. également Conseil constitutionnel, Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, qui consacre « l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité à la règle de droit ».

[1122] CE, 28 juill. 2017, n°402752, « *M. A. c/ min. envir.* » ; *JurisData* n° 2017-016073 *; Comm. com. électr.* n°10, oct. 2017, comm. 78, Christophe CARON.

termes, le consentement de l'auteur peut être contourné à chaque fois que la norme en cause a été rendue obligatoire par l'autorité publique.

772. Si la solution semble cohérente sur un plan purement juridique, elle pose néanmoins une difficulté relative à la hiérarchie des normes. Les normes sont orévues par la voie réglementaire et non légale, cela pose une difficulté d'articulation des textes et contrevient à la légalité des exceptions en droit d'auteur. En effet, la loi est d'une valeur supérieure à celle du règlement. Or en l'espèce, l'exception au droit exclusif de l'auteur émane de l'article 17 du décret de 2009. Au regard de cette analyse, il est possible, logiquement, de se poser la question de savoir si cette exception n'est tout simplement pas illégale ou comme s'est interrogé le Professeur Christophe Caron, s'il ne s'agit pas « d'une une exception officieuse au monopole de l'auteur[1123] ».

773. En résumé, si les exceptions au droit d'auteur sont en principe considérées comme limitativement énumérées, en pratique on observe une forme de plasticité de leur champ d'application à chaque fois que l'on est en présence d'une liberté publique telle la liberté d'expression ou la liberté de création. En ce sens, l'affaire *Klasen* est un exemple qui illustre parfaitement cette souplesse. Dans cette espèce, le peintre Peter Klarsen avait inséré dans ses toiles des photographies qui ne lui appartenaient pas. Poursuivi pour contrefaçon de droit d'auteur, Peter Klarsen qui mettait en avant sa liberté d'expression et de création a été condamné en appel[1124] . La solution des juges du fond a été censurée par la Cour de cassation au motif que la juridiction d'appel n'a pas expliqué « de façon concrète en quoi la recherche d'un juste équilibre entre les droits en présence commandait la condamnation qu'elle prononçait[1125] ». Par la suite, face à l'argumentation du peintre qui estimait que sa condamnation « n'apparaissait ni légitime ni proportionnée », la Cour d'appel de renvoi a confirmé sa condamnation pour contrefaçon sur le fondement de « la recherche d'un juste équilibre entre la liberté d'expression de M. Peter Klasen, qui ne justifie pas que l'utilisation sans autorisation des photographies (…) était nécessaire à son exercice, et le droit d'auteur de l'auteur des photographie[1126] ». Autrement dit, si le peintre réussissait à prouver que l'utilisation des photographies litigieuses était nécessaire à son activité artistique,

[1123] Christophe CARON, « Accès libre et gratuit aux normes : une exception officieuse au monopole de l'auteur ? », *Comm. com. électr.* n°10, oct. 2017, comm. 78.
[1124] Paris, 18 Sept. 2013, n° 12/02480.
[1125] Civ. 1re, 5 mai 2015, n° 13-27391.
[1126] Versailles, 16 mars 2018, n° 15/06029.

l'exception aurait été validée. Cela dit, le critère de « nécessité », employé dans cette solution, risque de devenir un nouveau critère pour permettre au juge de valider ou non une nouvelle extension du champ d'application des exceptions au droit d'auteur[1127].

774. En tout état de cause, le principe même des exceptions au droit d'auteur et leur multiplication sont assimilables à une forme d'expropriation qui peut être, selon les cas, fondée sur une cause d'utilité privée ou publique.

Section 2 : Les exceptions au droit d'auteur : une forme d'expropriation ?

775. Le choix de qualifier d'expropriation les atteintes légales au consentement de l'auteur peut se justifier par deux considérations fondamentales : tout d'abord, le fait que l'auteur ne soit pas à l'initiative de ces limitations mais les subit en ce sens qu'elles résultent par principe de la volonté du législateur ; ensuite, le fait que ces atteintes soient le plus souvent motivées par des considérations d'intérêt général, même si dans certains cas c'est plutôt au profit d'intérêts d'ordre privé. Afin de mieux cerner les enjeux que soulève le choix d'une telle qualification, l'accent sera mis sur l'expropriation pour cause d'utilité privée (§1), afin de la distinguer de l'expropriation pour cause d'utilité publique (§2). Enfin, la question du domaine public en droit d'auteur, en ce qu'elle entre en contradiction avec le caractère perpétuel par nature du droit de propriété, soulève la question de son assimilation à une forme d'expropriation particulière, résultant de l'expiration du monopole d'exploitation (§3).

§1 : La qualification d'expropriation pour cause d'utilité privée

776. La compréhension du choix de la qualification d'expropriation pour cause d'utilité privée nécessite que la notion soit précisée (A) avant de vérifier son application en droit d'auteur (B).

[1127] V. Alexandre ZOLLINGER, « La nécessité, nouvelle exception au droit d'auteur ? », *Propriétés intellectuelles,* 1er janv. 2019, n° 70, p. 6-17.

A : PRECISION DE LA NOTION D'EXPROPRIATION POUR CAUSE D'UTILITE PRIVEE

777. L'expropriation est « une procédure permettant à une personne publique de contraindre un particulier de lui céder un bien immobilier ou des droits réels immobiliers pour une cause d'utilité publique[1128] ». Au sens littéral du terme, elle signifie « déposséder légalement quelqu'un de son bien[1129] ». Si à première vue, la procédure ne concerne pas les biens meubles, ce qui exclurait également les biens incorporels, cependant, l'article 545 du Code civil ne fait aucune distinction entre la propriété mobilière (par extension incorporelle) et la propriété immobilière. Selon cet article, « *nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité* ». Néanmoins, il faut faire une distinction entre l'expropriation d'un bien matériel et l'expropriation d'un droit immatériel. La première implique une véritable dépossession qui prive complètement le propriétaire. La seconde apporte des limites aux prérogatives du titulaire du droit. Cette dernière hypothèse est encore plus vraie en droit d'auteur étant donné que, par exemple, l'auteur de l'œuvre conservera toujours son droit à la paternité et de son droit moral en général.

778. Par ailleurs, l'article 17 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que « *la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ». L'expropriation n'est possible en principe que pour cause d'utilité publique, c'est à dire d'intérêt général. Les textes internationaux ratifiés par la France vont tous dans ce sens. Par exemple, le protocole additionnel à la CEDH de 1952[1130] prévoit à l'article premier que « *nul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, dans des cas et conditions prévus par une loi et moyennant en temps utile une juste indemnité pour sa perte. L'usage des biens peut être réglementé par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général* ». Cette convention prévoit également que « chacun a droit au respect de ses biens » le terme « biens » devant être entendu

[1128] Brigitte BELLOIR-CAUX, *Dictionnaire de droit des biens*, Ellipses, 2013, p. 199.
[1129] Alain REY, *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2000, p.1375.
[1130] Conv. EDH 4 nov. 1950, Prot. add., 20 mars 1952, art. 1.

au sens de droit doté d'une valeur économique, ce qui inclut le droit d'auteur[1131]. L'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne abonde dans le même sens lorsqu'il prévoit que « toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer. Nul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, dans des cas et conditions prévus par une loi et moyennant en temps utile une juste indemnité pour sa perte. L'usage des biens peut être réglementé par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général. La propriété intellectuelle est protégée ».

779. D'une manière générale, le droit de propriété subit de plus en plus de limitations pour répondre aux nouveaux défis dont fait face la société. C'est, par exemple, le cas du défi lié au risque écologique. En ce sens, selon l'article L. 171-1 du Code de l'environnement[1132], les agents de l'environnent ont la possibilité de pénétrer dans des propriétés privées afin d'effectuer des contrôles, sans l'autorisation des propriétaires ni du juge des libertés et de la détention. Cette règle émane de la loi du 2 février 2023 qui vise à limiter l'engrillagement des espaces naturels et à protéger la propriété privée[1133]. La mesure a été déclarée conforme à la constitution par le Conseil constitutionnel qui a estimé que « les clôtures implantées dans certaines zones délimitées par le règlement du plan local d'urbanisme ou dans les espaces naturels doivent permettre en tout temps la libre circulation des animaux sauvages. À cet effet, [les dispositions de la loi du 2 février 2023] prévoient que ces clôtures doivent

---

[1131] C'est à travers l'arrêt Balan que la CEDH a reconnu le droit d'auteur comme un droit de propriété. V. CEDH 29 janv. 2008, req. n° 19247/03, *Balan c/ Moldavie*.

[1132] Article 171-1 du Code de l'environnement : « *I. — Les fonctionnaires et agents chargés des contrôles prévus à l'article L. 170-1 ont accès :*
1° Aux locaux accueillant des installations, des ouvrages, des travaux, des aménagements, des opérations, des objets, des dispositifs et des activités soumis aux dispositions du présent code, à l'exclusion des locaux à usage d'habitation. Ils peuvent pénétrer dans ces lieux entre 8 heures et 20 heures et, en dehors de ces heures, lorsqu'ils sont ouverts au public ou lorsque sont en cours des opérations de production, de fabrication, de transformation, d'utilisation, de conditionnement, de stockage, de dépôt, de transport ou de commercialisation mentionnées par le présent code ;
2° Aux autres lieux, notamment aux enclos, à tout moment, où s'exercent ou sont susceptibles de s'exercer des activités soumises aux dispositions du présent code ;
3° Aux véhicules, navires, bateaux, embarcations et aéronefs utilisés pour la détention, le transport, la conservation ou la commercialisation des animaux, des végétaux ou de tout autre produit susceptible de constituer un manquement aux prescriptions du présent code.
II. — Les fonctionnaires et agents chargés des contrôles ne peuvent avoir accès aux domiciles et à la partie des locaux à usage d'habitation qu'en présence de l'occupant et avec son assentiment.

[1133] *Loi n° 2023-54 du 2 février 2023 visant à limiter l'engrillagement des espaces naturels et à protéger la propriété privée* ».

respecter certaines caractéristiques, notamment de hauteur et de distance par rapport au sol. Toute réfection ou rénovation de clôtures doit en outre être réalisée selon ces caractéristiques (…). Ces dispositions visent uniquement à soumettre l'implantation, la réfection ou la rénovation de clôtures au respect de telles caractéristiques. Il en résulte que, si cette obligation peut conduire à la destruction d'une clôture, elle n'entraîne pas une privation de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789 mais une limitation à l'exercice du droit de propriété[1134] ». La définition est justifiée par les impératifs de protection de l'environnement considéré ici comme une composante de l'intérêt général.

780. La notion d'intérêt général ou d'utilité publique[1135] est difficile à définir. Constitue-t-elle la somme des intérêts privés ? La satisfaction de quelques intérêts privés suffit-elle à parler d'intérêt général ? A minima, il est certain que la notion permet de justifier les moyens que met en œuvre le pouvoir public au service d'une satisfaction d'ordre général et non particulière. Pour Monsieur Renaud Denoix de Saint Marc, ancien vice-président du Conseil d'Etat, l'intérêt général doit être « considéré comme la fin ultime de l'action publique[1136]». Dans le même sens, le Professeur Didier Truchet estime « qu'aujourd'hui comme hier, l'intérêt général exprime l'idée que la collectivité a des exigences qui dépassent les intérêts des groupes ou des individus qui la composent et se traduisent par des mesures qui peuvent froisser ces intérêts[1137]». La réalisation de l'intérêt général revient à faire renoncer aux administrés à leurs biens quand c'est nécessaire ou à une partie de leurs prérogatives sur certains de leurs biens.

B : APPLICATION DE LA NOTION AU DROIT D'AUTEUR

781. Les nombreuses exceptions au droit exclusif de l'auteur peuvent être analysées comme des expropriations même si le terme n'est utilisé que pour les expropriations

---

1134 Décision n° 2024-1109 QPC du 18 octobre 2024, *Groupement forestier Forêt de Teillay et autres*. V. les points n°17 et 18.

1135 L'utilité publique peu se définir comme « la qualité reconnue par l'autorité publique à une institution ou à une opération dès lorsqu'elle présente un intérêt général, un intérêt réel pour le plus grand nombre : association reconnue d'utilité publique, expropriation pour cause d'utilité publique… ». V. Sébastien BISSARDON, *Guide du langage juridique*, 4e éd. LexisNexis, 2013, p. 582.

1136 « Rapport public du Conseil d'Etat », *Etudes et documents*, n°50, 1999, p. 12.

1137 Denis ALLAND, Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, 1re éd. 2003, p. 840.

pour cause d'utilité publique et non pour cause d'utilité privée[1138]. Cette analyse peut souffrir d'une critique fondée sur le fait que certaines des exceptions au droit d'auteur sont entièrement orientées vers la satisfaction d'intérêts privés comme par l'exemple, l'exception de courte citation, l'exception de parodie ou encore celle autorisant les « *représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille*[1139] ». Cela dit, la courte citation permet de faire circuler les idées, à ce titre, elle peut aussi relever de l'intérêt général. De même, la parodie aussi peut relever de la liberté d'expression lorsque la critique inclut la liberté d'expression.

782. A propos de la critique évoquée, il est possible d'opposer trois observations. Premièrement, sur un plan purement juridique, en plus de l'expropriation en droit des biens, il y a la réquisition qui est un « procédé permettant à l'administration, moyennant indemnisation, de contraindre les particuliers à lui accorder leurs services, l'usage de meubles ou d'immeubles, la propriété de meubles (...)[1140] ». Deuxièmement, il existe des exceptions qui concourent à la satisfaction de l'intérêt général, que ce soit de manière directe, ou de manière indirecte, comme l'exception de fouille pédagogique[1141] dont la finalité est de « servir la recherche publique à l'exclusion de toute finalité commerciale[1142] ». Troisièmement, il n'est pas interdit de parler

---

[1138] Cette règle est un principe auquel la jurisprudence accorde une importance particulière comme le témoigne l'attendu de principe de l'arrêt de la Cour de cassation du 22 avril 1823 : « Vu les articles 545 et 555 du Code civil ; – Attendu que les dispositions contenues dans ces articles sont un hommage rendu au droit sacré de la propriété, (...) y porter atteinte, c'est non seulement troubler mais même
Ébranler la société dont il est le fondement (...) ». V. Civ., 22 avr. 1823, *S.* 1822-1824, 1, p. 234. Plus récemment encore, le Tribunal judiciaire de Draguignan a jugé, en s'appuyant sur les articles 544 et 545 du Code civil, que « l'empiètement est une atteinte grave au droit de propriété et l'expropriation pour cause d'utilité privée, n'est pas possible ». V. TJ Draguignan, 6 juin 2024, n° 22/05821.

[1139] Article L. 122-5 alinéa 1er, 1° du Code de la propriété intellectuelle : « *Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire : 1° Les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille* ». V. égal. l'article L. 122-5, 10° qui prévoir que l'auteur ne peut interdire : « *Les copies ou reproductions numériques d'une œuvre en vue de la fouille de textes et de données réalisée dans les conditions prévues à l'article L. 122-5-3* ».

[1140] Serge GUINCHARD, *Lexique des termes juridiques*, 26e éd., Dalloz, 2018.

[1141] Article L. 122-5,3°, e) Code de la propriété intellectuelle : l'auteur ne peut interdire « *la représentation ou la reproduction d'extraits d'œuvres, sous réserve des œuvres conçues à des fins pédagogiques et des partitions de musique, à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de la recherche, dès lors que cette représentation ou cette reproduction est destinée, notamment au moyen d'un espace numérique de travail, à un public composé majoritairement de chercheurs directement concernés par l'activité de recherche nécessitant cette représentation ou cette reproduction, qu'elle ne fait l'objet d'aucune publication ou diffusion à un tiers au public ainsi constitué, que l'utilisation de cette représentation ou cette reproduction ne donne lieu à aucune exploitation commerciale et qu'elle est compensée par une rémunération négociée sur une base forfaitaire sans préjudice de la cession du droit de reproduction par reprographie mentionnée à l'article L. 122-10* ».

[1142] Christophe CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 5e éd. LexisNexis, 2020, n°393.

d'expropriation pour cause d'utilité privée à propos de biens meubles, incorporels en l'occurrence, en ce sens que l'expropriation pour cause d'utilité publique aboutit parfois de manière indirecte à la satisfaction d'intérêt privés, comme l'exception au profit des personnes atteintes d'un handicap. A ce propos, comme le démontre le Professeur Aline Cheynet de Beaupré, « la privation des particuliers, pour des raisons politiques, relève de l'expropriation pour cause d'utilité publique, mais la vente consécutive de ces biens à des personnes privées, sans justification d'intérêt général, n'obéit plus au critère de nécessité publique. L'utilité publique, dans la seule première phase de l'opération, place la vente des biens nationaux (biens publics) à mi-chemin entre l'expropriation pour cause d'utilité publique et l'expropriation pour cause d'utilité privée[1143] ».

783. Par ailleurs, il faut souligner le fait que dans le cadre des exceptions au droit d'auteur, on est en présence d'une forme de privation d'une partie des prérogatives de l'auteur et non dans une contrainte de les céder. Etant donné que ceux au profit de qui les exceptions sont formulées n'acquièrent pas de droit sur ces prérogatives. Cette limitation à l'exclusivisme du droit de l'auteur est assimilable à une forme de servitude d'accès ou d'usage[1144] qui confère un droit d'usage en ce sens que les bénéficiaires des exceptions au droit d'auteur peuvent utiliser des œuvres de l'esprit dans des contextes différents (privé, pédagogique, informatif…) dès lors qu'ils n'en font pas un usage commercial. L'essence d'une servitude étant l'amélioration de « l'utilité économique d'un bien en raison de l'affectation à son service d'un autre bien[1145] ». Par exemple, l'article L. 121-31 du Code de l'urbanisme prévoit que « *les propriétés privées riveraines du domaine public maritime sont grevées sur une bande de trois mètres de largeur d'une servitude destinée à assurer exclusivement le passage des piétons* ». Tous ces exemples de limitations de l'exclusivisme du droit de propriété ont pour

[1143] Aline CHEYNET de BEAUPRE « L'expropriation pour cause d'utilité privée », *JCP G*, n° 24, 15 juin 2005, I, 144.

[1144] C'est l'article 682 du Code civil qui institue la servitude légale de passage en prévoyant que « *le propriétaire dont les fonds sont enclavés et qui n'a sur la voie publique aucune issue, ou qu'une issue insuffisante, soit pour l'exploitation agricole, industrielle ou commerciale de sa propriété, soit pour la réalisation d'opérations de construction ou de lotissement, est fondé à réclamer sur les fonds de ses voisins un passage suffisant pour assurer la desserte complète de ses fonds, à charge d'une indemnité proportionnée au dommage qu'il peut occasionner* ».

[1145] Brigitte BELLOIR-CAUX, « *Dictionnaire de droit des biens* », Ellipses, 2013, p.407.

dénominateur commun la satisfaction d'un intérêt privé[1146]. Ainsi, à chaque fois que l'on se prévaut d'une exception au droit exclusif de l'auteur, on se retrouve dans une situation de détenteur précaire comme le prévoit l'article 2266 du Code civil qui dispose clairement que « *ceux qui possèdent pour autrui ne prescrivent jamais par quelque laps de temps que ce soit. Ainsi, le locataire, le dépositaire, l'usufruitier et tous autres qui détiennent précairement le bien ou le droit du propriétaire ne peuvent le prescrire* ». Cela justifie également la possibilité pour l'auteur de priver de jouissance toute personne ne respectant pas les conditions encadrant les exceptions liées à son droit exclusif, c'est le cas notamment lorsque les conditions liées au « test des trois étapes » ne sont pas remplies.

784. En résumé, « par analogie avec le droit public, l'expropriation pour cause d'utilité privée serait l'opération par laquelle un particulier acquerrait, par l'autorité judiciaire, des biens privés, immobiliers, pour cause d'utilité privée, moyennant indemnité[1147] ». Cette définition peut être applicable aux d'exceptions au droit d'auteur à ceci près qu'il faut ajouter le rôle du pouvoir législatif et le fait que certaines exceptions sont gratuites, car ne donnant pas lieu à rémunération comme la copie privée. La reconnaissance d'une expropriation pour cause d'utilité privée n'est pas contraire à la Constitution en ce sens que le Conseil constitutionnel a reconnu que les règles encadrant le droit de propriété sont appelées à évoluer. En effet, dans sa décision du 25 juillet 1989, les sages ont souligné le fait que « les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux et par des limitations exigées au nom de l'intérêt général[1148]». Même s'il n'est pas sûr que l'évolutivité aille jusqu'à

[1146] On peut ajouter un autre exemple issu de l' article L. 641-1 du Code de la construction et de l'habitation qui prévoit une forme de limitation au droit de propriété pour cause d'utilité privé même si c'est à titre temporaire : il s'agit de la possibilité pour le représentant de l'Etat dans le département, après avis du maire, de « *procéder, par voie de réquisition, pour une durée maximale d'un an renouvelable, à la prise de possession partielle ou totale des locaux vacants, en vue de les attribuer aux personnes mentionnées à l'article L. 641-2* ». Selon l'article L. 641-2 du même code, « *les personnes dépourvues de logement ou logées dans des conditions manifestement insuffisantes ; les personnes à l'encontre desquelles une décision judiciaire définitive ordonnant leur expulsion est intervenue* » sont les seuls susceptibles de bénéficier de cette disposition.

[1147] Aline CHEYNET de BEAUPRE « L'expropriation pour cause d'utilité privée », *JCP G*, n° 24, 15 juin 2005, I, 144.

[1148] Cons. const., 25 juill. 1989, n° 89-256 DC, cons. 18.

admettre de manière directe l'expropriation pour cause d'utilité privée, l'expropriation pour cause d'utilité publique sert toujours l'intérêt des particuliers.

785. L'utilisation de l'expression « expropriation pour cause d'utilité privée », pour qualifier les exceptions au droit d'auteur, fait donc sens. Ainsi pour le Professeur Christophe Caron, il « est possible de considérer que les exceptions au droit d'auteur sont autant d'expropriation pour cause d'utilité privée[1149] ». Dans le même sens, le Professeur Pierre-Yves Gautier parle « d'expropriation contraire à l'article 17 de la Charte de l'Union Européenne »[1150] à propos d'une décision de la CJUE en date 15 mars 2012 dans laquelle il a été précisé que « la notion de communication au public, au sens de l'article 8.2, de la directive 92/100/CE, doit être interprétée en ce sens qu'elle ne couvre pas la diffusion gratuite de phonogrammes dans un cabinet dentaire dans le cadre de l'exercice d'une profession libérale, au bénéfice de la clientèle qui en jouit indépendamment de sa volonté. Une telle diffusion ne donne pas droit à la perception d'une rémunération en faveur des producteurs de phonogrammes[1151] ». Aussi, dans le même ordre d'idées, pour rendre interopérable le support d'une œuvre de l'esprit, le Conseil constitutionnel a reconnu la possibilité d'exproprier, pour cause d'utilité privée, les titulaires des droits d'auteur sur les mesures techniques de protection protégées par le droit d'auteur, considérant que le fait de les contraindre « à la communication des informations essentielles à l'« interopérabilité », (…) devra entraîner leur indemnisation ; que, dans le cas contraire, ne seraient pas respectées les dispositions de l'article 17 de la Déclaration de 1789 aux termes duquel il est précisé que « *la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité*[1152] ». Avant cette décision, par exemple le TGI de Paris avait déjà considéré l'article 41, 3° de la loi de 1957, qui prévoyait les

---

[1149] Christophe CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 2020, n°13.

[1150] Pierre-Yves GAUTIER, *Droit de la propriété littéraire et artistique*, 2e éd. LGDJ, 2023, p. 288, spé. note 249. Pour rappel, selon l'article 17 de la Charte de l'Union Européenne, « *toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer. Nul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, dans des cas et conditions prévus par une loi et moyennant en temps utile une juste indemnité pour sa perte. L'usage des biens peut être réglementé par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général.*
La propriété intellectuelle est protégée ».

[1151] CJUE, 3e ch., 15 mars 2012, aff. C-135/10, *Società Consortile Fonografici (SCF) c/ Marco Del Corso ; Comm. com. électr.* n° 5, mai 2012, comm. 48, Christophe CARON.

[1152] Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 sur la « loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information », cons. n°41.

exceptions liées aux « *analyses et courtes citations* », comme « une disposition exceptionnelle puisqu'elle aboutit à une expropriation partielle de l'auteur pour cause d'utilité privée (…)[1153] ». En résumé, si la qualification d'expropriation à propos des exceptions au droit d'auteur est tout à fait fondée, force est de constater que cette expropriation n'est pas totale. Par exemple, comme le démontre Madame Christel Simler, « l'œuvre citée ou parodiée, intégrée dans une seconde œuvre, échappe au droit de son auteur. Il y a bien expropriation, mais expropriation partielle effectuée sans indemnité. L'auteur n'est pas totalement privé de la propriété de son œuvre mais d'une utilité de celle-ci seulement : son intégration, partielle ou adoptée, dans l'œuvre seconde. L'auteur de cette œuvre seconde peut se comporter en véritable propriétaire sans rendre de comptes à l'auteur de l'œuvre intégrée [1154]». Par ailleurs, il existe des situations en droit d'auteur que l'on peut qualifier d'expropriation pour cause d'utilité publique.

§2 : La qualification d'expropriation pour cause d'utilité publique

786. Parfois les atteintes au consentement que l'on peut qualifier d'expropriation résultent du statut même de l'auteur. Par exemple l'auteur salarié du secteur public ne dispose pas des mêmes prérogatives sur ses créations que le salarié du secteur privé. Pour le premier, le critère qui justifie la limitation de son consentement est fondé sur la notion de service public (A) qui cache en réalité une forme d'expropriation pour cause d'utilité publique (B).

A : LE CRITERE FONDE SUR LA MISSION DE SERVICE PUBLIC

787. En principe, les activités accomplies par le salarié du secteur public le sont dans le cadre de l'accomplissement d'une mission d'intérêt général. L'agent public est dans une mission de service public qui est une composante essentielle de la notion d'intérêt général. Les produits de son travail, comme pour les salariés du secteur privé, ne lui appartiennent pas en ce sens qu'ils sont destinés à satisfaire les intérêts de la collectivité.

788. En effet, le service public est entendu comme « toute activité destinée à satisfaire à un besoin d'intérêt général et qui, en tant que telle, doit être assurée ou

[1153] Paris, 30 sept. 1983 ; *D.* 1984, p. 290, obs. Claude COLOMBET
[1154] Christel SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, LexisNexis, 2010, n°128.

contrôlée par l'administration, parce que la satisfaction continue de ce besoin ne peut être garantie que par elle[1155]». Il n'est pas nécessaire que le fonctionnaire soit investi de prérogatives de puissance publique pour que son activité soit qualifiée comme telle. En ce sens, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de préciser « qu'indépendamment des cas dans lesquels le législateur a lui-même entendu reconnaître ou, à l'inverse, exclure l'existence d'un service public, une personne privée qui assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'administration et qui est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique est chargée de l'exécution d'un service public ; que, même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission[1156] ». En d'autres termes, les productions effectués par le fonctionnaire le sont au profit de l'administration et indirectement dans le cadre de l'intérêt général. A l'inverse, comme il sera développé ultérieurement, si l'entité de droit public utilise la création dans un but commercial, le fonctionnaire n'est pas dépossédé de son droit d'exploitation. Par exemple, il a été jugé que « l'utilisation, à des fins publicitaires, d'un enregistrement musical d'un orchestre national n'entre pas dans la mission de cet ensemble et requiert, en conséquence, l'autorisation des interprètes[1157] ».

789. D'une manière générale, s'est posée la question de savoir si les créations artistiques du salarié du secteur public entraient dans le cadre de l'intérêt général. Dans l'affirmative, l'expropriation pour cause d'utilité publique de ses créations

---

[1155] Serge GUINCHARD, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2023-2024, p. 993.

[1156] CE, 22 février 2007, n° 264541, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés ; RDSS,* 2007, p. 517, obs. Geneviève KOUBI, Gilles J. GUGLIELMI ; *RFDA*, 2007, p.803, obs. Claudie BOITEAU.

[1157] Civ. 1re, 1er mars 2005, n° 02-10.903, *Orchestre national du Capitole de Toulouse* ; *JurisData* n° 2005-027233. Solution codifiée aujourd'hui par l'article L. 131-3-1 Code de propriété intellectuelle qui dispose que « *dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public, le droit d'exploitation d'une œuvre créée par un agent de l'État dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions reçues est, dès la création, cédé de plein droit à l'État.*
Pour l'exploitation commerciale de l'œuvre mentionnée au premier alinéa, l'État ne dispose envers l'agent auteur que d'un droit de préférence. Cette disposition n'est pas applicable dans le cas d'activités de recherche scientifique d'un établissement public à caractère scientifique et technologique ou d'un établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel, lorsque ces activités font l'objet d'un contrat avec une personne morale de droit privé ».

pourrait être considérée comme inhérente à la finalité de ses fonctions. C'est cette approche qui dominait avant la loi du 1er aout 2006[1158]. En effet, le fondement juridique de référence a longtemps été l'avis du Conseil d'Etat du 21 novembre 1972 *Ofrateme*: « les droits que les fonctionnaires publics tirent de leur statut sont toujours limités par les nécessités du service (…) ; les nécessités du service exigent que l'administration soit investie des droits de l'auteur sur les œuvres de l'esprit telles qu'elles sont définies aux articles 1 et 3 de la loi du 11 mars 1957 pour celles de ces œuvres dont la création fait l'objet même du service (…) ; par l'acceptation de leurs fonctions, les fonctionnaires et les agents de droit public, au contraire, ont mis leur activité créatrice avec les droits qui peuvent en découler à la disposition du service dans toute la mesure nécessaire à l'exercice desdites fonctions (…)[1159]». Cette solution, de nombreuses fois appliquée par les juridictions de tous les ordres, continue encore d'être appliquée aux œuvres créées avant l'entrée en vigueur de la loi de 2006. Ainsi, récemment, le TJ de Paris a jugé que si le fait pour une requérante d'avoir signé un texte, en l'occurrence la préface d'un livre, en sa qualité de directrice d'une artothèque ne saurait lui retirer la qualité d'auteur, cela « pose la question de sa titularité sur les droits attachés à l'œuvre ». A cet égard, poursuivent les jugent, la signature de l'œuvre par la requérante « en sa qualité de directrice de l'artothèque, établissement se présentant à la fois comme un

[1158] Loi n°2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

[1159] CE, avis, 21 nov. 1972, n° 309.721, *Ofrateme*. Voici *in extenso* le considérant de principe : « Considérant que les droits que les fonctionnaires publics tirent de leur statut sont toujours limités par les nécessités du service et qu'il en va de même du fait de leur contrat pour les agents contractuels, permanents ou occasionnels qui, étant directement associés au service public, lui sont liés par un contrat de droit public ; que les nécessités du service exigent que l'administration soit investie des droits de l'auteur sur les œuvres de l'esprit telles qu'elles sont définies aux articles 1 et 3 de la loi du 11 mars 1957 pour celles de ces œuvres dont la création fait l'objet même du service ; qu'il en est ainsi même au cas où certains collaborateurs du service peuvent prétendre à une part distincte dans la création de certaines œuvres dès lors que cette création a été effectuée par eux dans l'exercice de leurs fonctions ; qu'aucune disposition de la loi du 11 mars 1957 ni aucune autre disposition législative n'autorise de dérogations aux principes généraux ci-dessus rappelés en accordant un droit de propriété aux fonctionnaires et agents publics sur les créations du service public auxquels ces fonctionnaires et ces agents appartiennent ; qu'en particulier si, aux termes du 3e alinéa de l'article 1er de la loi du 11 mars 1957, la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de louage de service n'emporte aucune dérogation à la jouissance des droits reconnus aux auteurs par ladite loi, il n'existe dans la loi aucune disposition analogue pour les situations juridiques nées du statut des fonctionnaires ou de contrats de droit public ; que, par l'acceptation de leurs fonctions, les fonctionnaires et les agents de droit public, au contraire, ont mis leur activité créatrice avec les droits qui peuvent en découler à la disposition du service dans toute la mesure nécessaire à l'exercice desdites fonctions ; que, pour ce qui a trait spécialement aux œuvres constituées par des émissions de radiodiffusion et de télévision, l'article 18 de la loi précitée n'est applicable d'après son texte même qu'au cas où des personnes physiques assurent la création intellectuelle d'une œuvre et non quand cette création est confiée légalement à un service public».

musée d'art contemporain et une bibliothèque et exerçant une mission de service public de diffusion de l'art contemporain, établit qu'elle a été réalisé par [la requérante] dans l'exercice de ses fonctions antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 1er août 2006 et qu'il s'agit par conséquent d'une création du service public auquel elle appartient, ne lui permettant pas d'en revendiquer les droits d'auteur[1160] ». L'avis du conseil d'Etat a donc consacré une expropriation des créations intellectuelles des

[1160] TJ Paris 27 mars 2024, n° 22/04505 ; *JurisData* n°2024-010361. Cette solution se refuse d'appliquer rétroactivement les nouvelles dispositions issues de la loi de 2006. Ce faisant, elle fait primer un simple avis sur un texte de nature législative. Ce faisant, elle s'inscrit dans ligne tracée par le gouvernement après l'entrée en vigueur de la loi précitée, comme en témoigne cette réponse ministérielle : « Selon un principe traditionnel du droit de la propriété intellectuelle, le droit d'auteur naît sur la tête de la, ou, le cas échéant, des personnes physiques, ayant créé l'œuvre. Le Conseil d'État, dans un avis « OFRATEME » rendu le 21 novembre 1972, s'est néanmoins appuyé sur la spécificité de la relation existant entre l'administration et ses agents ainsi que sur les nécessités du service pour faire de la personne publique l'auteur de l'œuvre dont la création fait l'objet même du service et lui attribuer par conséquent, ab initio, le droit moral et les droits patrimoniaux attachés à cette qualité. Aux termes de cet avis, les collaborateurs du service public ne conservent leurs droits sur leurs œuvres que dans la mesure où la création de ces œuvres n'est pas liée au service ou s'en détache. La loi du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information unifie le régime applicable aux auteurs se trouvant dans un lien de subordination. Les agents de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics à caractère administratif, des autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale et de la Banque de France jouissent désormais sur les œuvres de l'esprit créées dans l'exercice de leur fonction, ou d'après les instructions reçues, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous (art. L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle). La loi du 1er août 2006 prévoit toutefois la cession de plein droit à l'État, « dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public », du droit d'exploitation de l'œuvre créée par « un agent de l'État dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions reçues ». Dans l'hypothèse où la personne publique cessionnaire du droit d'exploitation retire un bénéfice de cette exploitation non commerciale d'une œuvre, l'article L. 131-3-3 du code de la propriété intellectuelle prévoit que l'agent public pourra bénéficier d'un intéressement. Pour l'exploitation commerciale de cette même œuvre, l'État dispose envers l'agent auteur d'un droit de préférence (art. L. 131-3-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle). Toutes les personnes publiques, et notamment les collectivités territoriales, doivent appliquer ce nouveau dispositif lorsqu'elles procèdent à l'exploitation commerciale des œuvres créées par leurs agents et qu'elles interviennent ainsi sur les mêmes marchés que les entreprises du secteur privé. Les agents publics auteurs d'œuvres dont la divulgation n'est pas soumise, en vertu de leur statut ou des règles régissant leur fonction, au contrôle préalable de leur hiérarchie, sont exclus de l'application de ces nouvelles dispositions. Par ailleurs, celles-ci ne sont applicables aux œuvres créées par les agents publics antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 1er août 2006 qu'à compter de cette date et ne peuvent porter atteinte à l'exécution des conventions en cours lors de l'application de la loi. Enfin, les conditions d'application de ce nouveau régime, et notamment les conditions d'exercice du droit de préférence et les conditions dans lesquelles un agent public peut être intéressé aux produits tirés de l'exploitation de son œuvre, seront précisées par un décret en Conseil d'État ». V. Réponse ministérielle, JO, 30 /10/2007, p.6721 : https://questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-2231QE.htm

agents ou fonctionnaires[1161] réalisées dans le cadre de leurs fonctions en les attribuant de manière originaire à l'administration.

790. Face à cette réalité, la loi de 2006 a été perçue comme un correctif qui allait permettre à l'auteur fonctionnaire de jouir pleinement de ses créations artistiques et littéraires conformément au principe posé par la première version de l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle qui prévoyait que « *l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial, qui sont déterminés* » par le Code de la propriété intellectuelle. En vérité, il a fallu une véritable absence de volonté pour refuser d'appliquer aux salariés du secteur public tant les termes étaient clairs, à l'image du dernier alinéa qui soulignait clairement que « *l'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte aucune dérogation à la jouissance du droit reconnu par l'alinéa 1er* ». Dans un premier temps, l'inapplication de cette disposition au salarié du secteur public pouvait se justifier par le fait que le fonctionnaire est dans une position statutaire et non contractuelle. Mais, il est possible de chercher la justification de ce refus, non pas sur le plan juridique, mais sur un plan purement économique. En effet, cela permettait d'éviter des dépenses supplémentaires aux finances publiques en termes de paiements de droits d'auteur. Ce positionnement était d'autant plus surprenant que les juridictions des deux ordres, en tant que garants des droits et libertés individuelles, l'ont adopté. Par exemple, les juges versaillais ont pu juger que « le cours polycopié d'un enseignant vacataire doit être regardé comme faisant partie par nature du cours que celui-ci avait pour vocation d'assurer. Le droit de propriété intellectuelle s'est trouvé de ce fait, sans qu'il ait été besoin d'un contrat spécifique passé à cet effet avec l'université, transféré à cette dernière, laquelle avait ainsi, sans avoir à requérir l'autorisation de son auteur, la possibilité de diffuser ce cours polycopié aux étudiants et professeurs concernés dans le cadre du service public de l'enseignement dont elle a la charge[1162] ». Pour justifier la paralysie du dernier alinéa

[1161] Il faut préciser que toutes les productions du fonctionnaire ne bénéficient pas de la qualification d'œuvres de l'esprit. C'est le cas par exemple d'une réponse ministérielle, de l'explication d'un texte ou d'une circulaire, d'un rapport, des conclusions d'un magistrat ou encore d'un rapport d'inspection.

[1162] CAA Versailles, 15 mars 2007, n° 04VE00338, *JurisData* n° 2007-329800 ; *Comm. com. électr.* n° 5, mai 2007, comm. 69, Christophe CARON. En première instance, V. TA Versailles, 17 oct. 2003, n°

de l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle dans sa version initiale, les juges se sont fondés sur des éléments qui ne sont pas sans rappeler les fondements propres à l'expropriation pour cause d'utilité publique. Ainsi, sont mis à contribution l'article L. 123-6 du Code de l'éducation qui prévoit que « *le service public de l'enseignement supérieur a pour mission le développement de la culture et la diffusion des connaissances et des résultats de la recherche* » et l'article 7 (devenu article 3 alinéa 8) du décret du 6 juin 1984[1163] qui prévoit que « *les professeurs des universités ont vocation prioritaire à assurer leur service d'enseignement sous forme de cours* (…) ». Autrement dit, la production de cours à destination des étudiants fait partie de leur mission, en conséquence, ils ne peuvent revendiquer de droit d'auteur. C'est d'ailleurs ce que disaient en substance les juges pour qui « en ne passant pas avec le requérant un contrat pour l'utilisation de son œuvre dans les conditions précitées » l'université « n'a pas commis de faute de nature à engager sa responsabilité à son égard ». Cette solution était la preuve d'une violation flagrante d'un des principes du droit d'auteur incarné par l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle, et faisait par ailleurs fi des règles applicables en matière de contrats d'édition comme l'exigence d'un écrit (art. L. 131-2) et « les dispositions de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle qui exigent que l'objet de la cession soit précisément déterminé quant à son étendue, à la durée, aux modes d'exploitation[1164] ». Pourtant,

---

0102926, *Allary c/ Université de Paris XI* ; *JurisData n° 2003-225855* qui juge que « nonobstant les droits de l'auteur d'une œuvre de l'esprit qui sont reconnus à l'art. L 111-1 C. propr. intell., les nécessités du service exigent que l'administration soit investie des droits de l'auteur sur les œuvres de l'esprit pour celles de ces œuvres dont la création fait l'objet même du service. Par l'acceptation de leurs fonctions, les fonctionnaires et les agents de droit public ont mis leur activité créatrice ou les droits qui peuvent en découler à la disposition du service, dans toute la mesure nécessaire à l'exercice desdites fonctions. Si l'intéressé fait valoir que l'administration a édité le polycopié de son cours pour le fournir à d'autres étudiants qui suivaient le même enseignement, il n'est ni établi ni même allégué que cette publication aurait eu lieu à destination d'usagers autres que les étudiants de la matière. Le droit d'auteur ainsi cédé n'a pas excédé l'accomplissement de la mission de service public qui était celle de l'université. D'une part, le requérant avait donné son accord pour une telle utilisation de son polycopié et, d'autre part, il en avait demandé et obtenu, à raison de l'utilisation de son polycopié, le paiement réglé sous forme de salaires. Il n'est pas davantage fondé à soutenir qu'il aurait subi un préjudice du fait de l'utilisation de son cours polycopié par d'autres enseignants, dès lors que cette utilisation s'est faite avec son accord express. Il ne résulte d'aucune disposition législative ou réglementaire que l'administration doive établir un contrat de droits d'auteur au profit d'un enseignait qui diffuse ses polycopiés dans le cadre de sa mission de service public et en direction des étudiants ».

[1163] Décret n°84-431 du 6 juin 1984 fixant les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants-chercheurs et portant statut particulier du corps des professeurs des universités et du corps des maîtres de conférences.

[1164] V. l'analyse du professeur Christophe CARON, « *L'enseignant exproprié de son polycopié au profit de l'Université », Comm. com. électr.* n° 5, mai 2007, comm. 69.

les juges auraient pu fonder leur solution sur un autre fondement : l'absence d'originalité. En effet, un cours exposé à l'oral est différent d'un ouvrage, qui demande un travail supplémentaire de rédaction et de références. De ce point de vue, l'ouvrage ne peut être confondu au cours. En tout état de cause, comme l'analyse le Professeur Christophe Caron, l'extension de la solution de la Cour administrative de Versailles pourrait amener les universitaires à « ne pas rédiger des polycopiés de leurs cours pour éviter de subir des expropriations *contra legem* et insidieuses qui ne disent pas leur nom ![1165]». Au regard de ce qui précède, il peut être intéressant de savoir si la loi de 2006 qui a transposé la directive 2001/29/CE peut être considérée comme un véritable correctif à cette question.

B : LE MAINTIEN INDIRECT D'UNE EXPROPRIATION POUR CAUSE D'UTILITE PUBLIQUE

791. La réponse à cette interrogation n'est pas évidente en ce sens qu'on a assisté à un jeu d'équilibre entre d'une part, les droits de l'auteur fonctionnaire et d'autre part, ceux de l'administration. D'ailleurs, le projet de loi de 2006 n'en faisait aucun mystère en ce sens qu'il était clairement souligné qu'il s'agissait de « reconnaître expressément aux agents publics la qualité d'auteur pour les œuvres réalisées dans le cadre de leurs fonctions. Le dispositif envisagé vise à assurer l'effectivité de la reconnaissance du droit d'auteur tout en garantissant à l'administration qui les emploie les moyens d'assurer sa mission de service public[1166] ».

792. En effet, l'article L. 111-1 a été enrichi pour revitaliser le principe posé en son premier alinéa au profit des auteurs fonctionnaires. Ainsi, le troisième alinéa indique désormais qu'il n'est plus possible de déroger « *à la jouissance* » du droit exclusif « *lorsque l'auteur de l'œuvre de l'esprit est un agent de l'Etat, d'une collectivité territoriale, d'un établissement public à caractère administratif, d'une autorité administrative indépendante dotée de la personnalité morale, de la Banque de France, de l'Institut de France, de l'Académie française, de l'Académie des inscriptions et belles-lettres, de l'Académie des sciences, de l'Académie des beaux-arts ou de l'Académie des sciences morales et politique* ».

[1165] *Ibid.*

[1166] « Projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information », AN, n°1206, 12 nov. 2003.

793. Autrement dit, les fonctionnaires et agents de l'Etat sont désormais traités de la même manière que les salariés du secteur privé en ce sens que la cession des droits sur les œuvres qu'ils créent doit se faire dans le respect des règles en la matière, c'est-à-dire sur la base d'un contrat distinct du contrat de travail[1167]. Mieux, certains agents publics bénéficient d'une forme de protection renforcée en vertu du dernier alinéa L. 111-1 qui écarte l'application de certaines restrictions « *aux agents auteurs d'œuvres dont la divulgation n'est soumise, en vertu de leur statut ou des règles qui régissent leurs fonctions, à aucun contrôle préalable de l'autorité hiérarchique* ». Cette disposition, qui concerne essentiellement les universitaires en leur conférant une indépendance en termes de droit de divulgation[1168], laisse entendre que la

[1167] En réalité, avant même la loi de 2006, la jurisprudence avait commencé à cantonner au droit patrimonial la substitution de l'administration au droit d'auteur des créations intellectuelles des agents publics ou fonctionnaires. En ce sens, le jugement du TGI de Nanterre de 2005 précisait ceci : « par l'acceptation de leurs fonctions, les fonctionnaires et agents de droit public ont mis leur activité créatrice avec les droits qui peuvent en découler à la disposition du service dans toute la mesure nécessaire à l'exercice des dites fonctions. Il en résulte que l'Etat se trouve investi des droits sur les œuvres produites par ces derniers dans l'exercice de leurs fonctions. En conséquence, alors qu'un fonctionnaire a produit une photographie dans l'exercice de sa mission de service public, l'ayant droit de ce fonctionnaire ne jouit pas de droits patrimoniaux attachés à la photographie et son action en contrefaçon de la photographie est donc irrecevable.
L'ayant droit d'un fonctionnaire qui a produit une photographie dans l'exercice de sa mission de service public dispose des prérogatives morales attachées à la personne du photographe, il est donc recevable en son action pour atteinte au droit moral de l'auteur.
Constitue une atteinte au droit moral, notamment aux droits à la paternité et au respect de l'œuvre, appartenant à l'auteur d'une photographie du général de Gaulle en buste, la reproduction de cette photographie sur la couverture d'un ouvrage sans indication du nom de l'auteur et avec mention d'un copyright fantaisiste, et le recadrage et la réduction de cette photographie, ces derniers retirant à l'œuvre originale toute sa puissance tenant à la saisie de la solitude, la détermination et la force du combattant ». En l'occurrence, le litige portait sur le célèbre portrait du Général de Gaulle tenant les jumelles à bord de la vedette lance-torpille au large de Weymouth en 1943. V. TGI Nanterre, 27 oct. 2005, *Cadet c/ SAS Éditions Milan et SA Gamma* ; *Juris-Data n° 2005-288686* ; *Comm. com. électr.*, n° 1, janvier 2006, comm. 2, Christophe CARON.

[1168] Un arrêt de la Cour de cassation semblait remettre en cause cette indépendance dans le cadre d'un litige dont la question portait sur la compétence juridictionnelle en matière d'action en diffamation contre un agent-auteur suite la publication d'une œuvre. Au visa des articles L. 123-3 et L. 952-3 du Code de l'éducation, la Cour avait jugé que « quel qu'en soit le support, la publication d'un ouvrage, qui est le résultat de recherches universitaires, entre dans la mission du service public de l'enseignement supérieur et relève des fonctions des enseignants chercheurs qui s'exercent dans le domaine de la diffusion des connaissances ». V. Cass. 1re civ., 23 févr. 2011, n° 09-72.059 ; *JurisData* n° 2011-002179. La formulation, maladroite, « pourrait laisser supposer l'étape suivante du raisonnement, à savoir que les droits d'auteur appartiennent bien évidemment à l'administration, en l'espèce l'université. Mais une telle solution serait contraire à la lettre claire et précise du droit positif et de l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle, ce qui prouve bien que la précision, ajoutée par la loi du 1er août 2006, constitue bel et bien un efficace rempart de protection contre une expropriation du droit d'auteur des universitaires ». V. Christophe CARON, « Nouvelles menaces sur le droit d'auteur des universitaires ? »,

reconnaissance du caractère exclusif de la jouissance des droits sur les créations des agents publics reste encadrée pour préserver l'intérêt de l'administration. Les restrictions dont il s'agit concerne aussi bien le droit moral que le droit patrimonial de l'auteur, ce qui laisse subsister une forme de prééminence de l'administration sur les créations des agents publics. De ce fait, il s'agit d'une forme d'expropriation indirecte des créations artistiques des agents publics[1169]. Au titre du droit moral, les restrictions dont il s'agit concernent principalement le droit de divulgation, le droit au respect de l'œuvre, le droit de retrait et le droit de repentir.

794. Droit de divulgation et restrictions. A propos du droit de divulgation, l'article L. 121-7-1 alinéa 1er du Code de la propriété intellectuelle prévoit que « *le droit de divulgation reconnu à l'agent mentionné au troisième alinéa de l'article L. 111-1, qui a créé une œuvre de l'esprit dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions reçues, s'exerce dans le respect des règles auxquelles il est soumis en sa qualité d'agent et de celles qui régissent l'organisation, le fonctionnement et l'activité de la personne publique qui l'emploie*». Il ressort de cette disposition une absence de plénitude des pouvoirs de l'auteur en termes de divulgation de son œuvre. Si en théorie le texte lui reconnait cette possibilité, l'exercice de ce droit peut être encadré. En effet, toute œuvre créée dans le cadre de l'exécution de ses fonctions par un agent doit, avant toute divulgation recueillir l'assentiment de ses supérieurs hiérarchiques. Dans ces conditions, le consentement de l'auteur devient subsidiaire tandis que celui de son employeur public devient primordial. Autrement dit, l'employeur public garde la possibilité de substituer son consentement à celui de l'auteur à chaque fois qu'elle considère que l'œuvre a été créée dans le cadre de ses fonctions. Le risque est de voir l'administration utiliser ce droit pour censurer une œuvre qui n'irait pas dans son sens. Selon Madame Claire Malwé, « la formulation adoptée, très générale, conduit à restreindre de manière considérable la portée des attributs du droit moral reconnu à l'agent public pour le soumettre au contrôle de l'autorité publique à laquelle il est

Comm. com. électr. n° 5, mai 2011, comm. 43. V. aussi Bordeaux, 10 juin 2014 ; *Labere* : *Propr. intell.* 2015, n° 54, p. 44, obs. Carine BERNAULT ; *JurisData* n° 2015-026138 qui a qu'un « cours à distance réalisé selon les instructions précises de l'Université revient à celle-ci ».

[1169] En revanche, en matière de brevets la notion d'invention de mission attribuée à l'employeur privé ou public existe toujours. C'est ce qui résulte de l'article L. 611-7 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que « *les inventions faites par le salarié dans l'exécution soit d'un contrat de travail comportant une mission inventive qui correspond à ses fonctions effectives, soit d'études et de recherches qui lui sont explicitement confiées, appartiennent à l'employeur* ».

rattaché[1170] ». La justification avancée par certains au soutien de cette restriction repose sur l'idée que « l'exercice sans limites du droit moral » par l'auteur est dangereux en ce sens que cela « aboutirait à paralyser la mission de l'administration concernée et porterait atteinte au principe à valeur constitutionnelle de la continuité du service public. Il serait ainsi inconcevable qu'un fonctionnaire invoque son monopole d'auteur pour s'opposer à la publication du rapport qu'il aurait rédigé dans l'exécution de ses fonctions[1171] ». Dans le même sens, Monsieur André Kerever (ancien Conseiller d'Etat), estimait que « lorsqu'il appartient à une administration de créer des œuvres dans le cadre de sa mission, il lui incombe également de décider discrétionnairement de la divulgation de cette œuvre sans qu'elle ait à rechercher, pour cette dernière opération, le consentement des fonctionnaires ou agents par le travail desquels cette œuvre est créée. Et le droit de divulgation que les nécessités même du service commandent de reconnaître à l'administration ne dépend pas de l'importance et de la personnalisation du travail accompli[1172]». Cette manière d'aborder la question allait parfois loin comme le montre une réponse ministérielle dans laquelle il avait été précisé que « le fait qu'un enseignant puisse voir son patronyme figurer sur l'œuvre qu'il a produite pour les besoins de son service ne relève juridiquement pas du droit au nom posé par l'article 6 de la loi du 11 mars 1957 (…) mais de l'obligation qui s'impose à tout fonctionnaire responsable de signer les actes qu'il prend dans l'exercice de ses compétences[1173] ». Cette interprétation conduit évidemment à vider de sa substance la présomption de paternité consacrée par l'article L. 113-1 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que « *la qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée* ». Cela dit, il existe d'autres considérations objectives pouvant justifier le contrôle par l'administration du droit de divulgation de l'auteur agent public. Il est possible de citer le droit d'accès aux documents administratifs reconnu aux administrés. En effet, l'article L. 311-1 du Code des relations entre le public et l'administration énonce que « *les administrations (…) sont tenues de publier en ligne ou de communiquer les documents administratifs qu'elles détiennent aux personnes qui en font la demande (…)* ». De ce point de vue,

[1170] Claire MALWE, « La répartition des droits de propriété intellectuelle entre l'administration et ses agents », *AJDA*, 2017, p. 2050.
[1171] Corinne BLERY, « La titularité des droits d'auteur des chercheurs fonctionnaires et agents publics » *Dr. et patr.*, n°147, 1er avr. 2006
[1172] André KEREVER, « Le droit d'auteur français et l'Etat », *RIDA* n°110, oct. 1981, p. 83.
[1173] JO Sénat, 15 sept. 1988, p.1025.

lorsqu'une œuvre de l'esprit est concernée par ce droit, l'administration peut utiliser ce fondement pour contrainte l'auteur à divulguer l'œuvre. A l'inverse, lorsqu'une œuvre de l'esprit créée par un agent public est susceptible de concerner des questions de défense nationale, sa divulgation peut tout à fait être empêché par l'administration. C'est ce qui résulte, par exemple de l'article L. 311-5, 2° du Code des relations entre le public et l'administration qui dispose que, « *ne sont pas communicables, [les] documents administratifs dont la consultation ou la communication porterait atteinte au secret de la défense nationale* ». De manière générale, le même code prévoit en son article L. 311-4 que « *les documents administratifs sont communiqués ou publiés sous réserve des droits de propriété littéraire et artistique* ». La disposition peut entrer en conflit avec l'article L. 121-7-1 alinéa 1er du Code de la propriété intellectuelle précisé étant donné les natures des documents concernés n'est pas précisée. S'agit-il des œuvres créées par un agent avec les instructions et la supervision de l'administration ? Ou s'agit-il d'œuvres acquises par l'administration auprès des auteurs tiers pour les besoins du service ? En tout état de cause, à propos de cette disposition, le Conseil a estimé que « l'article 9 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, désormais repris à l'article L. 311-4 du code des relations entre le public et l'administration (CRPA), implique, avant de procéder à la communication de supports d'enseignement n'ayant pas déjà fait l'objet d'une divulgation, au sens de l'article L. 121-2 du code de la propriété intellectuelle, de recueillir l'accord de leur auteur[1174] ». Par ailleurs, dans une certaine mesure, il est possible de se fonder sur le principe consacré par 15 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1789 pour contraindre l'auteur agent public qui a créé une œuvre de la divulguer. En effet, ce principe prévoit que « la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ». D'autres restrictions résultant de la loi de 2006 confortent malheureusement cette vision.

795. Droit au respect de l'œuvre et restrictions. De manière plus accentuée, la même logique est appliquée au droit au respect de l'œuvre pourtant garanti par l'aliéna 1er de l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle qui prévoit que « *l'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre* ». Pourtant, selon le second alinéa de l'article L. 121-7-1, 1° du même code, « *l'agent ne*

[1174] CE, 8 nov. 2017, n°375704, *Assoc. spirituelle de l'Église de scientologie Celebrity Center* ; *Juris associations* 2017, n°569, p.11, note Marie-Christine de MONTECLER.

peut :1° S'opposer à la modification de l'œuvre décidée dans l'intérêt du service par l'autorité investie du pouvoir hiérarchique, lorsque cette modification ne porte pas atteinte à son honneur ou à sa réputation ». Dit autrement, à chaque fois que le besoin du service le justifie, l'employeur public a le loisir de porter atteinte à l'intégrité de l'œuvre. Interdiction est faite à l'auteur de s'y opposer sauf atteinte à son honneur et à sa réputation[1175], qui sont des notions vagues et non définies traduisant la volonté de l'administration de marquer son appropriation sur les créations de son salarié.

796. Droit de repentir et de retrait. Cette volonté touche également un autre fondement du droit moral, à savoir le droit de repentir et de retrait qui ne peuvent être exercés par l'auteur seul, sans « *accord de l'autorité investie du pouvoir hiérarchique* » selon les termes de l'alinéa 2 de l'article L. 121-7-1,2°. En l'espèce, la volonté de substitution se traduit par une négation du pouvoir discrétionnaire de l'auteur en matière de gestion de son œuvre, le tout sans aucune justification sérieuse. Etant donné que la restriction sur le droit de repentir et de retrait « ne s'accompagne nullement de la mention des « impératifs du service public », dont on aurait pu imaginer qu'ils permettent de justifier un tel infléchissement. De sorte que, au bout du compte, seul le droit à la paternité de l'œuvre demeure effectivement dans les mains des agents publics[1176] ».

797. Droit patrimonial et restrictions. S'agissant du droit patrimonial, « l'expropriation » de l'auteur agent public de ses droits sur ses créations est très éloquente. Aux termes de l'alinéa premier de l'article L. 131-3-1 du Code de la propriété intellectuelle, « *dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public, le droit d'exploitation d'une œuvre créée par un agent de l'Etat dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions reçues est, dès la création, cédé de plein droit à l'Etat* ». Au-delà du fait qu'il s'agit ici d'une véritable cession forcée, la lecture attentive de cette disposition permet d'observer une volonté de rapprochement entre le régime juridique des agents-auteurs et celui du salarié du

[1175] En ce sens, il a par exemple été jugé que « l'article 9 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, désormais repris à l'article L. 311-4 du Code des relations entre le public et l'administration, implique, avant de procéder à la communication de supports d'enseignement n'ayant pas déjà fait l'objet d'une divulgation, au sens de l'article L. 121-2 du Code de la propriété intellectuelle, de recueillir l'accord de leur auteur ». V. CE, 8 nov. 2017, n° 375704, *Ass. spirituelle de l'Eglise de Scientologie ; JurisData* n° 2017-022108.

[1176] Claire MALWE, « La répartition des droits de propriété intellectuelle entre l'administration et ses agents », *AJDA*, 2017, p. 2050.

secteur privé. L'instauration de cette cession forcée impose que l'œuvre soit créée dans le cadre des fonctions de l'agent ou d'après les instructions reçues, et surtout dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public, autrement dit en dehors de toute exploitation commerciale. Ainsi, « il ne suffit pas que l'œuvre ait été créée sous l'autorité de l'employeur public et dans le cadre du service. Il faut encore vérifier que son exploitation est indispensable à son bon fonctionnement[1177] ».

798. Cela dit, malgré la présence de ces garde-fous, cette disposition consacre le principe d'une cession automatique des droits patrimoniaux de l'auteur au profit de l'employeur public, ce qui constitue une dérogation notable au droit commun du droit d'auteur. Aussi, le principe posé peut être source d'insécurité juridique, c'est le cas notamment, en matière de détermination des critères permettant de situer le contexte de la création de l'œuvre. Par exemple, si la création d'un formulaire à destination des administrés peut facilement être considérée comme faite dans le cadre des fonctions, en revanche la mise en place d'une norme de type AFNOR qui pourrait intéresser à la fois les administrés et des entités privées peut poser des difficultés. Selon une partie de la doctrine, « il est à craindre que le manque de précision de cette disposition » soit « source de contentieux, la limite entre ce qui relève ou pas de l'accomplissement de la mission étant nécessairement affaire d'espèce[1178] ». En d'autres termes, cette difficulté ne pourra être réglée que de manière casuistique. Ainsi, répondant à une difficulté similaire en droits voisins du droit d'auteur, la Cour de cassation a estimé que « le statut d'agent public ne peut faire obstacle aux dispositions de l'article L. 212-3 du Code de la propriété intellectuelle que dans les strictes limites de la mission de service public à laquelle l'agent public participe. L'utilisation, à des fins publicitaires, d'un enregistrement musical d'un orchestre national n'entre pas dans la mission de cet ensemble et requiert, en conséquence, l'autorisation des interprètes[1179] ». Le Conseil d'Etat a, de son coté, jugé nécessaire de rappeler que « qu'antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 1er août 2006, l'agent public auteur d'une œuvre jouissait de droits de propriété intellectuelle sur l'œuvre dont la création était détachable du service ; qu'il

---

[1177] Marie CORNU, « Droits d'auteur des fonctionnaires : le périmètre contenu de l'exception de service public », *D.* 2006, p. 2185.

[1178] Rémy Philippot et Laurent TERESI, « Réforme du droit d'auteur des agents publics : la nouvelle donne pour les collectivités publiques », *JCP A* 2006, 1195, n°37.

[1179] Civ. 1re, 1er mars 2005, n°02-10.903 ; *JurisData* n° 2005-027233 ; *AJDA* 2005, p. 1905, obs. Jean-Michel BRUGUIERE.

en était ainsi, notamment, si cette œuvre avait été faite en dehors du service et de toute commande du service ou si elle était sans rapport direct avec les fonctions exercées par l'auteur au sein du service[1180] ». Ces deux exemples illustrent la difficulté de dégager des critères clairs et précis sur la question.

799. Par ailleurs, l'employeur public se réserve aussi un droit de préférence toutes les fois où les critères de la cession automatiques ne sont pas remplis et que l'auteur envisage une exploitation commerciale de ses créations. Ceci ressort *ab initio* du second alinéa de l'article L. 131-3-1 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que « *pour l'exploitation commerciale de l'œuvre mentionnée au premier alinéa, l'Etat ne dispose envers l'agent auteur que d'un droit de préférence* ». L'idée ici est de toujours chercher à maintenir dans l'escarcelle du patrimoine de l'employeur public l'œuvre dont il estime avoir favorisé, voire initié la création. Toutefois, se basant sur la lettre du texte, et la référence explicite à l'alinéa 1er de l'article L. 131-3-1, certains auteurs ont estimé que l'exploitation commerciale dont il s'agit doit rentrer dans le cadre strictement nécessaire de l'exécution de service public. Pour Madame Marie Cornu par exemple, « toute exploitation commerciale d'une œuvre créée dans le cadre du service n'est pas soumise au droit de préférence. S'impose à nouveau la condition que l'exploitation commerciale soit strictement nécessaire à l'accomplissement de la mission de service public[1181] ». Si cette lecture de la disposition peut être entendue, elle serait cependant en contradiction avec le fait qu'elle reconnaît implicitement à l'auteur-agent la possibilité de refuser la proposition commerciale de l'administration toutes les fois qu'il la jugerait insuffisante. En ce sens, Monsieur Christian Vanneste, dans son rapport sur la loi de 2006, soulignait que «si les conditions proposées par la personne publique ne sont pas satisfaisantes pour l'auteur, et si les conditions réglementaires du simple droit de préférence le permettent, le fonctionnaire pourrait alors refuser l'offre qui lui aura été faite, et [il] serait libre de contracter avec tout autre exploitant commercial, aux conditions du marché, et dans le respect des règles posées par le Code de la propriété intellectuelle[1182] ». L'administration peut-elle se permettre de reconnaître cette option tout en sachant que l'œuvre en question est indispensable

[1180] CE, sect., 15 oct. 2014, n° 353168 ; *JurisData* n° 2014-024135 ; *JAC* 2014, n°19, p.10, note P. NOUAL.
[1181] Marie CORNU, « Droits d'auteur des fonctionnaires : le périmètre contenu de l'exception de service public », *D.* 2006, p. 2185.
[1182] Rapp. AN n° 2349, 7 juin 2005, « *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale sur le projet de loi (n° 1206) sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information* », Christian VANNESTE, p. 128.

au fonctionnement du service public ? La réponse est évidemment non, sauf à faire le choix de proposer la meilleure offre commerciale. Ce qui serait contraire au principe de la maitrise des dépenses publiques. Toujours est-il que le second alinéa de l'article L. 131-3-1 a vocation à s'appliquer dès lors, qu'une exploitation commerciale est envisagée, que celle-ci soit ou non strictement nécessaire au fonctionnement du service public. Comme le résume le Professeur Christophe Caron, « si le fonctionnaire entend exploiter commercialement ses créations réalisées dans le cadre de son service, il devra s'adresser avant tout à l'Etat qui pourra bénéficier d'une préférence contractuelle. Si l'Etat exploite commercialement l'œuvre, l'article L. 131-3-3[1183] précise qu'un décret en conseil d'Etat (inexistant pour le moment[1184]), pourra déterminer les conditions d'intéressement du fonctionnaire. Cet intéressement n'est pas une obligation, mais seulement une faculté pour le pouvoir réglementaire[1185] ».

800. L'autre question qui mérite d'être posée est de savoir si ce droit de préférence doit être assimilé au mécanisme du pacte de préférence du droit commun des contrats (article 1123 du Code civil) ou du contrat d'édition de droit d'auteur (article L. 132-4 du Code de la propriété intellectuelle) ou encore à celui du droit de préemption[1186]. Au regard des sanctions propres à chacune des qualifications citées, il est évident que le législateur fait explicitement référence au pacte de préférence de l'article 1123 du Code civil qui précise dans son 2e alinéa que « *lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du*

[1183] Article L131-3-3 Code de la propriété intellectuelle : « *Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités d'application des articles L. 131-3-1 et L. 131-3-2. Il définit en particulier les conditions dans lesquelles un agent, auteur d'une œuvre, peut être intéressé aux produits tirés de son exploitation quand la personne publique qui l'emploie, cessionnaire du droit d'exploitation, a retiré un avantage d'une exploitation non commerciale de cette œuvre ou d'une exploitation commerciale dans le cas prévu par la dernière phrase du dernier alinéa de l'article L. 131-3-1* ».

[1184] Selon une réponse ministérielle qui date de 2014, « le décret qui doit en préciser les conditions d'application n'a pu être pris à ce jour, en raison notamment de la difficulté rencontrée dans l'articulation des droits de l'administration avec ceux de l'agent public, auteur. Une réflexion interministérielle est en cours sur ce sujet. Son objectif est de sécuriser au plan juridique l'exploitation par l'administration des œuvres créées par ses agents dans le cadre des missions de service public, de préciser la manière dont ces agents peuvent être rétribués, et enfin de prendre en compte les objectifs de la politique d'ouverture de données publiques ». V. Rép. min., JO 03 juin, 2014, p. 4520 : https://questions.assemblee-nationale.fr/q14/14-47662QE.htm consulté le 23/07/2024.

[1185] Christophe CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 6e éd., Lexis Nexis, 2020, n°214.

[1186] Corinne BLERY, « *La titularité des droits d'auteur des chercheurs fonctionnaires et agents publics Droit et Patrimoine* », n° 147, 1er avr. 2006.

bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu ».

801. *In fine,* le second alinéa de l'article L. 131-3-1 apporte une limite à l'exercice du droit de préférence de l'administration. Ainsi, il est précisé que la *« disposition n'est pas applicable dans le cas d'activités de recherche scientifique d'un établissement public à caractère scientifique et technologique ou d'un établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel, lorsque ces activités font l'objet d'un contrat avec une personne morale de droit privé* ». Cet aménagement vise à rassurer les organismes privés qui, dans le cadre de partenariat public-privé, financent des recherches. En effet, au moment des débats sur la loi de 2006, ces derniers voulaient être rassurés sur l'identité du titulaire des droits d'auteur dans de telles circonstances. Ainsi, en supprimant le droit de préférence au profit de l'administration, l'agent public auteur se trouve également privé de la titularité de ses droits d'auteurs au profit, cette fois-ci de l'organisme de privé qui a financé ses activités de recherches. Selon les travaux préparatoires à l'adoption de la loi de 2006, « les chercheurs devraient, dans ce cas, être rémunérés pour leur création suivant des modalités analogues à celles prévues par le nouvel article L.131-3-3 dans le cas d'une exploitation non commerciale donnant néanmoins lieu à des bénéfices[1187] », c'est-à-dire sur la base d'un intéressement. Se pose alors la question de l'articulation entre cette disposition avec celle du troisième alinéa de l'article L. 111-1 qui consacre l'indépendance de certains fonctionnaires en termes de divulgation de leurs œuvres, comme c'est le cas des universitaires. En effet, les universitaires concernés par de tels partenariats peuvent-ils perdre leur indépendance ? La réponse est à relativiser, car « en réalité, ce texte ne devrait concerner que les fonctionnaires participant à la réalisation d'œuvres gouvernées par un contrat de recherche et qui ne bénéficient pas de la possibilité de divulguer leurs créations sans un contrôle préalable de leur autorité hiérarchique[1188]».

802. Par ailleurs, il existe d'autres situations d'expropriation au bénéfice de l'Etat en dehors des cas qui viennent d'être étudiés. C'est par exemple la situation dans laquelle peut se retrouver l'auteur d'un logiciel ou encore des œuvres collectives.

[1187] Rapp. AN n° 2349, 7 juin 2005, « *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale sur le projet de loi (n° 1206) sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information* », Christian VANNESTE, p. 129.
[1188] Christophe CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 6e éd., LexisNexis, 2020, n°215.

803. Le cas spécifique des auteurs de logiciel. Selon le 1er alinéa de l'article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle, « *sauf dispositions statutaires ou stipulations contraires, les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créés par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur sont dévolus à l'employeur qui est seul habilité à les exercer* ». Autrement dit, l'auteur d'un logiciel peut être investi des droits patrimoniaux à la seule condition qu'il existe un contrat entre lui et son employeur. « L'expropriation » ne jouerait qu'en cas d'absence de clause contractuelles faisant de l'auteur le seul titulaire des droits patrimoniaux. Cette règle, selon le dernier alinéa de l'article précité, est applicable « *aux agents de l'Etat, des collectivités publiques et des établissements publics à caractère administratif* ». Contrairement au principe posé par l'article L. 131-1-1, l'auteur d'un logiciel n'est pas obligé de subir « l'expropriation » de ses créations. L'effectivité de cette marge de manœuvre reconnue à l'auteur est à relativiser dans un contexte de crise de l'emploi qui permet à l'employeur de dicter plus facilement les règles lors de l'embauche[1189]. Cela dit, toujours est-il qu'en l'absence de clause contractuelle, le salarié auteur n'est pas investi des droits patrimoniaux et ne peut réclamer aucun intéressement ou prime consécutive à l'exploitation de son œuvre. En ce sens, il a par exemple été jugé qu'aux termes « de l'article L. 113-9 du code de la propriété intellectuelle, sauf stipulation contraire, le logiciel créé par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions appartient à l'employeur auquel sont dévolus tous les droits reconnus aux auteurs. En conséquence, n'est pas fondée la demande en paiement de droits afférents à l'utilisation d'un logiciel que le demandeur a créé en qualité d'auteur salarié, alors que l'employeur étant, en application des dispositions susvisées, présumé titulaire des droits d'auteur sur le logiciel[1190] ». Si cette solution est valable pour les salariés du secteur privé, l'auteur fonctionnaire peut bénéficier d'un intéressement pour l'exploitation commerciale de son logiciel.

804. D'abord sur le fondement de l'article L. 131-3-3 du Code de la propriété intellectuelle qui prévoit spécifiquement la question en la renvoyant pour sa mise en place à un décret d'application, non adopté à ce jour. A ce propos, il est possible à tout auteur d'une œuvre de l'esprit d'engager la responsabilité de l'Etat pour n'avoir pas pris de décret d'application dans un délai raisonnable. En ce sens, le Conseil d'Etat a estimé

[1189] Cependant, actuellement, les informaticiens sont très recherchés notamment dans le secteur public, le rapport de force est donc sans doute inverse dans ce secteur.
[1190] Lyon, 26 sept. 1997 ; *JCP* E 1999, p. 909, n° 3, obs. VIVANT et LE STANC ; *JurisData* n° 1997-056028.

que « les préjudices qui résultent du retard mis à prendre, au-delà d'un délai raisonnable, un décret nécessaire à l'application d'une loi sont, en principe, de nature à ouvrir droit à réparation[1191] ». Dans le même ordre d'idées, une loi dont certaines des dispositions nécessitent un décret d'application peut être appliquée lorsque les dispositions en cause sont suffisamment précises[1192].

805. Ensuite, sur le fondement du décret du 2 octobre 1996[1193] qui prévoit en son article 1er que, « *bénéficient d'une prime d'intéressement aux produits tirés par la personne publique* » les agents ayant « *participé à la création d'un logiciel, à la création ou à la découverte d'une obtention végétale (…) ou à des travaux valorisés* ». C'est sur le fondement de l'article 2 de ce décret et de l'alinéa 3 de l'article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle que le Conseil d'Etat a jugé en 2013 que, « lorsqu'un agent public a participé à la création d'un logiciel dans les conditions [définies par les textes précités], il peut percevoir une prime d'intéressement si, ces créations ayant donné lieu à une exploitation commerciale, la personne publique en a directement tiré un produit[1194] ». En résumé, le principe de l'expropriation du fonctionnaire auteur d'un logiciel est à relativiser, notamment du fait qu'il est toujours possible d'y déroger par une clause contractuelle.

806. Le cas des œuvres collectives. Selon le dernier alinéa de l'article L. 113-2 du Code de la propriété intellectuelle, « *est dite collective l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé* ». Les termes de ces dispositions ne concernent pas exclusivement la personne morale de droit privé. En réalité les personnes morales de droit public ne sont pas exclues par le dispositif. C'est donc en toute logique que ces dernières gardent la

[1191] CE, 22 oct. 2014, n°361464.
[1192] Civ. 3e, 2 déc. 1981, n°80-14.325.
[1193] Décret n°96-858 du 2 octobre 1996 « *relatif à l'intéressement de certains fonctionnaires et agents de l'Etat et de ses établissements publics ayant participé directement à la création d'un logiciel, à la création ou à la découverte d'une obtention végétale ou à des travaux valorisés* », JO, 3 oct. 1996.
[1194] CE, sect., 22 mai 2013, n°345.867 ; *JurisData* n° 2013-010138 ; *AJDA* 2013, p. 1078, note Rémy PIGAGLIO ; *Rev. jurid. écon. publique,* n° 718, avr. 2014, comm. 16, Gaëlle DUMORTIER (rapporteur public).

possibilité d'être investies des droits d'auteur sur toute œuvre pour la création de laquelle elles ont mobilisé plusieurs fonctionnaires, financé et guidé la réalisation.

807. En résumé, l'apport de la loi de 2006 a eu pour vocation d'aligner les créations des agents publics sur celles réalisées par les salariés du secteur privé. Outre la reconnaissance d'un droit de paternité, le principal apport de cette loi a été la garantie d'indépendance des enseignants chercheurs, en l'occurrence les universitaires, en termes de titularité des droits sur leurs créations. Cette indépendance peut tout à fait être étendue à certains corps de métiers tels que les magistrats. Toutefois, la loi de 2006 n'a pas supprimé la volonté expropriatrice des créations des agents publics de l'administration au nom de l'intérêt général. L'absence de clarté et de précision des critères édictés pour justifier la possibilité pour l'administration de se substituer dans les droits de l'auteur agent public, fait planer le risque d'une insécurité juridique qui est par nature toujours défavorable à l'auteur. Cette réalité renforce l'idée selon laquelle les droits d'auteur ont aussi vocation à servir l'intérêt général. Ce qui constitue une limite étant donné que ce n'est pas la première finalité. C'est d'ailleurs sur cette même idée que l'œuvre cesse d'être protégée par les règles de droit de la propriété intellectuelle après l'écoulement d'un certain délai.

§3 : L'expropriation par l'extinction de la durée de protection

808. Le fait de neutraliser le monopole d'exploitation d'une œuvre de l'esprit après l'écoulement d'un délai est la forme de limitation la plus aboutie apportée aux droits de l'auteur. Cette mesure, spécifique aux créations intellectuelles, s'oppose au caractère perpétuel du droit de propriété, pourtant constitutionnellement garanti. Avant d'aborder les implications juridiques liées à l'expiration du monopole d'exploitation de l'auteur (B), il est impératif de préciser la notion de domaine public en droit d'auteur (A).

A : LA NOTION DE DOMAINE PUBLIC

809. La notion de domaine public en droit d'auteur doit être distinguée de celle qui a court en droit administratif. En effet, en droit administratif le domaine public désigne la « partie du patrimoine des personnes publiques soumise à un régime juridique de droit administratif très protecteur ; les biens classés dans cette catégorie sont (tant qu'ils y demeurent) imprescriptibles et inaliénables. La sortie d'un bien du domaine

public résulte d'une procédure dite de déclassement[1195] ». Tout bien sorti du domaine public ne signifie pas qu'il est automatiquement devenu privé. Il intègre le domaine privé de l'Etat qui peut alors procéder à son alinéation selon les procédures applicables. En résumé, la notion de domaine public en droit administratif signifie qu'au nom de l'intérêt général, certains biens de l'Etat demeurent inaliénables.

810. A rebours de cette conception, la notion de domaine public en droit d'auteur implique l'idée de rendre disponible ou accessible à tous et gratuitement, après un certain délai, les œuvres de l'esprit. La question est réglée par les articles L. 123-1 à L. 123-12 du Code de la propriété intellectuelle. Selon le second alinéa du premier de ces textes « *au décès de l'auteur »,* le droit d'auteur *« persiste au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années qui suivent* ». Autrement dit, durant toute sa vie l'auteur demeure titulaire des droits d'auteur sur ses créations. Après son décès, ses ayants droit ou héritiers continueront à exercer ces droits soixante-dix ans après, à condition qu'ils acceptent la succession[1196]. Cette disposition énonce un principe qui souffre de certaines exceptions, comme les prorogations de guerre, les œuvres de collaboration, les œuvres collectives, les œuvres audiovisuelles *etc*.

811. En tout état de cause, il est à noter que le droit d'auteur n'est pas un droit de propriété comme les autres. S'il demeure transmissible pour cause de mort, il ne bénéficie pas du principe d'imprescriptibilité édicté par l'article 2227 du Code civil qui, *ab initio,* dispose que « *le droit de propriété est imprescriptible* ». Autrement dit, l'action en revendication de propriété ne se prescrit pas[1197]. Ce principe doit cependant être relativisé, notamment par le fait que la propriété peut se perdre par usucapion

---

[1195] Article L. 2111-1 Code générale de la propriété des personnes publiques : « *Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public* ».

[1196] Article 768 Code civil : « *L'héritier peut accepter la succession purement et simplement ou y renoncer. Il peut également accepter la succession à concurrence de l'actif net lorsqu'il a une vocation universelle ou à titre universel.*
Est nulle l'option conditionnelle ou à terme ».

[1197] Ce principe est constamment rappelé par la jurisprudence. Par exemple, il a été jugé que « l'action en expulsion d'un occupant sans droit ni titre, fondée sur le droit de propriété, constitue une action en revendication qui n'est pas susceptible de prescription ». V. Civ., 3e, 25 mars 2021, n° 20-10.947.

d'un tiers[1198]. En droit d'auteur, la plénitude de cette propriété cesse, du moins pour le droit patrimonial, soixante-dix ans après le décès de l'auteur. Ainsi, en dehors de toutes considérations liées à la nécessité publique, le non-respect du principe d'inviolabilité du droit de propriété de l'auteur n'est pas sanctionnable *ad vitam*. A terme, il est institué une forme de désacralisation des œuvres de l'auteur[1199] par l'extinction de ses droits patrimoniaux. Alors même que, contrairement au droit commun de la propriété, le droit d'auteur ne peut s'acquérir structurellement par usucapion. Au contraire, le fait de se faire passer pour l'auteur d'une œuvre peut être constitutif de l'infraction de contrefaçon de droit d'auteur.

812. En somme, la prescription a pour effet de faire tomber l'œuvre dans le domaine public et d'en permettre l'utilisation à chacun dans le respect des droits moraux. Par la seule volonté du législateur, a été institutionnalisée une forme incontestable d'expropriation automatique pour cause d'utilité publique.

B : LE DOMAINE PUBLIC, UNE EXPROPRIATION POUR CAUSE D'UTILITE PUBLIQUE

813. Le fait d'avoir imposé une date de péremption au droit de propriété de l'auteur sur ses créations est une forme d'expropriation fondée sur des considérations d'ordre social. L'idée consiste à dire que l'auteur pour créer s'est d'abord nourri de l'ensemble des patrimoines artistiques existants, appartenant à toute la communauté. En conséquence, il doit en quelque sorte rendre à la société ce qu'il a reçu d'elle en acceptant que ses créations soient versées dans le domaine public après l'écoulement d'un certain délai. En effet, pour les défenseurs de cette logique, « les œuvres de l'esprit s'incorporent dans le patrimoine commun du génie humain, du fait que l'auteur bénéficie de la culture et de l'art de son époque, ainsi que de ceux du passé et que, par suite, il est naturel qu'il doive, après une brève période de domaine privé, restituer à la société humaine un bien qui lui appartient en grande partie[1200]». Autrement dit, dès le

[1198] Article 2258 Code civil : « *La prescription acquisitive est un moyen d'acquérir un bien ou un droit par l'effet de la possession sans que celui qui l'allègue soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi* ».

[1199] Alors qu'à l'inverse, à propos du droit de propriété de manière générale, l'article 17 de la DDHC proclame que « *la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ».

[1200] Valerio de SANCTIS, « Considérations sur la durée du droit d'auteur », *RIDA*, n°5, oct. 1954, p.42.

départ, les créations artistiques appartiennent à la société qui accorde à l'auteur un droit d'exploitation sa vie durant et soixante-dix ans après son décès, à ses ayants droit. Suivant cette logique, l'auteur n'est qu'un titulaire d'un droit réel temporaire. Durant la période de protection, il lui est permis d'exercer pleinement les attributs du droit de propriété sur son œuvre. En droit d'auteur, il s'agit par exemple du droit de divulgation, du droit de retrait ou de repentir que l'auteur exercera de manière discrétionnaire. A la fin du monopole, l'œuvre revient de droit à la société. Etant donné qu'au fond, « l'expropriation pour motifs d'intérêt général peut mettre fin à la possession personnelle d'une chose, mais il s'agit là d'une institution qui n'a rien avoir avec la durée du droit[1201] ». De ce point de vue, Monsieur Jean-Marie Pardessus soulignait qu'un « auteur n'a de droit sur son ouvrage que pendant sa vie ; ses héritiers n'ont qu'une jouissance limitée, après laquelle tout le monde est libre de le reproduire par l'impression, la gravure, *etc.* Un tel droit est-il donc bien ce qu'on peut appeler une propriété ; n'est-il pas réellement une concession, un privilège, si l'on veut, accordé par la société, et limité dans les termes de la loi spéciale qui en a déterminé la durée ?[1202] ».

814. Cette manière de voir les choses n'emporte pas l'unanimité, notamment au sein de la communauté de ceux qui sont directement concernés. Ainsi, en 1841, dans une note adressée à la commission parlementaire chargée d'étudier la révision de la loi sur la propriété littéraire et artistique, Honoré de Balzac exprimait son opposition à l'instauration de toute durée sur les droits de l'auteur, à l'époque la proposition débattue portait sur une durée de cinquante ans *post mortem*. Dans cette note, il est possible de lire ceci : « en accordant cinquante ans, vous entendez faire jouir les fils des travaux du père, il ne saurait y avoir d'autre raison, n'est-ce pas ? Eh bien, vous décidez alors que les enfants d'un homme de génie ne vivront que cinquante ans (…). L'intérêt public, l'Humanité, voilà l'argument des adversaires de la propriété perpétuelle de vos champs et de vos maisons. Ils veulent ne vous en laisser que l'usufruit, au nom de la nation, de l'intérêt public, de la génération qui vient, au nom

[1201] Valerio de SANCTIS, *op. cit*, p. 40.
[1202] Jean-Marie PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, Tome1, 6e éd., Henri Plon, 1856, p. 392.

du progrès, au nom de la justice (…). Exhéréder, au nom de l'intérêt public, les familles des auteurs, ne serait-ce pas préparer la ruine des autres propriétés[1203] » ?

815. Cette observation résume à juste titre la notion du domaine public en droit d'auteur. En l'effet, l'idée de maintenir le caractère exclusif des droits de l'auteur sa vie durant sous-entend que la temporalité de son droit de propriété sur ses créations est reconnue tant qu'il est en vie. Si l'auteur pouvait vivre perpétuellement, ses droits sur ses créations le seraient naturellement. Donc, en réalité, la limitation imposée après son décès ne concerne que ses héritiers ou ses ayants droit. En d'autres termes, seul le titulaire des droits après le décès de l'auteur est exproprié en pratique. Cette présentation a le mérite d'atténuer les effets de cette expropriation spécifique au droit de propriété de l'auteur sur ses créations.

816. Par ailleurs, elle soulève aussi la question de savoir si le droit d'auteur peut être considéré comme un droit réel, c'est-à-dire comme le droit qu'une personne dispose sur une chose. Etant donné que, sauf exception notamment en cas d'usucapion[1204], « la limitation dans le temps n'est pas un caractère inhérent aux droits réels, lesquels ont au contraire pour caractère normal la perpétuité[1205] ». Le refus d'appliquer ce principe aux droits dont dispose l'auteur sur ses créations, qui sont des biens avant tout, demeure difficile à justifier. Ou alors, faudrait-il considérer le droit

---

[1203] V. l'extrait dans *RIDA*, n°5, oct. 1954, p. 124. Dans le même sens, opposé à l'idée d'une durée courte aux droits patrimoniaux de l'auteur, le 13 mars 1841, Alphonse de Lamartine, rapporteur du projet de loi, précisait devant la Chambre des députés ceci : «(…) Un autre homme dépense sa vie entière, consume ses forces mentales, énerve ses forces physiques dans l'oubli de soi-même et de sa famille pour enrichir après lui l'humanité, ou d'un chef-d'œuvre de l'esprit humain, ou d'une de ces idées qui transforme le monde : il meurt à la peine, mais il réussit. Son chef-d'œuvre est né, l'idée est éclose. Le monde intellectuel s'en empare. L'industrie, le commerce les exploitent. Cela devient une richesse tardive, posthume souvent, cela projette des millions dans le travail et dans la circulation ; cela s'exporte comme un produit naturel du sol. Tout le monde y aurait droit, excepté qui l'a créé, et la veuve et les enfants de cet homme, qui mendieraient dans l'indigence à côté de la richesse publique et de fortunes privées, enfantées par le travail ingrat de leur père. Cela ne peut se soutenir devant la conscience, où Dieu a écrit lui-même le code ineffaçable de l'équité ». Discours rapporté par Anne Latournerie, in « Droits d'auteur, droits du public : une approche historique », *L'Économie politique*, n°22, 2004/2, p.24.

[1204] En matière immobilière, l'article 2272 du Code civil énonce que « *le délai de prescription requis pour acquérir la propriété immobilière est de trente ans. Toutefois, celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble en prescrit la propriété par dix ans* ». En matière de meuble corporel, l'article 2276 du même code dispose qu'en « *fait de meubles, la possession vaut titre. Néanmoins, celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve ; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient* ».

[1205] Valerio de Sanctis, « Considérations sur la durée du droit d'auteur », *RIDA*, n°5, oct. 1954, p.40.

d'auteur comme un droit strictement personnel, c'est-à-dire un droit envisagé non pas dans les rapports qu'entretient l'auteur avec ses œuvres, mais analysé uniquement dans ses rapports avec les tiers dans le cadre de son exploitation. Pour certains, la mise en place d'une durée au droit d'auteur n'est pas de nature à refuser la qualification de droit de propriété à l'auteur en ce sens que « cette durée, (…) semble correspondre à un juste équilibre entre deux nécessités : la première, celle d'accorder aux auteurs et à leurs héritiers, la jouissance légitime des produits pécuniaires des œuvres ; la seconde, celle de permettre au patrimoine national de s'enrichir [1206]».

817. Si cette analyse paraît logique, elle ne répond cependant pas à la question juridique fondamentale suivante : pourquoi, seul le droit de propriété de l'auteur sur ses créations semble être concerné par cette limitation ? La réponse se trouve peut-être dans l'histoire du droit de la propriété littéraire et artistique. En effet, la singularité de ce droit s'est construite avec l'apparition de l'imprimerie à « l'origine du privilège de librairie qui en constituait la reconnaissance et lui assurait une protection exclusive ». Comme dit l'adage, la main qui donne étant au-dessus de celle qui reçoit, ces privilèges étaient accompagnés de certaines conditions au nombre desquelles se trouve la limitation de durée. Par exemple, dans un arrêt du Conseil du Roi de 1777, il est précisé que défense est faite « à tous Imprimeurs-Libraires du Royaume, de contrefaire les livres pour lesquels il aurait été accordé des privilèges, pendant la durée des dits privilèges, ou même de les imprimer sans permission après leur expiration et le décès de l'auteur, à peine de dix mille livres d'amende pour la première fois, de pareille amende et de déchéances d'état en cas de récidive[1207] ». Il ressort de cet exemple que l'idée d'un droit temporaire pour le droit d'auteur tient plus de la volonté du prince que du fait d'une réalité spécifique aux œuvres de l'esprit. Puisqu'une fois la durée du privilège expirée, les autorisations d'exploitation sont délivrées par le roi moyennant paiement d'une redevance. On voit que la genèse de ce droit temporaire tient plus à une logique économique, d'ailleurs étrangère à toute considération d'intérêt public, qu'à une logique purement juridique. Comme le rappelait parfaitement Monsieur Valerio de Sanctis, une telle conception remonte « aux origines du droit d'auteur sous formes de privilège, de monopole concédé par l'État et analogue, dans le passé, aux brevets d'invention, car la limitation de durée représentait, au même titre que les

[1206] Raoul Castelain, « La durée de protection », *RIDA* n°19, avr. 1958, p.375.
[1207]Arrêt du Conseil d'Etat du Roi, 30 août 1777 : https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k130838f/f1.vertical

autres conditions, un élément constitutif de la concession du prince. Même les privilèges dits perpétuels étaient, en l'espèce, limités, puisqu'ils ne s'appliquaient qu'à la vie de l'auteur ou de l'inventeur[1208]». Cela dit, cette conception a été confirmée par les législations successives[1209] jusqu'à la loi de 1997[1210] qui a porté la durée de base à 70 ans. Elle a même failli être consacrée dans sa forme la plus radicale, c'est-à-dire la suppression pure et simple de toute protection des droits d'auteur *post mortem*, lors des débats parlementaires sur le projet de loi sur le droit d'auteur en 1939. A cette occasion, Monsieur Alfred de Vigny déclarait qu'il « est bon que la propriété soit partagée entre la famille et la nation et ce partage est facile à faire ; le pays doit déclarer que, l'auteur ayant cessé de vivre, la propriété est abolie[1211]».

818. Le même projet de loi proposait un domaine public payant, c'est-à-dire un système dans lequel, une fois la durée de protection expirée, les autorisations d'exploitation seraient délivrées par l'Etat (à l'époque à travers le ministère de l'éducation nationale) moyennant paiement. On était donc loin de l'idée de faire profiter de manière gratuite les créations artistiques à la société. Cela n'a d'ailleurs pas manqué de faire réagir Monsieur René Dommange qui, opposé au projet, déclara que « c'est le ministre de l'Éducation nationale qui aura l'exercice et la jouissance du droit pécuniaire, c'est-à-dire de tous les droits d'exploitation sur l'œuvre. Il n'y a plus de domaine public : il y a simplement propriété perpétuelle au profit de l'État, en la personne de son ministre de l'Éducation nationale[1212]». Si aujourd'hui dans la législation il n'existe pas de domaine public payant, cela n'est vrai que pour les œuvres divulguées pour la première fois en France. Pour les œuvres étrangères, il existe un système de domaine public payant qui trouve son fondement dans le principe de réciprocité. En effet, selon l'article L. 111-4 du Code de la propriété intellectuelle, « *sous réserve des dispositions des conventions internationales auxquelles la France est partie, dans le cas où, après consultation du ministre des affaires étrangères, il est constaté qu'un Etat n'assure pas aux œuvres divulguées pour la première fois en*

[1208] Valerio de SANCTIS, « Considérations sur la durée du droit d'auteur », *RIDA*, n°5, oct. 1954, p.42.
[1209] V. le décret des 13-19 janvier 1791qui porte le délai de protection *post mortem* à 5 ans ; Décret du 30 août 1792 remplacé par la loi du 1er septembre 1793 qui porte le délai à 10 ans ; Loi du 14 juillet 1866 qui a porté la durée à cinquante ans *post mortem*.
[1210] Loi 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 septembre 1993 et 93/98 du 29 octobre 1993. V. *LEGICOM* n°14, 1997/2, p.109, obs. André FRANÇON.
[1211] JO 2 juin 1939, débats parl., n°45, séance du 1er juin 1939, p. 1434.
[1212] JO 2 juin 1939, *op. cit.*, p. 1437.

France sous quelque forme que ce soit une protection suffisante et efficace, les œuvres divulguées pour la première fois sur le territoire de cet Etat ne bénéficient pas de la protection reconnue en matière de droit d'auteur par la législation française. Toutefois, aucune atteinte ne peut être portée à l'intégrité ni à la paternité de ces œuvres. Dans l'hypothèse prévue à l'alinéa 1er ci-dessus, les droits d'auteur sont versés à des organismes d'intérêt général désignés par décret ». Ainsi, sur le fondement de l'absence de réciprocité, un domaine public payant est institué au profit de certains organismes désignés par l'Etat.

819. Par ailleurs, le refus de voir établi un domaine public payant peut être justifié par le fait de faire jouer la concurrence afin de faire baisser les prix. Sur un plan global, accéder gratuitement à des données anciennes est un moyen de libérer du pouvoir d'achat pour les œuvres récentes. Aussi, la mise en ligne gratuite d'œuvres, comme *Gallica*, est le seul moyen de maintenir l'accès à des œuvres qui n'intéressent qu'un public confidentiel ou dont les ayants droit exigent un paiement.

820. Pourtant, dans le cadre du respect du droit de propriété de l'auteur, la redéfinition de la notion de domaine public payant pourrait permettre de trouver un point d'équilibre entre les droits de l'auteur et l'intérêt de la société. Il s'agirait d'inclure les héritiers dans la répartition des redevances perçues à l'expiration de la durée protection. Ce faisant, le droit de propriété de l'auteur retrouverait son caractère perpétuel. Cette solution avait déjà été proposée par l'écrivain et éditeur Pierre-Jules Hetzel dont voici le résumé : « comme le domaine public est nécessairement représenté par un ou plusieurs libraires ou imprimeurs à qui il sera loisible de s'emparer du livre de l'auteur mort et de le publier, chacun comme il l'entendra, dans l'intérêt de sa spéculation, et comme dès lors il ne saurait être juste qu'il pût être tiré profit par des tiers, *négociants*, dans des vues de lucre et de commerce, de la propriété de l'auteur au détriment de ses héritiers, il est dit que personne ne pourra user du droit que la loi accorde à tous de publier l'œuvre, dont l'auteur est décédé, si ce n'est à la condition de payer aux héritiers de l'auteur un droit de tant pour cent qui sera fixé (…) sur le prix de vente des volumes dont se composera l'œuvre par eux reproduite[1213]».

[1213] Pierre-Jules HETZEL, *La propriété littéraire et le domaine public payant*, E. Dentu Librairie Palais Royal, 1862, p. 9.

821. L'analyse de cette proposition fait apparaître l'incongruité d'un domaine public totalement gratuit. En effet, la gratuité des œuvres tombées dans le domaine public n'est qu'une pure théorie. En réalité cela profite avant tout aux professionnels, qui ne sont soumis à aucune obligation de réduction du prix des œuvres tombées dans le domaine public. Par exemple, « les éditeurs qui rééditent des ouvrages tombés dans le domaine public ne le font que très rarement à un prix sensiblement moins élevé que celui pratiqué pour les œuvres encore protégées. Cette réalité économique est encore plus sensible dans le domaine du spectacle vivant. Au théâtre, le prix des places ne varie pas de façon importante selon que la pièce qui est donnée est tombée dans le domaine public ou non (…). Le domaine public, par définition, accessible à chacun et librement exploitable, est en réalité réapproprié et en quelque sorte « privatisé » par toute nouvelle mise en forme[1214]». Le plus souvent, cette réappropriation passe par un réaménagement personnalisé de l'œuvre tombée dans le domaine public. Cela peut arriver par exemple dans le cadre d'une restauration par un auteur d'une œuvre depuis longtemps tombée dans le domaine public. En ce sens, le TGI de Nanterre après avoir rappelé que, « pour être éligible à la protection du droit d'auteur, une œuvre de l'esprit doit porter la marque de l'apport intellectuel et personnel de l'auteur, peu important son degré d'originalité », a estimé que la réorchestration par Lionel Sawkins des œuvres *Dies Irae et Miserere* de Michel Richard de Lalande devait bénéficier de la protection par le droit d'auteur. Pour justifier sa décision, le tribunal note que « le travail intellectuel accompli par Lionel Sawkins a consisté à élaborer, à partir de sources disponibles lacunaires ou altérées, des partitions permettant de faire revivre les œuvres de de Lalande par le biais d'apports personnels qui révèlent certes des compétences techniques mais supposent un véritable travail de création, puisque l'unique copie dont on dispose date de 1739, soit d'une période bien postérieure à la mort de l'auteur[1215] ». La conséquence d'une telle solution est évidemment l'interdiction de toute utilisation de la restauration sans le consentement de l'auteur restaurateur sous peine de condamnation pour contrefaçon de droit d'auteur. Si la solution semble cohérente au regard de la définition de la notion d'originalité, son applicabilité dans le droit positif actuel peut interpeller. En effet, elle permet à toute personne de se constituer un patrimoine sur une œuvre censée être libre de droits, donc

[1214] Jocelyne CAYRON, Alexis ALBARIAN, « Financer la création culturelle par l'instauration d'un domaine public payant : le renouveau contemporain d'une notion ancienne », *LEGICOM*, 2006/2, n°36, p. 120.
[1215] TGI Nanterre, 19 janv. 2005, *Juris-Data* n° 2005-279499, *Comm. com. électr.*, 2005, com. 150, Christophe CARON.

appartenant à tous, ceci alors même que les ayants droit de l'auteur de l'œuvre tombée dans le domaine public en sont exclus. Comme l'a fait observer le Professeur Christophe Caron, il s'agit ici d'un « domaine public en trompe l'œil[1216] ».

822. En conclusion, le domaine public en droit d'auteur est un système qui dépossède les ayants droit de l'auteur de leurs prérogatives patrimoniales sur les créations intellectuelles du *de cujus* pour les rendre accessibles à tous et gratuitement après l'écoulement d'un délai. A ce titre, il ressemble à la définition de Proudhon de la prescription pour qui il s'agit d'un « moyen d'acquérir et de se libérer par le laps du temps[1217] ». En clair, il entraine le dépouillement du patrimoine des ayants droit de l'auteur, au profit, en principe, du patrimoine culturel commun. Mais en réalité, comme il vient d'être souligné précédemment, cela ne profite pas pleinement aux utilisateurs. En cela, l'expropriation imposée à l'auteur par le fait du domaine public l'est plus pour cause d'utilité privée que pour cause d'utilité publique. Malheureusement, aucun correctif n'est à l'étude pour faire bénéficier les ayants droit de l'auteur des avantages que génère l'exploitation de l'œuvre tombée dans le domaine public. Peut-être cela se justifie par le fait que le lien entre l'auteur et ses héritiers est altéré par le temps et que la répartition de ces redevances serait complexe en pratique.

Conclusion du Chapitre 1 :

823. Aux termes de ce chapitre, les atteintes autorisées aux droits que l'auteur détient sur ses créations artistiques permettent de prouver que le droit d'auteur est un droit de propriété, mais un droit de propriété spécial. En effet, contrairement aux biens du droit commun, le droit de propriété de l'auteur a pour objet une création immatérielle originale. En cela, il est parfaitement possible de lui appliquer la doctrine du philosophe Thomas Reid pour qui le « le droit de propriété n'est point naturel, mais acquis ; il ne dérive point de la constitution de l'homme, mais de ses actes[1218] ». C'est d'ailleurs pour cela que la propriété littéraire et artistique est une propriété spécifique en ce sens qu'elle est la seule entre toutes à constituer deux « deux sortes de propriété,

[1216] Christophe CARON, « Un domaine public en trompe l'œil », *Comm. com. électr.*, 2005, com. 150.
[1217] Pierre-Joseph PROUDHON, *Qu'est-ce que la propriété ?* Librairie internationale A. Lacroix et Compagnie, 1873, p. 78.
[1218] Doctrine rapportée par Pierre-Joseph PROUDHON, *op.cit*. p. 48.

l'une morale, l'autre matérielle[1219] ». On remarquera que les atteintes autorisées au consentement de l'auteur, à savoir les exceptions aux droits d'auteur, les créations de l'agent public ainsi que l'incidence du domaine public, sont encadrées de telle sorte que soient préservés les attributs du droit moral de l'auteur, notamment le droit de paternité qui est d'ailleurs le seul à bénéficier du caractère perpétuel propre au droit de propriété. C'est le cas également pour le droit au respect et à l'intégrité de l'œuvre bien qu'il soit affaibli par l'effet du temps et de l'altération du lien avec l'auteur.

824. Ainsi, toutes ces atteintes endogènes aux droits de l'auteur sur ses créations sont une atteinte à son consentement. Le choix de qualifier « d'expropriation » les limitations examinées dans ce chapitre n'est point une exagération pour plusieurs raisons explicitées dans les présentes lignes. Premièrement, il y a le caractère définitif des autorisations accordées aux tiers. En effet, les exceptions au droit d'auteur n'ont pas de caractère temporaire en ce sens que les bénéficiaires ne se voient imposer aucune limitation temporelle. De même, une œuvre qui tombe dans le domaine public y reste définitivement. Aussi, les créations intellectuelles de l'agent public demeurent définitivement dans l'escarcelle de l'administration dès lors, que les conditions qui s'y rattachent sont remplies. Deuxièmement, il y a la défense d'un intérêt général à travers l'idée de l'accomplissement d'une fonction sociale assignée au droit d'auteur. Troisièmement, on remarque la prise en compte de la question liée au respect du droit constitutionnel qui impose une indemnisation consécutive à toute privation de droit conformément à l'article 17 de la DDHC qui proclame clairement que nul ne peut être privé de son droit de propriété « *si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ». En droit d'auteur, certes, il existe des restrictions qui ne donnent pas lieu à indemnisation à l'instar des exceptions liées aux analyses et courtes citations, mais pour nombre d'entre elles, la rémunération pour copie privée permet une forme de compensation à la charge de la collectivité. Étant donné qu'en « l'absence de compensation, le coût des exceptions sera supporté individuellement par chacun des

[1219] Pierre-Jules HETZEL, *La propriété littéraire et le domaine public payant*, E. Dentu Librairie Palais Royal, 1862, p. 4.

auteurs. En revanche, dans l'hypothèse d'une compensation, le coût sera assumé par la collectivité[1220] ».

825. L'élément commun sur lequel prennent appui toutes ces limitations est la notion d'intérêt général qui peut être perçue dans ce contexte comme la somme d'intérêts privés autre que celui de l'auteur. C'est pourquoi, comme le souligne le Professeur Jérôme Passa, ces atteintes aux droits de l'auteur ont pour objet de « soustraire au droit exclusif des actes entrant *a priori* dans son champ. Ce faisant, la loi tient compte, dès la fixation du cadre légal général, d'intérêts autres que ceux des auteurs, jugés suffisamment essentiels pour justifier des limites aux prérogatives de ces derniers. C'est dans la même logique que la loi limite la durée de protection du droit d'auteur, qui pourrait très bien être perpétuelle[1221] ». Avec une telle vision des choses, le risque est de se retrouver dans une situation dans laquelle les intérêts des tiers primeront sur ceux de l'auteur. Cette inquiétude est partagée par une partie de la doctrine à l'instar du Professeur Pierre-Yves Gautier qui alerte par exemple, sur les dangers d'une « sorte de droit d'accès à la culture, rémunéré par une compensation équitable, qui reviendrait à laisser l'expropriation prendre la place du droit subjectif[1222] ». Cela dit, l'espoir de voir un renforcement des droits d'auteur, par une meilleure prise en compte du consentement de l'auteur demeure, comme le montre une décision du TJ de Paris de janvier 2024. Dans cette solution, les juges ont estimé que « la diffusion de phonogrammes lors d'obsèques est une communication au public pour laquelle l'entreprise de pompes funèbres ne peut revendiquer le bénéfice de l'exception relative à la représentation dans le cercle de famille[1223]». Dans le même élan, il faut souligner la tentative, certes freinée, de prolonger la durée de protection du *Boléro* de la part des ayants droit de Maurice Ravel et du décorateur, Alexandre Benois, en invoquant le statut de l'œuvre de collaboration. En application de l'article L. 123-2 alinéa 2, le point de départ de la durée de protection est l'année civile du décès « *du dernier vivant des collaborateurs* ». Mais en l'espèce, les juges ont estimé que

---

[1220] Edouard Treppoz, « *La collectivisation du droit d'auteur : le coût des exceptions en droit d'auteur* », Journée lyonnaise du droit du e-learning, juin 2007 : https://web-tv.univ-lyon3.fr/permalink/v1261bedac403xmtp2n1/

[1221] Jérôme PASSA, « Les limitations contractuelles : caractère impératif ou supplétif des exceptions au droit d'auteur ? », *RLDI*, n°94, 1er juin 2013.

[1222] Pierre-Yves GAUTIER, « Vers le déclin du droit de la propriété intellectuelle », *Propr. intell.*, janv. 2015, n°54, p. 13.

[1223] TJ Paris, 31 janv. 2024, n° 20/03574, *OGF c/ SACEM et SPRE* ; *Propr. intell.* 2024, n° 91, p. 47, obs. A. LUCAS-SCHLOETTER ; *Dalloz actualité* 06 mars 2024, résum. Yann BASIRE.

Maurice Ravel était le seul auteur du Boléro[1224]. En conséquence, le Boléro, dont l'auteur est décédé le 28 décembre 1937, est considéré comme tombée dans le domaine public depuis 2016[1225].

[1224] TJ Nanterre, 28 juin 2024, n° 18/06332 ; V. « Panorama rapide de l'actualité « Propriété intellectuelle » des semaines du 17 juin 2024 au 1er juillet 2024 », *Dalloz actualité* 12 juill. 2024, Yann BASIRE, Stéphanie Le CAM.

[1225] En effet, à cause de la seconde guerre mondiale, le Boléro a bénéficié de la prorogation de guerre d'une durée de huit ans supplémentaires.

Chapitre 2 : Les atteintes non admises au consentement de l'auteur

826. La propriété privée est perçue comme un moyen destiné uniquement à limiter la toute-puissance de l'Etat qui, naguère, pouvait s'approprier de manière arbitraire sans aucune possibilité de contestation les biens des citoyens. C'est d'ailleurs essentiellement sous cet angle que peut être lu l'article 17 de la DDHC de 1789 qui dispose que « *la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ». Aussi, le Conseil constitutionnel a consacré toutes les formes de propriété, y compris le droit de la propriété littéraire et artistique. Dans sa décision du 27 juillet 2006, il a estimé que « les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi depuis 1789 une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux ; que, parmi ces derniers, figurent les droits de propriété intellectuelle et notamment le droit d'auteur et les droits voisins[1226] ». De même, le premier protocole additionnel de la Convention européenne des droits de l'homme[1227] prévoit en son article 1er que « toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens ». Comme il a été précédemment souligné, le terme « biens » devant être entendu au sens de droit doté d'une valeur économique, ce qui inclut le droit d'auteur[1228].

827. Toutefois, on omet souvent de mentionner que le caractère inviolable du droit de propriété est opposable aussi aux particuliers, sous réserve bien sûre de l'usucapion. Par exemple, le vol de biens ou de choses est une qualification qui désigne généralement l'attitude inadéquate qu'une personne adopte vis-à-vis des biens d'autrui. A ce propos d'ailleurs, l'article 311-1 du Code pénal définit le vol comme « *la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* ». Sa répression par les dispositions qui viennent après l'article précité montre que le droit de propriété est en permanence remis en question par des atteintes qui peuvent résulter soit de relations contractuelles (violation d'une obligation contractuelle par exemple par une partie), soit en dehors de toute relation contractuelle, le vol étant l'exemple le plus illustratif.

[1226] Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 sur la « loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information », cons. n°15.

[1227] Conv. EDH 4 nov. 1950, Prot. add., 20 mars 1952, art. 1er.

[1228] C'est à travers l'arrêt Balan que la CEDH a reconnu le droit d'auteur comme un droit de propriété. V. CEDH 29 janv. 2008, req. n° 19247/03, *Balan c/ Moldavie*.

828. Le droit de l'auteur, en tant que droit de propriété, n'est pas exempt de toute atteinte illicite par des tiers. Sur ce point, il faut préciser que le vol d'une œuvre de l'esprit ne signifie pas vol des droits qui y sont attachés, ce qui est objectivement impossible. Par exemple, le fait de voler un livre n'est pas synonyme de vol des droits de l'auteur sur son œuvre. Eu égard à sa particularité, notamment du fait que l'œuvre ne se confond pas avec son support, il est tout de même possible, et même plus facile de porter atteinte aux droits d'auteur de diverses manières. C'est le cas de la contrefaçon ou du plagiat de droit d'auteur qui consiste à s'approprier la création artistique de l'auteur sans son consentement. Cette réalité est renforcée aujourd'hui par l'apparition de l'intelligence artificielle générative qui n'a fait que renforcer la violation de la traditionnelle règle de principe qui gouverne le droit d'auteur, selon laquelle le consentement de l'auteur est requis, sauf exception, préalablement à toute utilisation de son œuvre. Pour essayer de mesurer les réponses que le droit réserve à ces entorses aux droits de l'auteur, l'analyse portera dans un premier temps sur l'examen de la nature des atteintes frauduleuses au consentement de l'auteur (**Section 1**) avant que ne soient analysées, dans un second temps, les implications juridiques que représente l'apparition de l'intelligence artificielle générative (**Section 2**).

Section 1 : Les atteintes frauduleuses au consentement de l'auteur

829. Il existe principalement deux manières frauduleuses de porter atteinte au consentement de l'auteur. Il s'agit, d'une part, de la contrefaçon de droit d'auteur qui est prévue et réprimée par les textes (**§1**), d'autre part, du plagiat dont la répression est quasiment d'ordre moral même si le droit positif commence à s'y intéresser (**§2**).

§1 : La violation du consentement de l'auteur par la contrefaçon

830. La contrefaçon est une notion qui a fait et continue de faire l'objet de nombreuses études sans que cela ne permette de la cerner complètement (A). Le législateur s'intéresse régulièrement à la question sans qu'il soit possible de parvenir à la juguler. Elle est aussi l'objet d'un contentieux abondant (B).

A : LA NOTION DE CONTREFAÇON

831. Définition. Au sens étymologique du terme, le mot contrefaçon vient du verbe contrefaire qui est lui-même issu du bas latin *contrafacere* qui signifie « imiter ».

La contrefaçon, au sens général, veut dire « imiter[1229] ». En droit d'auteur, le Code de la propriété intellectuelle ne consacre aucune définition de la notion. En effet, il est seulement mentionné à l'article L. 335-1-2 alinéa 2 que « *toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est une contrefaçon et toute contrefaçon est un délit* ». Pour trouver une disposition qui se rapproche d'une définition, il faut se reporter à l'article L. 122-4 du même code qui dispose que « *toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite. Il en est de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque* [1230]». Cette disposition fait explicitement référence aux règles relatives à la propriété des auteurs dont le mépris entrainerait le délit de contrefaçon. A ce titre, la contrefaçon peut être analysée comme une manière de s'approprier le travail de l'auteur en s'adjugeant illégalement ses créations intellectuelles. Cela fait que certains n'hésitent à la qualifier de vol. Si, aux termes de l'article 311-1 du Code pénal, « *le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* », il n'est pas impossible d'y inclure le comportement du contrefacteur qui agit en fraude des droits d'autorisation et d'interdiction du monopole d'exploitation de l'auteur. Cet aspect de la question avait déjà été abordé par Nicolas Edme Restif pour qui « la contrefaçon est un vol, un attentat à la propriété la plus sacrée, une infamie, un sacrilège[1231]». Le comportement du contrefacteur est assimilable au coucou gris (oiseau connu pour sa pratique du parasitisme de couvée), en ce sens qu'il concurrence l'auteur de l'œuvre contrefaite ou de ses ayants droit sur le terrain de l'exploitation de son œuvre. Il fait passer les œuvres contrefaisantes pour des œuvres authentiques réalisées par le véritable auteur. Cependant, l'absence de dépossession fait que la qualification de vol peut paraître inappropriée. Il faudrait plutôt parler de détournement de notoriété en ce sens que, par effet de miroir, le contrefacteur utilise frauduleusement le pouvoir de consentir reconnu à l'auteur de l'œuvre originale, ce qui permet de caractériser une atteinte à

[1229] Alain REY, *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2006, p. 1391.

[1230] Elle est aussi visée par les articles L. 716-4 et suivants dans d'autres branches de la propriété intellectuelle (marques notamment). Selon la disposition précitée, « *l'atteinte portée au droit du titulaire de la marque constitue une contrefaçon engageant la responsabilité civile de son auteur* ». Cette définition est commune aux autres branches de la discipline.

[1231] Nicolas Restif de La BRETONNE, « Contre les contrefacteurs », *in Le combat du droit d'auteur*, Les impressions nouvelles, 2001, p. 63.

l'œuvre sur le fondement du parasitisme lorsque l'originalité de l'œuvre n'a pas emporté la conviction des juges à titre principal. En ce sens, pour paraphraser Alfred Nion, « contrefaire, c'est publier, comme sien ou comme tombé dans le domaine public, un ouvrage encore soumis à la jouissance exclusive de son auteur (…). La contrefaçon est défendue pour empêcher le tort qu'elle peut faire à la renommée et à la responsabilité de l'auteur et pour empêcher que la vente de la fabrication défendue « ne nuise à la vente de la fabrication légitime[1232] ». De son côté, le Professeur Christophe Caron n'hésite pas à qualifier la contrefaçon en droit d'auteur « d'incarnation du mal » qui « doit être éradiquée[1233] ».

832. A l'évidence, toute reconnaissance de droits d'auteur au contrefacteur sur l'œuvre contrefaisante est exclue, contrairement à ce que, par exemple, prône le courant dit « appropriationniste » de l'œuvre. S'agissant de ce courant, il est né dans les années 1960, il « consiste en la reproduction d'œuvres ou de contenus préexistants, souvent iconiques, dans un but artistique. Les « appropriationnistes » ajoutent en cela une légère transformation révélatrice de leur vision et de leur empreinte, scellant l'acte créateur[1234] ». La Cour d'appel de Paris s'est déjà prononcée sur ce courant dans l'affaire de la Joconde Playmobil.

833. En l'espèce, un artiste du mouvement *pop art* a réalisé des panneaux montrant des figurines parmi lesquelles se trouvait la Joconde Playmobil, qui est une œuvre inspirée de la Joconde. Son auteur a intenté une action en contrefaçon de droits d'auteur. Parmi ses arguments de défense, le défendeur mettait en avant son appartenance au courant « appropriationniste ». Pour rejeter l'action, les premiers juges ont estimé que la figurine *Joconde mobile,* qui est une inspiration de la Joconde de Léonard de Vinci, n'était pas originale : il n'y avait donc pas de contrefaçon de droit d'auteur. Pour justifier la censure de cette solution, la Cour d'appel commence par reconnaître l'originalité de la *Joconde Playmobil* avant de préciser que l'intimé invoque « à tort le courant dit « appropriationniste » pour contester la contrefaçon qui leur est reprochée, l'incorporation dans une œuvre nouvelle d'une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière constitue certes une œuvre nouvelle

[1232] Alfred NION, *Droits civils des auteurs, artistes et inventeurs*, Joubert, 1846, p. 54.
[1233] Christophe CARON, *Droit d'auteur et droit voisins*, LexisNexis, 6e éd., 2020, n°522.
[1234] Béatrice COHEN, « Appropriation artistique d'une Joconde playmobil : création originale ou contrefaçon ? », Village-justice, 7 nov. 2022., https://www.village-justice.com/articles/appropriation-artistique-une-joconde-playmobil-creation-originale-contrefacon,44184.html Consulté le 12/04/2025.

qui est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, mais sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante[1235] ». En d'autres termes, la création d'une œuvre dérivée nécessite l'autorisation de l'auteur de l'œuvre première et son absence de collaboration avec l'auteur de l'œuvre seconde. Dans le cas contraire, on serait en présence d'une contrefaçon. En conséquence, « le caractère « appropriationniste » de l'œuvre contrefaisante » ne peut justifier la reproduction sans autorisation. « L'accepter signifierait supprimer le droit d'autoriser ou d'interdire l'adaptation ou l'insertion dans une œuvre composite[1236] ». C'est pourquoi, dans la logique de la solution *Joconde Playmobil*, la jurisprudence traite avec rigueur toute contrefaçon qui se cacherait derrière l'art transformatif. Cela a été le cas des affaires dites Jeff Koons. Par exemple, dans l'affaire *Naf-Naf*, Jeff Koons avait réalisé « une sculpture en céramique intitulée *Fait d'hiver*, représentant une femme et un cochon dans la neige, inspirée d'un visuel de publicité pour la marque de vêtements Naf-Naf ». Après un premier jugement en faveur de l'auteur du visuel qui avait agi en contrefaçon de droit d'auteur, la Cour d'appel de Paris a été saisie. Pour la Cour, « la contrefaçon de droits d'auteur s'apprécie au regard des ressemblance entre les œuvres en présence et (…) les ressemblances sont ici prédominantes (même jeune femme avec la même expression et la même mèche plaquée sur la joue gauche, allongée dans la neige, les bras relevés au niveau de la tête ; cochon portant un tonnelet de Saint-Bernard dans la même position près de la jeune femme) par rapport aux différences relevées, la sculpture de Jeff Koons reprenant la combinaison des caractéristiques originales de la photographie *Fait d'hiver* (…)[1237] ».

834. Pour pouvoir ester en justice sur le fondement de la contrefaçon, encore faut-il prouver la qualité d'auteur ou de titulaire des droits. En effet, agir en contrefaçon implique que l'on remplisse en amont plusieurs conditions. Ainsi, outre la preuve du fait que l'œuvre pour laquelle l'action est intentée est bel et bien originale, il faudra prouver la titularité des droits. A ce titre, il a par exemple été jugé que ne pouvait agir en contrefaçon de droit d'auteur sur des photographies, la personne qui « ne démontre

[1235] Paris, 30 sept. 2022, n° 20/18194, *Joconde Playmobil*; *Dalloz actualité* 27 octobre 2022, note Ophélie Wang.
[1236] Frédéric POLLAUD-DULIAN, « La Joconde Playmobilisée sur le front de la contrefaçon », *RTD com.* 2023, p. 113.
[1237] Paris, 23 févr. 2021, n° 19/09059, *Fait d'hiver*, *Dalloz actualité,* 12 mars 2021, note Ophélie WANG.

pas être le légitime propriétaire des photographies, ni titulaire des droits d'auteur qu'il invoque[1238] ».

835. La preuve de la contrefaçon. Il revient à la personne qui se prétend victime de contrefaçon de rapporter les éléments de preuve allant dans ce sens. En droit d'auteur, cette preuve est en général facilitée par la spécificité de la discipline, qui est régie par des règles très protectrices de l'auteur. C'est dans le même esprit que parfois le juge saisi est invité à en faciliter l'administration de la preuve. Par exemple, à l'occasion d'un jugement de délit de douaniers, il a été jugé que « si les procès-verbaux dressés par des agents des douanes rapportant des déclarations de tiers constituent des éléments de preuve dont la valeur est soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond, il appartient à ces derniers, lorsqu'ils considèrent que ces éléments sont insuffisants à établir l'existence de l'infraction et la culpabilité du prévenu, d'ordonner les mesures complémentaires dont ils reconnaissent l'utilité pour la manifestation de la vérité[1239] ».

836. La preuve de l'originalité. La preuve de la contrefaçon de droit d'auteur s'articule autour de la notion d'originalité. Récemment par exemple, à l'occasion d'un litige sur la contrefaçon de logiciel, la Cour d'appel de Douai a rappelé que les demandes en contrefaçon de droit d'auteur ne peuvent reposer sur des « généralités non prouvées ». En l'occurrence, il était reproché à une société, demanderesse à l'instance, de n'avoir pas pris « la peine d'effectuer la moindre démonstration, basée sur des éléments et des faits précis et articulés, aux fins de faire ressortir, d'une part, l'existence de choix opérés par ses soins, différents de la pratique traditionnelle ou de ceux des concurrents, d'autre part, l'apport intellectuel propre dans la conception de son logiciel, et enfin, l'effort personnalisé dans l'élaboration dudit logiciel[1240] ». Ainsi, comme le souligne un auteur, « l'originalité est la pierre angulaire du droit d'auteur[1241] ». Pour le praticien du droit, elle nécessite une attention et une considération particulière. Si elle n'est pas clairement appréhendée, conformément aux exigences actuelles posées par les magistrats, la sanction peut être lourde : nullité

[1238] TJ Paris, 24 avr. 2024, n° 23/15682 ; *Dalloz actualité* 23 mai 2024, note Matthieu BERGUIG.
[1239] Crim. 29 nov. 2023, n° 22-84.238 ; *Dalloz IP/IT* 2024, p. 221, note Thibault LENTINI.
[1240] Douai, 8 févr. 2024, n° 22/03719 ; *Dalloz actualité*, 08 mars 2024, note Kamilia BENTAÏEB.
[1241] André LUCAS et Pierre SIRINELLI, « L'originalité en droit d'auteur », *JCP* n° 23, 9 juin 1993, I, 3681.

de l'acte de saisine, entraînant éventuellement celle de la saisie-contrefaçon initiale, irrecevabilité ou rejet de la demande en contrefaçon[1242] ».

837. La charge de la preuve de l'originalité. S'agissant de la charge de la preuve de l'originalité, celle-ci incombe à celui qui agit en contrefaçon de droit d'auteur. Concrètement, il appartient à l'auteur de prouver que l'œuvre pour laquelle il a intenté une action en contrefaçon est originale. En effet, comme le fait observer le Professeur Frédéric Pollaud-Dulian, « tant qu'elle n'est pas contestée par la partie adverse, celui qui invoque des droits sur une œuvre n'a pas à prouver qu'elle est originale. Mais, à partir du moment où le défendeur la discute en apportant des éléments à l'appui de sa critique, la question entre dans le débat et le demandeur en contrefaçon doit établir qu'il a des droits sur une œuvre protégée, donc originale, qu'il oppose à son adversaire[1243] ». En ce sens, il a par exemple il a été jugé qu'il « ne peut être fait grief à un arrêt d'avoir admis la contrefaçon d'un logiciel sans rechercher si ce logiciel était ou non original et pouvait bénéficier de la protection instaurée par la loi du 11 mars 1957, dès lors qu'à aucun moment, devant les juges du fond, les parties n'ont mis en doute l'originalité du logiciel contrefait et qu'elles sont donc irrecevables à reprocher à la cour d'appel de n'avoir pas spécialement motivé sa décision sur un point de fait que toutes les parties considéraient comme constant[1244] ».

838. C'est sur la base de cette logique que les juridictions rappellent régulièrement que « lorsque l'originalité d'une œuvre de l'esprit est contestée, il appartient à celui qui revendique la protection au titre du droit d'auteur d'identifier ce qui caractérise cette originalité[1245] ». Cette position montre qu'il « n'y a pas, au sens strict, de présomption d'originalité[1246] ». Le principal risque avec cette solution est qu'elle soit utilisée comme méthode dilatoire par les défendeurs. C'est d'ailleurs ce que souligne le CSPLA dans son rapport sur la preuve de l'originalité. Le rapport souligne qu'il s'est donné pour mission « de rétablir la bonne foi au cœur du procès en contrefaçon, afin d'éviter les contestations d'originalité formées de manière systématique et dilatoire, sans éluder

---

[1242] Coraline FAVREL « Assignation en contrefaçon de droit d'auteur : précisions ou nullité », *Dalloz actualité*, 1er juill. 2024. V. TJ Lyon, 3 juin 2024, n° 23/00986.

[1243] Frédéric POLLAUD-Dulian, « Programme d'ordinateur. Originalité. Preuve. Éléments d'appréciation », *RTD com.* 2013, p. 708.

[1244] Civ. 1re, 19 nov. 1991, n° 90-17.031; *JurisData* n° 1991-003343.

[1245] Paris, 29 nov. 2023, n° 21/22461.

[1246] Frédéric POLLAUD-DULIAN, « Programme d'ordinateur. Originalité. Preuve. Éléments d'appréciation », *op. cit.*

pour autant, lorsqu'il a lieu d'être, le débat sur l'originalité[1247] ». Afin de faciliter l'administration de la charge de la preuve, il serait plus judicieux d'imposer à celui qui conteste l'originalité de la prouver. Il est possible même d'écarter toute preuve contraire lorsqu'on est en présence d'une relation d'affaire établie entre l'auteur et le défendeur. La Cour d'appel de Paris a déjà adopté un tel raisonnement lors d'un litige opposant l'AFP à des photographes. En l'espèce, lorsque les photographes ont estimé qu'ils n'avaient pas cédé l'exploitation numérique des clichés, l'AFP leur a opposé qu'ils ne rapportaient pas la preuve de l'originalité photo par photo des milliers de clichés en cause. Pour rejeter cette argumentation, la Cour retient « qu'en prévoyant dans les contrats de travail l'existence d'une clause de cession de droits d'auteurs dont elle revendique l'application dans toute sa généralité, l'AFP a considéré que les photographies de ses salariés auteurs bénéficient d'une présomption d'originalité sans distinction; que cette présomption s'impose d'autant plus qu'elle porte, pour la plupart des intéressés, sur quelques milliers de photographies qui ont rejoint le fond photographique de l'AFP et qu'elle-même s'attache, vis à vis des tiers, à défendre les droits d'auteurs qu'elle tire de cette clause , sans distinction entre les œuvres; que le moyen de l'AFP tiré de l'absence de preuve de l'originalité des photographies, œuvre par œuvre, ou de leur absence de production dans le débat, est inopérant; que la demande de l'AFP tendant au rejet de pièces comprenant des photographies est donc sans objet[1248] ». Toutefois, cette solution jurisprudentielle n'est pas solidement établie. Ce qui est contraire à la sécurité juridique dans les relations contractuelle. En ce sens, il est possible de citer un arrêt de la Cour d'appel de Paris le 29 janvier 2025[1249]. En l'espèce, une photographe a assigné en contrefaçon de droits d'auteur un site marchand de vêtements (Sud Everest) pour avoir permis à un autre site marchand (*Pepita, Vanille & Cie*) l'hébergement et l'utilisation comme visuel de deux de ses photographies sans son consentement. N'ayant pas obtenu gain de cause en première instance, elle a saisi la Cour d'appel de Paris qui a confirmé le premier jugement. Les juges parisiens ont estimé que « lorsque l'originalité d'une œuvre de l'esprit est contestée, il appartient à celui qui revendique la protection au titre du droit d'auteur de caractériser l'originalité de l'œuvre revendiquée, c'est à dire de justifier de ce que cette œuvre présente une physionomie propre traduisant un parti pris esthétique et reflétant

[1247] Rapport du CSPLA sur la preuve de l'originalité, 15 déc. 2020, p. 6.
[1248] Paris, 9 juin 2009, n°07/02345 ; *AFP*.
[1249] Paris, 29 janv. 2025, n° RG 22/19766.

l'empreinte de la personnalité de son auteur. [En l'espèce] l'originalité des deux photographies revendiquées étant contestée dans le cadre d'un litige portant sur la contrefaçon de droits d'auteur, il appartient à [la photographe] d'effectuer cette démonstration sans pouvoir se retrancher derrière le fait que les deux clichés ont fait l'objet de cessions de droits d'auteur au profit de la société *Pepita, Vanille & Cie*, la reconnaissance de l'originalité d'une œuvre prétendue relevant de l'office du juge et non d'un contrat auquel au demeurant, en l'espèce, la société *Sud Everest* n'est pas partie. Elle ne peut davantage utilement se prévaloir du fait que le dirigeant de la société *Sud Everest*, dans son courrier du 15 février 2019, en réponse à la lettre de mise en demeure adressée par son conseil, n'a pas contesté l'originalité des deux clichés, ce dont il ne peut se déduire une reconnaissance de ladite originalité ou de l'existence d'une œuvre protégeable ». Les conséquences de cette solution peuvent aller jusqu'à la remise en cause de relations contractuelles établies. Le cessionnaire peut demander une renégociation des redevances initialement prévues. En invoquant sa bonne foi, il peut également demander le remboursement des paiements déjà effectués, sous réserve du respect du délais de la prescription. Afin de préserver le principe de la sécurité juridique dans les relations contractuelles, il est possible de suggérer l'instauration d'une présomption d'originalité dans les contrats ayant pour objet les droits d'auteur. Concrètement, lorsque le contrat de cession de droits d'auteur a été appliqué comme tel, le cessionnaire, en cas de litige, ne doit pas pouvoir soulever l'absence d'originalité de l'œuvre, objet du contrat, pour échapper à ses obligations. Dans son rapport sur la preuve de l'originalité, le CSPLA ne préconise pas cette solution, mais suggère tout de même que l'on modifie l'article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle en y ajoutant également un second alinéa. La disposition serait ainsi rédigée (seuls les ajouts sont en italiques) :

« Article L. 112-1 : les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit *originales*[1250], quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination.

[1250] Dans son rapport, le CSPLA précise que « au premier alinéa, la mention expresse de la condition d'originalité vient combler une lacune. Il pouvait en effet paraître paradoxal qu'une telle condition indiscutable de la protection, consacrée par la jurisprudence interne comme par celle de l'Union, ne soit pas inscrite dans la loi. La situation s'en trouverait ainsi clarifiée ». V. p. 85.

Il appartient à celui qui conteste l'originalité d'une œuvre d'établir que son existence est affectée d'un doute sérieux et, en présence d'une contestation ainsi motivée, à celui qui revendique des droits sur l'œuvre d'identifier ce qui la caractérise[1251] ».

839. Cette suggestion a été reprise mot pour mot dans une proposition de loi enregistrée au Senat le 6 juillet 2023[1252]. Si la proposition est adoptée, en premier lieu, la contestation de l'originalité d'une œuvre devra être motivée et faire naître un doute sérieux quant à l'existence de l'originalité pour être recevable. Ensuite, et le cas échéant, l'auteur devra présenter les éléments qui caractérisent, selon lui, l'originalité de son œuvre.

840. Dans le même ordre d'idées, il est possible d'aller un peu plus loin en consacrant par exemple une présomption d'originalité que l'on peut qualifier de « relative » à l'image de l'effet relatif du contrat et sur la base de la bonne foi[1253] dans l'exécution des contrats. Le juge saisi d'une demande remettant en cause l'originalité d'une œuvre pourra décider de la rejeter selon plusieurs critères : d'abord, il faudra que la demande émane du cocontractant de l'auteur (personne physique ou cessionnaire personne morale) ; ensuite, le juge devra prendre en compte la durée d'exécution du contrat ; enfin, de ce dernier aspect, il pourra déduire un troisième critère qui est la reconnaissance implicite ou explicite par le cessionnaire que l'œuvre est originale. Ce sera notamment le cas, à l'instar de la solution AFP[1254] évoquée précédemment, lorsque le cessionnaire s'est lui-même prévalu de l'originalité de l'œuvre vis-à-vis de ses sous-cessionnaires ou encore des tiers. Dans l'ensemble, seul le premier critère sera obligatoire, les deux suivants seront alternatifs. La solution ne sera pas valable vis-à-vis des tiers au contrat, en application de l'article 1199 du Code civil qui énonce que « *le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter (…)* ». La solution est d'autant plus logique que la contrefaçon n'est pas exclusivement le fait de personnes tierces à l'auteur. Elle est aussi souvent le fait du cocontractant de l'auteur.

[1251] Rapport du CSPLA sur la preuve de l'originalité, *op. cit.*, p. 84.
[1252] Proposition de loi n° 860, 6 juillet 2023, portant réforme de la preuve de l'originalité de l'œuvre.
[1253] Article 1104 Code civil : « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public* ».
[1254] Paris, 9 juin 2009, n°07/02345 ; *AFP*.

841. Le cocontractant contrefacteur. La contrefaçon en droit d'auteur peut aussi résulter, non pas de la volonté du tiers de porter atteinte aux droit exclusifs de l'auteur, mais de celle du cocontractant de l'auteur de ne pas respecter les termes du contrat. Il en est ainsi du non-respect par exemple, de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle[1255] qui impose que soit spécifiée dans le contrat chacune des prérogatives que l'auteur autorise à son cocontractant. En conséquence, toute exploitation allant au-delà des droits cédés est susceptible d'être qualifiée de contrefaçon de droit d'auteur. En ce sens, la Cour de cassation a par exemple estimé que, faisait « une exacte application de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle, la Cour d'appel qui relève que, bien que l'artiste ait accepté " le principe de la reproduction de ses œuvres " et perçu un pourcentage sur certaines ventes, la contrefaçon était constituée dès lors que l'édition de reproductions de ces œuvres picturales avait été réalisée sans qu'ait été établi un contrat précisant l'étendue et les modalités de la transmission des droits de l'auteur[1256] ». Récemment, il a été jugé que l'ensemble de certains usages de visuels pour la promotion d'un parfum « ou sur des

[1255] Article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle : « *La transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée.*
Lorsque des circonstances spéciales l'exigent, le contrat peut être valablement conclu par échange de télégrammes, à condition que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité conformément aux termes du premier alinéa du présent article.
Les cessions portant sur les droits d'adaptation audiovisuelle doivent faire l'objet d'un contrat écrit sur un document distinct du contrat relatif à l'édition proprement dite de l'œuvre imprimée.
Le bénéficiaire de la cession s'engage par ce contrat à rechercher une exploitation du droit cédé conformément aux usages de la profession et à verser à l'auteur, en cas d'adaptation, une rémunération proportionnelle aux recettes perçues ».

[1256] Civ. 1re, 28 novembre 2000, n° 97-20.653 ; *JurisData* n° 2000-007094. Dans le même sens, il avait été jugé que « la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que leur domaine d'exploitation soit délimité. A violé l'article L. 131-3 alinéa 1 du code de la propriété intellectuelle (article 31 alinéa 3 de la loi du 11 mars 1957) la cour d'appel qui se fonde sur une correspondance échangée entre les parties pour en déduire que l'auteur avait, en connaissance de la forme d'exploitation pratiquée par l'éditeur en exécution d'une clause du contrat d'édition, expressément et par écrit accepté le principe de la cession des albums à une société d'édition, alors qu'il ne résultait ni du contrat ni de la lettre que l'auteur ait donné son accord exprès à la cession de ses droits pour le type d'exploitation réalisé par cette société, avec une délimitation du domaine d'exploitation quant à son étendue et à sa destination et à sa durée ». V. Civ. 1re, 26 janv. 1994, n°92-11.691 ; *JurisData* n°1994-000210. Plus anciennement encore, il avait été jugé que « la cession d'une reproduction lithographie ne s'étendait ni à la photographie, ni à la gravure ». V. Paris, 21 mars 1865, *Annales* 1865, p. 250.

supports de communication, qui n'avaient été ni envisagés ni convenus avec [l'auteure] et la société [éditrice du parfum] sont constitutifs d'actes de contrefaçon[1257] ».

842. Le cocontractant qui viole les termes du contrat qui le lie à l'auteur engage sa responsabilité contractuelle *a priori*. Mais la nature de l'objet du contrat en cause, en l'occurrence un bien intellectuel, fait qu'il engage également sa responsabilité délictuelle[1258]. A ce titre, le juge saisi aura le choix entre les deux responsabilités, contractuelle ou délictuelle, tout en ayant à l'esprit le principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle[1259]. Cette possibilité a d'ailleurs été confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt de 2022 où les juges du fond ont été censurés pour avoir décidé que, « (…) lorsque le fait générateur d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle résulte d'un manquement contractuel, seule une action en responsabilité contractuelle est recevable[1260] ».

843. Dans le même ordre d'idées, la contrefaçon étant une infraction pénale également, il est toujours possible de saisir le juge pénal. Cette action, peu utilisée, certainement à raison de la non-spécialisation du juge pénal en droit d'auteur, peut se révéler intéressant en matière de prescription. Désormais, depuis la loi du 27 février 2017[1261], la prescription n'est plus de trois ans, mais de six ans. Selon l'article 8 du Code de procédure pénale, « *l'action publique des délits se prescrit par six années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise* ». Tandis qu'en matière civile, l'article 2224 du Code civil énonce que « *les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ». Toutefois, lorsque la contrefaçon est le fait du cocontractant de l'auteur, c'est-à-dire qu'elle est constatée à l'occasion de l'exécution du contrat, c'est le juge civil ou commercial qui sera compétent.

[1257] Paris, 27 sept. 2023, n° 21/11106 ; *PIBD* 2023, 1215, III, 5.

[1258] Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2e éd., 2014, n°1793.

[1259] Civ. 11 janv. 1922 ; GAJC 12e éd. 2008, n° 181. qui estime que « les articles 1382 et suivants du Code civil sont sans application lorsqu'il s'agit d'une faute commise dans l'exécution du contrat » ; V. également Civ. 2e, 26 mai 1992, n° 91-11.149 qui retient que « les dispositions de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil, étrangères aux rapports des parties contractantes, ne peuvent être invoquées dans le cas d'un manquement commis dans l'exécution d'une obligation résultant d'une convention dont il ne saurait être fait abstraction pour apprécier la responsabilité engagée ».

[1260] Civil, 1re, 5 octobre 2022, n° 21-15.386 ; *Dalloz actualité*, 8 nov. 2022, obs. M. CARTAPANIS ; *D.* 2023, p. 55, note P. LEGER ; *RTD com.* 2023. 118, obs. F. POLLAUD-DULIAN.

[1261] Loi n°2017-242 du 27 février 2017 (art. 1) portant réforme de la prescription en matière pénale.

844. Une des conséquences qui découle du caractère mixte de l'infraction de contrefaçon est la difficulté de trouver une sanction appropriée, étant donné qu'il y a autant de sanctions qu'il y a de contrefaçons.

B : TYPOLOGIE DES SANCTIONS DE LA CONTREFAÇON

845. La sanction de la contrefaçon n'est pas facile à déterminer. De l'ancien article 425 du Code pénal à l'actuel alinéa 2 de l'article L. 335-2 du Code de la propriété intellectuelle, la contrefaçon a toujours été sanctionnée sur le fondement pénal. Par exemple, selon le 2e alinéa de L. 335-2, « *la contrefaçon en France d'ouvrages publiés en France ou à l'étranger est punie de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende* ».

846. La dualité de la sanction. La disposition précitée ne veut nullement dire que la contrefaçon ne peut être sanctionnée que sur un plan strictement pénal. Autrement dit, elle peut tout à fait être réprimée civilement en tant que délit civil ou pénalement en tant que délit pénal, voire les deux. Ainsi, en tant que délit civil, il n'est pas besoin de prouver l'intention de nuire, il suffit pour la victime de rapporter la preuve de la contrefaçon. En ce sens, il a par exemple été jugé que «la contrefaçon est caractérisée, indépendamment de toute faute ou mauvaise foi, par la reproduction, la représentation ou l'exploitation d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de propriété intellectuelle qui y sont attachés[1262] ». Autrement dit, il importe peu que le contrefacteur soit ou non de bonne foi. De manière beaucoup plus explicite, il a été jugé que « la mauvaise foi des personnes qui ont participé à une contrefaçon n'est pas une condition de l'action civile exercée par l'auteur en vue d'obtenir réparation de la perte pécuniaire que lui a causé l'usurpation de son droit de propriété intellectuelle[1263] ».

847. En tant que délit pénal, outre un fait matériel, il faut prouver l'élément intentionnel de l'infraction pour que le juge saisi entre en condamnation. A ce titre, les

[1262] Civ. 1re, 29 mai 2001, n° 99-15.284 ; *D.* 2001, p. 1952. Dans le même sens, il avait été jugé que « la contrefaçon est caractérisée, indépendamment de toute mauvaise foi, par la reproduction, la représentation ou l'exploitation d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de son auteur. Ainsi sont légalement déclarés auteurs d'une contrefaçon la décoratrice qui a, dans un projet d'aménagement intérieur d'un hôtel, reproduit en dessins des meubles créés par un tiers, la société d'exploitation de l'hôtel qui a fait fabriquer les meubles contrefaisants, et leur fabricant ». V. Civ. 1re, 16 fév. 1999, n° 96-20.194 ; *JurisData* n° 1999-000688.

[1263] Civ. 1re, 6 juin 1990, n° 88-11.811 ; *D.* 1990, p. 171.

délits de contrefaçon sont considérés comme des infractions pénales[1264]. En résumé, la sanction de la contrefaçon peut être soit pénale, soit civile ou duale. Par ailleurs, il arrive très souvent que la pratique soit réprimée sur d'autres fondements que celui de l'action en contrefaçon.

848. Le caractère erratique des fondements de la sanction. La sanction de la contrefaçon, quelle que soit sa nature, vise à rétablir l'auteur d'une œuvre originale dans ses droits. Elle peut intervenir de diverses manières. Par exemple, elle peut intervenir de manière subtile en cas d'échec dans la démonstration par le demandeur de l'originalité de l'œuvre. En effet, il est possible de réprimer la contrefaçon de manière indirecte par l'action en concurrence déloyale. L'action en concurrence déloyale est souvent définie comme tout « fait constitutif d'une faute, qui résulte d'un usage excessif, par un concurrent, de la liberté de la concurrence, par l'emploi de tout procédé malhonnête dans la recherche de la clientèle, dans la compétition économique[1265]». Se pose alors une question juridique qui consiste à savoir si les deux actions, en l'occurrence l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale, peuvent se confondre, c'est-à-dire avoir une identité de fondement. La réponse est évidement négative en ce sens que la première cherche à voir appliquer les règles protectrices du droit d'auteur, alors que la seconde cherche à faire sanctionner un comportement déloyal d'un concurrent. Autrement dit, « la similarité qui peut exister entre » les deux actions « ne traduit aucunement une identité de fondement ni de régime entre les deux[1266] ». En ce sens, la Cour de cassation a déjà jugé, au visa de l'article 1240 du Code civil, que « les actions en contrefaçon et en concurrence déloyale

---

[1264] Crim. 1er févr. 1912 ; *Gaz. Pal.* 1912. 1. 437 ; Crim. 1er juin 1994, n°93-83.077.

[1265] Gerard CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2024. En droit français, l'action en concurrence déloyale s'effectue sur le fondement de la responsabilité civile, c'est-à-dire sur l'article 1240 du Code civil. Au titre des textes internationaux, on a la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883. À l'entame, l'article 10 *bis* de ce traité rappelle l'obligation des Etats signataires de lutter contre la concurrence déloyale avant de préciser que « constitue un acte de concurrence déloyale tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale ». Une liste d'actes constitutifs de concurrence déloyale est dressée par la même disposition. Ainsi, devront être interdits, indique l'article, « 1° tous faits quelconques de nature à créer une confusion par n'importe quel moyen avec l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent ; 2° les allégations fausses, dans l'exercice du commerce, de nature à discréditer l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent ; 3° les indications ou allégations dont l'usage, dans l'exercice du commerce, est susceptible d'induire le public en erreur sur la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi ou la quantité des marchandises ».

[1266] Mamadouba DRAME, « Quand les positions du Kamasutra s'invitent dans l'éternel débat sur la notion d'originalité en droit d'auteur ! », *Les MAJ IRPI*, n°8, mai 2019, p. 4. V. Paris, 19 mars 2019, n° 17/15634, *Impexit c/ Beau Souvenir*.

ont des fondements distincts[1267] ». En d'autres termes, l'absence de droit privatif n'est pas de nature à entrainer le rejet de l'action en concurrence déloyale[1268] comme le juge régulièrement la Cour de cassation[1269]. Les faits à l'origine de chacune des actions doivent, en principe être distincts. Cela dit, il n'est pas exclu que les deux actions coexistent tout en s'appuyant sur les mêmes éléments factuels à condition que l'action en concurrence déloyale soit exercée à titre subsidiaire. C'est notamment le cas lorsque les faits reprochés sont constitutifs de fautes. En ce sens, il a par exemple été jugé que « que l'action en concurrence déloyale peut être fondée sur les mêmes faits que ceux allégués au soutien d'une action en contrefaçon de marque rejetée pour défaut d'atteinte à un droit privatif, dès lors qu'il est justifié d'un comportement fautif[1270] ».

849. Cette manière d'aborder les choses permet, par exemple, de protéger indirectement certaines créations qui, à raison de leur nature, ne peuvent pas objectivement bénéficier de la protection par les règles du droit d'auteur. C'est le cas par exemple des fragrances en matière de parfumerie. En ce sens, en 2006, la Cour de cassation a estimé que « la fragrance d'un parfum, qui procède de la simple mise en œuvre d'un savoir-faire, ne constitue pas au sens des articles L. 112-1 et L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle, la création d'une forme d'expression pouvant bénéficier de la protection des œuvres de l'esprit par le droit d'auteur[1271] ». Dans la même logique, la chambre commerciale de la Cour de cassation a retenu que « le droit d'auteur ne protège les créations dans leur forme sensible, qu'autant que celle-ci est identifiable avec une précision suffisante pour permettre sa communication ; (…) la fragrance d'un parfum, qui, hors son procédé d'élaboration, lequel n'est pas lui-même une œuvre de l'esprit, ne revêt pas une forme présentant cette caractéristique, ne peut dès lors bénéficier de la protection par le droit d'auteur[1272] ». Ce qui veut dire que l'irrecevabilité de l'action en contrefaçon pour les auteurs des créations considérées

---

[1267] Com. 6 nov. 2007, n° 06-15.227.

[1268] *D.* 2008, p. 247, note sous Com. 6 nov. 2007, n° 06-15.227.

[1269] Com., 3 oct. 1978, n° 77-10.915 ; Civ. 1re, 20 mars 2007, n°06-11.522 et n°06-11.657 ; *Dalloz actualité* 04 avril 2007, note E. CHEVRIER ; Dans ce dernier arrêt, il a été jugé « qu'après avoir écarté le grief de contrefaçon pour défaut de droits privatifs, il appartient au juge du fond de rechercher si la réalisation et l'exploitation d'une imitation servile d'un modèle, après rupture des relations contractuelles, ne caractérisaient pas un comportement déloyal ».

[1270] Com. 10 déc. 2013, n°11-19.872; *RTD Com*. 2014 p.103, obs. Frédéric POLLAUD-DULIAN; Civ. 1re, 25 mai 2023, n° 22-14.651, *Légipresse*, 2023 p.329, et 699, chron. Christophe ALLEAUME; *RTD com*. 2023, p. 619, obs. F. POLLAUD-DULIAN.

[1271] Civ., 1re, 13 juin 2006, n° 02-44.718 ; *D.* 2006. 2470, note B. EDELMAN.

[1272] Com., 10 déc. 2013, n°11-19.87, *Lancôme* ; J. BERBERIAN, *JAC,* 2014, n°10, p.12.

par la jurisprudence comme la mise en œuvre d'un savoir-faire peut tout à fait être compensée par l'action en concurrence déloyale. Il s'agit ici d'une des rares dérogations au principe qui veut que les règles d'ordre général n'aient pas vocation à déroger aux règles d'ordre spécial (*generalia specialibus non derogant*). Par exemple, il a récemment été jugé que « même en l'absence de protection par le droit d'auteur, l'utilisation d'une photographie sans rémunération de son auteur peut lui causer un manque à gagner, constitutif d'un dommage au sens de l'article 1240 du Code civil. Sans droit patrimonial ou moral, subsiste un droit économique. En effet, le photographe professionnel s'il ne peut exiger que son nom figure, que son cadrage soit respecté, que son cliché ne soit pas modifié, peut réclamer comme n'importe quel acteur économique, une rémunération de son travail [1273]». Par ailleurs, il peut arriver que la question de l'originalité de l'œuvre contrefaisante pose des difficultés au juge en termes de choix de la nature ou de l'intensité de la sanction.

850. L'originalité de l'œuvre contrefaisante. Sur ce sujet, il est possible de se poser deux questions : l'œuvre contrefaisante peut-elle être originale ? Dans l'affirmative, est-il possible de reconnaître des droits d'auteurs au profit du contrefacteur ?

851. La réponse à ces interrogations se trouve en principe dans les textes qui répriment la contrefaçon. A ce titre, la sanction de principe applicable directement sur l'œuvre contrefaisante c'est la confiscation ou la destruction. Cela a pour conséquence la privation du contrefacteur des droits réels et personnels sur l'œuvre contrefaisante. Sur le plan pénal, selon les alinéas 2 et 3 de l'article L. 335-6 du Code de la propriété intellectuelle, le juge saisi « *peut prononcer la confiscation de tout ou partie des recettes procurées par l'infraction ainsi que celle de tous les phonogrammes, vidéogrammes, objets et exemplaires contrefaisants ou reproduits illicitement ainsi que du matériel spécialement installé en vue de la réalisation du délit. Elle peut ordonner la destruction, aux frais du condamné, ou la remise à la partie lésée des objets et choses retirés des circuits commerciaux ou confisqués, sans préjudice de tous dommages et intérêts* ». Sur le plan civil, l'alinéa 1er de l'article L. 331-1-4 du Code de la propriété intellectuelle dispose qu'en « *cas de condamnation civile pour contrefaçon, atteinte à un droit voisin du droit d'auteur ou aux droits du producteur*

[1273] TJ Rennes, 2e ch. civ., 6 mai 2024, n° 22/01433, *Monsieur Y. c/ Sté Ouest-France ; Légipresse* 2024, p.286.

de bases de données, la juridiction peut ordonner, à la demande de la partie lésée, que les objets réalisés ou fabriqués portant atteinte à ces droits, les supports utilisés pour recueillir les données extraites illégalement de la base de données et les matériaux ou instruments ayant principalement servi à leur réalisation ou fabrication soient rappelés des circuits commerciaux, écartés définitivement de ces circuits, détruits ou confisqués au profit de la partie lésée ». Le plus souvent, la jurisprudence affiche la même détermination dans le cadre de la répression de la contrefaçon en faisant le choix de peines particulièrement dissuasives. Ainsi par exemple, il a été jugé que, « c'est sans méconnaître l'article premier du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, [qu'une Cour d'appel] a ordonné, sur le fondement des deuxièmes et troisièmes alinéas de l'article L. 335-6 du Code de la propriété intellectuelle, la confiscation et la destruction des dessins dont il avait préalablement constaté le caractère contrefaisant. En effet, ces peines, à caractère principalement dissuasif, répondent à l'impératif d'intérêt général de lutte contre la contrefaçon et garantissent de manière proportionnée que les objets contrefaisants seront définitivement écartés de tout circuit commercial afin de ne pas compromettre à nouveau les droits de propriété intellectuelle[1274] ».

852. S'agissant de la réponse à la question de savoir s'il est possible de reconnaître une œuvre contrefaisante comme originale, la réponse est positive. Etant donné qu'une œuvre est originale lorsqu'elle comporte l'empreinte de la personnalité de son auteur. Toutefois, l'originalité n'empêche la sanction de la contrefaçon. Cela a par exemple été souligné par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Jeff Koons* précédemment évoquée[1275]. Pour la Cour, « le seul fait que la sculpture de Jeff Koons constitue incontestablement elle-même une œuvre (…), ne fait pas disparaître la contrefaçon dès lors que cette œuvre repose, au moins en partie, sur une appropriation non autorisée d'une œuvre première. L'adaptation de la photographie, œuvre préexistante, ne pouvait se faire qu'avec l'accord de son auteur et à défaut de cet accord, la contrefaçon est constituée ».

853. Le contrôle de proportionnalité. Si les termes du cadre légal de la répression de la contrefaçon sont clairs, en pratique leur application se heurte souvent à certains principes en droit qui limitent leur effectivité. C'est le cas du contrôle de

[1274] Crim. 03 nov. 2021, n° 21-81.356 ; *Légipresse* 2021, p. 589 ; *RTD com*. 2021, p. 952, obs. B. BOULOC.
[1275] Paris, 23 févr. 2021, n° 19/09059, *Fait d'hiver* ; *RTD com*. 2021. p. 818, Frédéric POLLAUD-DULIAN.

proportionnalité que le juge doit observer avant toute prise de décision. En effet, le juge est le plus souvent invité à vérifier que la sanction qu'il s'apprête à prendre n'est pas disproportionnée par rapport au droit garanti. En ce sens par exemple, il a été jugé que « prive sa décision de base légale au regard de l'article 10, §2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, [une] Cour d'appel qui prononce une mesure d'interdiction de diffusion de l'enregistrement d'un opéra, 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[1276] ». De manière plus explicite, en 2021, la Cour de cassation a retenu que « c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des modalités de réparation de l'atteinte retenue [qu'une Cour d'appel] a estimé, en application des dispositions de l'article L. 331-1-4, alinéa 1er du Code de la propriété intellectuelle, que l'apposition de la mention « REPRODUCTION » au dos de l'œuvre litigieuse, de manière visible à l'œil nu et indélébile, suffisait à garantir une éviction de ce tableau des circuits commerciaux[1277] ». Cette solution vient consacrer le droit de propriété du contrefacteur sur l'œuvre contrefaisante. Même si ce droit est un droit réel, et non intellectuel, la mention « reproduction » peut laisser penser que le consentement de l'auteur de l'œuvre originale a été préalablement obtenu. Cette nouvelle façon de sanctionner la contrefaçon risque de de conférer à l'œuvre contrefaisante le statut d'une véritable œuvre. Or, le but premier de la répression de la contrefaçon reste la dissuasion.

[1276] Civ. 1re 22 juin 2017, n° 15-28.467, n° 16-11.759 ; *Légipresse* 2017, p.363 ; *RTD com.* 2017, p. 891, obs. F. POLLAUD-DULIAN. Dans le même sens, v. Civ. 1re, 15 mai 2015, n° 13-27.391 ; *Légipresse* 2015, p.331. Dans le même sens, il a été jugé que « la reproduction qui dénature une œuvre constitue une contrefaçon qui doit être détruite. Une fondation titulaire des droits d'un auteur décédé a fait réaliser un constat et une saisie-contrefaçon d'une œuvre exposée dans un hôtel, puis a assigné ce dernier pour contrefaçon. Rappelant que la saisie-contrefaçon n'est envisageable que si l'huissier est porteur de la minute de l'ordonnance ayant autorisé la saisie (CPC, art. 495), le juge déclare cette saisie nulle puisqu'aucune preuve de ladite minute n'est apportée. Sur la contrefaçon, il constate que l'œuvre litigieuse a été dénaturée, puisqu'agrandie et reproduite sur deux pans de murs perpendiculaires coupés par une porte qui déformait l'œuvre lors de son ouverture. Par conséquent, l'atteinte au droit au respect de l'œuvre est caractérisée et les juges font droit aux mesures d'interdiction et de destruction sollicitées par la fondation ». V. Paris, 28 janv. 2016, n° 14/02599 ; *Juris art etc.* 2016, n°36, p.11, note Pierre NOUAL.

[1277] Civ. 1re, 24 nov. 2021, n° 19-19.942 ; *Légipresse* 2021, p.588 ; *RTD com.* 2022, p.287, obs. F. POLLAUD-DULIAN ;

854. Cette solution n'est pas sans rappeler la position qu'adopte parfois la jurisprudence à chaque fois qu'il est question de faire la distinction entre plagiat et contrefaçon. En effet, la jurisprudence refuse souvent de prononcer explicitement des sanctions sur le fondement du plagiat. En ce sens par exemple, il a été jugé que « le fait d'avoir revu, corrigé et augmenté un ouvrage du domaine public constitue au profit du continuateur un droit de propriété qui doit être respecté[1278] ». Autrement dit, il ne s'agit pas d'une contrefaçon, donc pas de sanction. Dans le même registre, il a été jugé que ne constituait pas une contrefaçon, mais une œuvre originale, la « compilation formée d'éléments empruntés à des publications antérieures (…), si ses éléments ont été choisis avec discernement, disposés dans un ordre nouveau, revêtus d'une forme nouvelle et appropriés avec intelligence à un usage plus ou moins général[1279] ». Cette tendance peut être de nature à encourager la violation du consentement de l'auteur par le biais du plagiat.

§2 : La violation du consentement de l'auteur par le plagiat

855. Comme il a été précédemment rappelé, le plagiat est une notion qui n'est pas encore intégrée au code de la propriété intellectuelle. Elle est essentiellement traitée par la doctrine, même si l'analyse de certaines décisions jurisprudentielles montre que les juges du fond commencent à prendre en compte la notion dans la résolution de certains litiges. Malgré la difficulté, il est possible de tenter de définir la notion (A) avant d'aborder la manière par laquelle le juge s'y prend pour la sanctionner (B).

A : LA NOTION DE PLAGIAT

856. Définition. Dans son vocabulaire juridique, le Professeur Gérard Cornu définit le plagiat comme une « appropriation illicite de tout ou partie de l'œuvre d'autrui ». Ensuite, il précise que c'est un « acte constitutif du délit de

[1278] Trib. corr. Seine, 5 mai 1818 ; *Letellier, Journ. de la Librairie*, 4818, p.423; Dans le même sens, il a été jugé de manière plus explicite que « la propriété littéraire et artistique ne s'applique pas seulement aux créations entièrement originales ; elle s'étend aussi aux ouvrages dont les éléments, bien qu'empruntés à des publications antérieures, ont été choisis avec discernement, disposés dans un ordre nouveau et ont reçu ainsi une forme et une appropriation nouvelles (…) ». V. Trib. civ. Seine, 5 août 1874 ; Repos, Pataille, 75.250. V. plus spécialement Eugène Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, 3e éd., Imprimerie et librairie générale de jurisprudence Marchal et Billard, 1908, p.62.

[1279] Crim. 27 novembre 1869, *Prud'homme c/V. Dubus ; D.* 1870, 1, 186.

contrefaçon[1280] ». Cette définition, laconique, montre à elle seule l'insuffisance des réponses que le droit apporte à la notion de plagiat et surtout la confusion qui règne sur la question. Dans le langage courant, elle est le plus souvent assimilée à la contrefaçon. L'insuffisance de réponses juridiques est parfois due à la difficulté de distinguer la reproduction de l'imitation.

857. La reproduction et l'imitation. La reproduction consiste à reproduire de manière identique une œuvre originale, d'en multiplier les exemplaires. Il s'agit de copier directement l'œuvre par des moyens comme la photocopie, l'enregistrement ou le téléchargement. Ici, il y a bel et bien contrefaçon. En revanche, au sens littéral, l'imitation consiste à prendre pour modèle l'œuvre de quelqu'un et de s'en inspirer[1281]. L'inspiration a pour finalité de créer quelque chose de semblable sans que cela ne soit identique. Par exemple, un musicien peut écouter un artiste de l'univers du jazz afin de s'en inspirer et créer sa propre musique. Aussi, un chanteur peut reprendre l'idée d'une chanson existante et en créer une autre avec un rythme, une mélodie et des variations qui lui sont propres. Il ne s'agit donc pas de faire une copie directe de l'œuvre « imitée ». Tant que l'imitation n'est pas caractérisée avec la reprise des éléments objectifs ou caractéristiques de l'œuvre imitée, on se trouve toujours dans l'univers des idées, qui sont de libres parcours. Ici, le plagiat consiste donc à s'approprier une idée en dissimulant sa source. Il n'est donc pas répréhensible, parce qu'on n'est pas encore dans une reproduction servile de l'œuvre originale. Mais parfois la frontière est très fine. C'est pourquoi, l'analyse des décisions jurisprudentielles sur le sujet montre que les juges sont encore très timorés à l'idée d'ériger le plagiat en notion autonome, alors qu'il pourrait tout à fait être sanctionné comme le sont toutes les formes d'atteintes aux droits exclusifs de l'auteur.

858. L'absence d'une sanction juridique. Pour certains, le plagiat n'est aucunement quelque chose de répréhensible en ce sens qu'il s'agit avant tout d'une pratique qui nourrit l'inspiration et qui est stimulatrice de la création. Par exemple, Voltaire affirmait que « les esprits les plus originaux empruntent les uns aux autres ; il en est du livre comme du feu de nos foyers ; on va prendre ce feu chez son voisin, on

[1280] Gerard CORNU, *Vocabulaire juridique*, LGDJ, 2024.
[1281] *Le petit Robert*, 2014.

l'allume chez soi, on le communique à d'autres, et il appartient à tous[1282]». Pour Jean Giraudoux, « le plagiat est la base de toutes les littératures, à l'exception de la première, qui est d'ailleurs inconnue[1283] ». Le plagiat est la version non sanctionnée de la contrefaçon. Ainsi, pour Madame Hélène Maurel-Indart, « la contrefaçon est un délit de reproduction illicite sanctionné par le Code de la propriété intellectuelle ; elle est la version juridiquement condamnable du plagiat, qui se tient quant à lui dans une zone d'ombre où les frontières manquent de netteté, entre recopiage et création[1284] ». Cette conception aboutit à conclure à une impossibilité de sanctionner le plagiat. Suivant ce point de vue, lorsqu'une sanction est prise par le juge, c'est qu'en réalité le plagiat a dégénéré en contrefaçon. En ce sens, comme le résume Monsieur Alcide Darras, « une reproduction non autorisée ne constitue qu'un plagiat, lorsque cet emprunt n'est pas de nature à causer un dommage à l'auteur[1285] ».

859. Dans cette perspective, le plagiat, n'est pas consacré par le Code de la propriété intellectuelle, et traduit « le fait de s'inspirer d'une œuvre préexistante sans l'autorisation de son auteur[1286] ». A la différence de la contrefaçon, le plagiaire s'inspire d'une œuvre. Autrement dit, il s'empare d'une idée qui n'est pas de lui. Les idées étant de libre parcours, aucune condamnation ne peut être prononcée pour leur utilisation par un auteur. D'ailleurs, dans le même sens, les auteurs s'accordent pour dire que « l'œuvre littéraire est formée de trois éléments : l'idée, la composition et l'expression. L'idée seule n'étant pas protégeable par le droit d'auteur, la contrefaçon littéraire ne peut porter que sur la composition ou sur l'expression, ou sur les deux à la fois[1287] ». Dès lors se pose une question somme toute logique : « à partir de quel moment l'inspiration devient condamnable, c'est-à-dire à partir de quand le plagiat devient une contrefaçon[1288] ?». Par exemple, dans le domaine littéraire, comment apprécie-t-on la manière dont l'inspiration quitte le domaine de l'idée pour rejoindre le terrain de la composition ou sur le terrain de la mise en forme ?

[1282] La citation tirée du site www.leplagiat.net géré par la professeure Hélène MAUREL-INDART auteur du livre *Du Plagiat,* Gallimard, 2011.
[1283] Jean GIRAUDOUX, *Siegfried : pièce en 4 actes,* Grasset, 1928, p. 46.
[1284] Hélène MAUREL-INDART, « Techniques du plagiat », *Médium*, 2012/3, n°32-33, p.249.
[1285] Alcide DARRAS, *Traité théorique et pratique de la contrefaçon*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts du Journal du palais, 1895, p. 87, n°1344.
[1286] Carine BERNAULT, « Contrefaçon et étendue du droit d'auteur (CPI, art. L. 122-4) », *J.-CL., Propriété littéraire et artistique*, *fasc.* 1267, 1er mars 2024.
[1287] Emmanuel PIERRAT, « Le plagiat à l'épreuve du droit », *Raison présente,* 2018/3, n°207, 2018. p.83.
[1288] Carine BERNAULT, « Contrefaçon et étendue du droit d'auteur (CPI, art. L. 122-4) », *op.cit*.

860. En effet, l'appréciation est nécessairement circonstanciée. Il appartient au juge d'apporter des réponses de manière casuistique. Le plus souvent, ces réponses ne vont pas dans le sens d'une condamnation pour plagiat étant donné que le terme en question est inconnu de la législation. Comme le soulignait Monsieur Eugène Pouillet, « si l'emprunt est si bien dissimulé, si habilement mêlé à des parties originales qu'il devienne presque impossible de le reconnaître sous les nouveaux habits dont il se couvre, et qu'en fait l'auteur de l'ouvrage imité n'en doive souffrir ni dans sa réputation, ni dans sa fortune, le juge pourra décider que le plagiat ne va pas jusqu'à la contrefaçon[1289] ». En ce sens, il a par exemple été jugé « qu'il n'y a pas contrefaçon, mais simple plagiat, dans le fait d'emprunter à un ouvrage considérable un certain nombre de passages, composés de lignes éparses et disséminées à leur tour dans un ouvrage non moins important ; il en est surtout ainsi lorsque la similitude des passages s'explique par la nature des ouvrages (dans l'espèce, de géographie) qui proviennent nécessairement de sources communes et que d'ailleurs les passages incriminés, considérés dans leur ensemble, ne forment une partie notable, importante et marquante, ni de l'un ni de l'autre des deux ouvrages[1290] ». Pour une illustration plus récente, il est possible de citer l'exemple du roman *La bicyclette bleue* dont l'auteure, Régine Deforges, était poursuivie pour contrefaçon par les représentants de Margaret Mitchell, auteure d'*Autant en emporte le vent*. Dans cette affaire, il était reproché à l'auteure française d'avoir contrefait l'œuvre de l'auteure américaine. Les juridictions successives qui se sont prononcées, à l'exception des juges de première instance[1291], ont toutes refusé de voir dans l'œuvre de l'auteure française une œuvre contrefaisante. Par exemple, pour la Cour d'appel de Paris, « si deux œuvres littéraires ont incontestablement pour point de départ une « anecdote » identique, la situation banale qui y est décrite n'est pas susceptible d'appropriation, le thème d'une jeune fille qui « se jette à la tête » d'un garçon qui lui en préfère une autre alors qu'elle est elle-même aimée d'un homme plus âgé, étant totalement dépourvu d'originalité ; si l'auteur du second ouvrage, loin de chercher à dissimuler l'analogie initiale de situations entre les deux œuvres, s'est au contraire plu à la souligner en prenant soin, au début et à la fin

[1289] Eugène POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, 3e éd., Imprimerie et librairie générale de jurisprudence Marchal et Billard, 1908, n°507, p. 535.
[1290] Paris, 25 avr. 1812, *Malte-Brun* ; V. Eugène POULLET, *op.cit*. n° 508.
[1291] TGI Paris, 06, déc. 1989, *Trust Company Bank c/ Régine Deforges et la Sté Editions Jean-Pierre Ramsay*.

de son ouvrage, d'adresser ses « remerciements » à l'auteur de l'ouvrage initial pour sa « ... collaboration le plus souvent involontaire » ... et, en reprenant par jeu, pour les insérer dans son ouvrage, des scènes rendues célèbres par la notoriété universelle de l'œuvre initiale, cherche manifestement, par l'évocation de réminiscences littéraires, à établir avec ses lecteurs une complicité amusée, il crée cependant une œuvre nouvelle et personnelle, dès lors que, laissant libre cours à son imagination, aucun des personnages de son ouvrage ne présente d'analogie significative avec ceux du roman initial et que la conception générale, l'esprit des deux œuvres et leur style sont, comme l'évolution de leur action, fondamentalement différents[1292] ». Une analyse attentive de cette solution montre que l'auteure accusée de contrefaçon reconnaît au moins le plagiat, ce que ne réfute pas la Cour d'appel de Paris. C'est d'ailleurs le choix de la qualification implicite de plagiat qui permet aux juges du fond de ne pas entrer en condamnation. Par la suite, cette argumentation n'a pas convaincu la Cour de cassation qui a estimé que, « ne donne pas de base légale à sa décision, au regard de l'art. 40 de la loi du 11 mars 1957, la cour d'appel qui, pour écarter la contrefaçon, même partielle, d'un célèbre roman américain, retient, par des motifs inopérants ne se rattachant pas à l'un des cas, de nature à exclure l'existence d'une contrefaçon, prévus par l'art. 41,4° de la loi du 11 mars 1957, la « volonté ludique » d'un auteur français qui, en reprenant des scènes de ce roman, le sujet n'étant pas protégeable en soi, n'en a pas moins créé une œuvre nouvelle et personnelle, alors que la Cour aurait dû rechercher si, par leur composition ou leur expression, les scènes et les dialogues du roman américain et de l'œuvre française, décrivant et mettant en œuvre des rapports comparables entre les personnages en présence, ne comportent pas des ressemblances telles que, dans le second roman, ces épisodes constituent des reproductions ou des adaptations de ceux du premier dont elles sont la repris[1293] ». Après cette censure, la Cour de renvoi, en l'occurrence la Cour d'appel de Versailles, a repris en substance la solution des juges parisiens. Ainsi, pour les juges versaillais, « n'encourt pas le grief de contrefaçon l'ouvrage français ayant certes emprunté à un roman américain un thème et des personnages comparables, mais dont, au-delà de l'idée de libre parcours du rapport des pulsions humaines avec les événements, le contexte historique, le ton et le but de

[1292] Paris, 21 nov. 1990 ; *D.* 1991, p.85, note Pierre-Yves GAUTIER.
[1293] Civ. 1re, 4 févr. 1992, n° 90-21.630 ; *D.* 1992 p.182.

l'auteur tendent à lui imprimer une spécificité et une originalité telles qu'il ne peut y être décelé un démarquage des traits caractéristiques de l'œuvre étrangère[1294] ».

861. Cet exemple est une parfaite illustration de la difficulté de déterminer ce qui relève du plagiat de ce qui n'en relève pas. Le sujet est tellement délicat à traiter que, comme il vient d'être démontré, même les juges confondent les deux notions. Dès lors, il est possible de conclure que le choix de qualifier une œuvre de plagiaire plutôt que contrefaisante est une question de perception personnelle qui ne repose parfois sur aucune donnée objective. Comme le souligne Monsieur Eugène Pouillet, « il est évident que les appréciations devront varier comme les esprits qui apprécieront ; ce qui sera plagiat pour l'un sera quelquefois évidente contrefaçon pour l'autre[1295] ». Aussi, la question de la distinction du plagiat de la contrefaçon est délicate par l'existence même de la présence d'une contradiction dans la définition du plagiat. En effet, « d'une part, le plagiat porte, incontestablement et le plus souvent sciemment, atteinte au droit de l'auteur plagié, le plagiaire prenant chez autrui ce qu'il ne peut pas, ou ne veut pas, tirer de son propre fond, au sens commun et non juridique du mot, il contrefait ; d'autre part, il ne reproduit pas, s'il est habile ; il n'adapte même pas ; il reprend l'idée et l'exploite sous une forme plus ou moins nouvelle. Dans la mesure où il reprend l'idée, qui n'est pas protégée et renouvelle plus ou moins habillement la forme, il ne commet pas le délit pénal de contrefaçon et ne viole pas le droit d'auteur[1296] ».

862. A partir de ce constat, se posent les questions suivantes : le plagiat doit-il être sanctionné ? La réponse est évidement positive en ce sens qu'il demeure une atteinte à l'un des droits exclusifs de l'auteur, en l'occurrence son droit d'autorisation, sauf s'il est établi que le plagiaire s'est inspiré seulement de l'idée. Ensuite, existe-t-il une autre façon de sanctionner le plagiat que par la démonstration, presque impossible, de la contrefaçon ?

863. La réponse à cette dernière question n'est pas facile à trouver. Il est évident que le plagiat provoque chez l'auteur plagié un dommage dont il peut demander réparation sur le fondement du droit commun de la responsabilité. Cette idée, qui a

---

[1294] Versailles, 15 déc. 1993 ; *D.* 1994, p. 132.
[1295] Eugène POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, *op.cit.*, n°507.
[1296] Robert PLAISANT, *Le droit des auteurs et des artistes exécutants*, J. Delmas et C^ie^, 1970, p. 167.

toujours été défendue par une grande partie de la doctrine, commence aujourd'hui à recevoir un écho favorable chez les juges.

B : LA SANCTION DU PLAGIAT

864. Comme évoqué précédemment, le plagiat en principe n'est pas toujours sanctionné par les tribunaux. En ce sens, il est de jurisprudence constante que les juges du fond disposent d'un pouvoir discrétionnaire pour juger par exemple si « les emprunts faits à un ouvrage littéraire constituent un simple plagiat ou un délit de contrefaçon [1297]». Cela ne veut nullement dire que le plagiat n'est pas condamnable, voire sanctionnable.

865. Le caractère moral de la sanction. La sanction du plagiat est morale avant tout. En effet, le fait de se voir condamner par ses pairs, que ce soit dans la communauté littéraire ou scientifique par exemple, pour plagiat est une redoutable arme dissuasive. L'accusation de plagiat peut être source d'arrêt de carrière dans de nombreux domaines où le fait de jouir d'une crédibilité et d'une réputation irréprochables sont des atouts considérables[1298]. Dans le milieu académique, les sanctions sont pour l'essentiel disciplinaires : blâme, mauvaise notation, rétrogradation, exclusion de l'établissement. En résumé, pour nombre de personnes,

---

[1297] Cass. 24 mai 1845. *Muller c. min. pub.* ; *J. Pal.*, t2, 1845, p. 622 ; l'attendu de principe est assez précis sur la question. Pour conforter les juges du fond, la Cour de cassation estime que « que l'arrêt attaqué s'est déterminé, pour écarter l'action du demandeur, sur ce que, si l'on trouvait dans l'écrit incriminé la reproduction sous une forme nouvelle de quelques idées émises par le demandeur dans un ouvrage antérieur, ces emprunts n'étaient ni assez nombreux ni assez importants pour constituer le délit de contrefaçon ; que l'arrêt n'a pas jugé par-là que la contrefaçon partielle n'était pas punissable , ce qui eût été contraire au texte même de l'art. 425 (Code pénal) ; qu'il n'a pas jugé non plus qu'il fût licite de s'emparer des idées d'un auteur, pourvu qu'on les revêtît d'une forme nouvelle; mais que, partant d'un principe certain, à savoir, que les emprunts faits à l'ouvrage d'autrui peuvent être trop peu considérables pour porter atteinte à la propriété de l'auteur et pour constituer le délit de contrefaçon , il a apprécié en fait le caractère légal des emprunts faits dans l'espèce à l'ouvrage du demandeur; que cette appréciation rentrait dans les attributions de la cour d'appel et ne peut être révisée par la Cour de cassation ». V. *in* Adolphe CHAUVEAU, Faustin HELIE, *Théorie du Code pénal*, tome n°6, 3e éd. Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, p. 37.

[1298] Par exemple Madame Annette Schavan a été contrainte de démissionner de son pote de ministre de l'éducation en Allemagne pour avoir plagié sa thèse de philosophie. https://www.lemonde.fr/europe/article/2013/02/09/accusee-de-plagiat-de-these-la-ministre-allemande-de-l-education-demissionne_1829628_3214.html Consulté le 12/09/2024. C'est aussi le cas de Calixthe Beyala, condamnée pour contrefaçon partielle de « *Quand j'avais cinq ans, je m'ai tué »,* accusée souvent de plagiat par ses pairs. https://www.lemonde.fr/archives/article/1997/01/22/calixthe-beyala-grand-prix-du-plagiat_3743057_1819218.html Consulté le 12/09/2024.

c'est « à l'opinion publique seule qu'appartient le droit de (…) juger[1299] » le plagiaire et de le condamner, en se détournant par exemple de ses œuvres, à condition toutefois que le public soit à même de le constater.

866. La nécessité d'une sanction juridique adaptée. Toutefois, le plagiat n'est pas sans conséquence sur le sort de l'œuvre plagiée. Il peut être également source de préjudice moral pour celui ou celle qui en est victime. En effet, le fait de s'approprier une partie des efforts créatifs d'un auteur est constitutif de faits pouvant porter atteinte à sa situation patrimoniale. Comme le précisait le philosophe Lamothe Le Vayer, « on peut dérober à la façon des abeilles, sans faire tort à personne ; mais le vol de la fourmi qui enlève le grain entier ne doit jamais être imité[1300] ». En d'autres termes, le plagiat qui relègue l'œuvre première au second plan en anéantissant ou en paralysant toutes chances de succès doit être sanctionné. Dans cette analyse, il y a l'idée de l'intensité ou de degré dans le fait de plagier, ce qui n'est pas sans rappeler le trouble anormal du voisinage.

867. Le trouble anormal de voisinage. La nécessité de sanctionner le plagiat peut se justifier par la logique qui fondée la responsabilité du trouble anormal du voisinage. Concrètement, il s'agit d'un « dommage causé à un voisin qui, lorsqu'il revêt un caractère anormal, oblige son auteur à le réparer[1301] ». On parle d'anormalité parce qu'il y a l'idée qu'il est normal de subir des troubles qui sont inhérentes aux relations de voisinage. En effet, ce « dommage ne devient spécifique aux yeux de la jurisprudence [et de la loi] et ne mérite un traitement particulier que s'il est excessif, s'il atteint un certain seuil d'intolérance, autrement s'il devient anormal (…). Le trouble ressenti doit atteindre un certain degré, un certain seuil au-delà duquel il devient insupportable[1302] ». L'alinéa premier de l'article 1253 du Code civil[1303] dispose que « *le propriétaire, le locataire, l'occupant sans titre, le bénéficiaire d'un titre ayant pour objet principal de l'autoriser à occuper ou à exploiter un fonds, le maître d'ouvrage*

[1299] Alfred NION, *Droits civils des auteurs, artistes et inventeurs*, Joubert, 1846, p. 56.

[1300] Rapporté par Eugène Pouillet. V. Eugène POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, 3e éd., Imprimerie et librairie générale de jurisprudence Marchal et Billard, 1908, n°507, p. 536.

[1301] Brigitte BELLOIR-CAUX, *Dictionnaire de droit des biens, op. cit.* p. 475.

[1302] Christian LARROUMET (Dir.), Mireille BACAHE-GIBEILI, *Traité de droit civil, les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle, droit commun et régimes spéciaux*, Tome 5, 4e éd., Economica 2021, n°661.

[1303] La disposition émane de la Loi n° 2024-346 du 15 avril 2024 visant à adapter le droit de la responsabilité civile aux enjeux actuels.

ou celui qui en exerce les pouvoirs qui est à l'origine d'un trouble excédant les inconvénients normaux de voisinage est responsable de plein droit du dommage qui en résulte ». En droit d'auteur, il n'est pas interdit de s'inspirer des œuvres passées ou actuelles pour créer sa propre œuvre. On peut citer un auteur ou se référer à un autre, cela découle de la logique de la création. Mais lorsque cela excède le seul de tolérance, on serait dans une situation similaire aux troubles anormaux du voisinage. La jurisprudence se doit, dans ce cas, prendre en compte l'importance quantitative du plagiat, le nombre de passages ou de points communs par exemple, afin d'initier une sanction. Naturellement donc, la question de la nature de la sanction se pose, en ce sens que, comme il a été évoqué précédemment la qualification de la contrefaçon est aléatoire.

868. La piste de la responsabilité civile. La répression de la contrefaçon (pénalement ou civilement) bénéficie du principe de légalité des délits et des peines, issu de l'adage latin *nullum crimen, nulla pœna sine lege* (il n'y aucun crime, aucune peine, sans loi)[1304]. De ce fait, le plagiat n'étant pas préalablement défini et réprimé, il est difficile pour le juge d'entrer en condamnation. L'une des solutions envisageables est de se tourner vers le droit commun de la responsabilité, notamment sur le fondement de l'article 1240 du Code civil comme ce fût le cas pendant longtemps pour l'action en contrefaçon. Ce fondement est le mieux indiqué, en attendant que soit instituée une définition de la notion, étant donné que la définition de la faute est large et permet d'englober les agissements du plagiaire.

869. En vérité, cette idée n'est pas nouvelle. Par le passé, des auteurs, se basant sur le principe selon lequel tout préjudice mérite réparation[1305], ont estimé qu'il n'était pas logique de laisser le plagiat impuni, et qu'il fallait à certains égards l'assimiler à la contrefaçon pour permettre au juge d'entrer en condamnation sur le fondement de la responsabilité civile. Ainsi, pour Monsieur Merlin Daniels, rapporteur devant la Cour de cassation, « toutes les fois que le plagiat ne fait aucun tort à la propriété de l'auteur, que le second ouvrage ne peut, sous ce rapport, faire aucun préjudice au débit du premier, la question du simple plagiat n'est plus du ressort des tribunaux. Mais

[1304] Article 8 de la DDHC de 1789 : « *La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée* ».

[1305] Il est constamment jugé que « le préjudice résultant d'une infraction doit être réparé dans son intégralité, sans perte ni profit pour aucune des parties ». V. Crim. 15 janv. 2019, n° 17-87.480.

lorsqu'on a pillé l'ouvrage d'un auteur et que cette entreprise fait réellement tort à sa propriété, c'est à raison de ce préjudice que le plagiat prend le caractère de la contrefaçon défendue par la loi [1306]». Donc, il est tout à fait légitime de réagir face à l'atteinte que représente le plagiat sur le consentement de l'auteur, en ne se contentant pas uniquement de la seule sanction morale du plagiaire. Selon Monsieur Alfred Nion, « les tribunaux n'ont à examiner que le sort matériel de l'ouvrage, et ses résultats commerciaux. Si le plagiat a causé à l'auteur un tort pécuniaire, il cesse de n'être qu'un plagiat, il devient une contrefaçon[1307]». Ces perceptions sont un aperçu de la manière par laquelle la sanction du plagiat, sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile, a vu jour. Ces perceptions reposent pour l'essentiel sur un aspect essentiellement patrimonial. Après tout, le but du plagiaire consiste en quelque sorte à s'attribuer le mérite que l'auteur principal a réussi à construire par la seule force de son talent. La faute est le plus souvent fondée sur le parasitisme. Quant au préjudice, il est dans ce cas de nature économique.

870. La démarche est, somme toute, logique. En effet, sur la base de la règle *specialia generalibus derogant* (ce qui est spécial déroge à ce qui est général), le droit spécial reçoît prioritairement application. Cela dit, le droit spécial peut présenter des carences en termes de réponses sur certaines questions qui peuvent se révéler essentielles et qui méritent que l'on y apporte des réponses adéquates. C'est notamment le cas du plagiat, c'est-à-dire d'une atteinte évidente au consentement de l'auteur, mais pour laquelle les règles de la propriété intellectuelle ne donnent aucune définition, autrement dit ne prévoient aucune sanction. Dans une telle situation, il est logique d'interroger le droit commun de la responsabilité afin de lui faire jouer son rôle de sas de sécurité juridique. A ce propos, contrairement à ce que l'on croit souvent, la règle *specialia generalibus derogant* n'est pas une règle qui sert à résoudre les contradictions entre une règle générale et une règle spéciale. L'exemple du plagiat montre qu'elle permet au droit commun d'être un complément au droit spécial en cas de carence de ce dernier. A ce titre d'ailleurs, la rédaction de l'article 1105 alinéa 3 du Code civil, qui la consacre, est maladroite. Selon les termes de la disposition, « *les règles générales s'appliquent sous réserve [des] règles particulières* ». Cette façon de

[1306] Conclusion de Merlin DANIELS devant la Cours de cassation. V. Merlin, *Rép. de jurisp.*, v° plagiat, n° 2. V. également Adolphe CHAUVEAU, Faustin HELIE, *Théorie du Code pénal*, tome n°6, 3e éd. Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, p. 35.
[1307] Alfred NION, *Droits civils des auteurs, artistes et inventeurs*, *op.cit*. p. 56.

résumer le sujet laisse supposer que c'est à chaque fois qu'il y'a un conflit entre des règles de droit, l'une générale et l'autre spéciale, que le principe peut recevoir application. Or, « toutes les règles spéciales ne sont pas en contradiction avec les règles générales. Bien au contraire, les unes sont souvent le complément des autres. Par exemple, la garantie contre les vices cachés (règles spéciale) vient en complément des règles protectrices du consentement (règles générale)[1308] ». En droit d'auteur, l'impossibilité de sanctionner le plagiat par l'action en contrefaçon peut donc être compensée par l'action en responsabilité civile fondé sur le fait personnel, ce qui implique la faute. D'ailleurs, à ce titre, l'auteur victime peut tout à fait, sur le plan procédural, faire coexister les deux actions ou encore faire une demande subsidiaire de réparation en responsabilité civile pour parer à l'éventuel insuccès de la demande principale en contrefaçon.

871. Cette hypothèse, comme précisé ci-haut, a été vite comprise et proposée aussi bien par les auteurs anciens que contemporains. Ainsi, elle est abordée par exemple par Monsieur Marcelle Azéma dont la définition de la notion de plagiat met en exergue l'idée de préjudice subi par l'auteur par le comportement répréhensible du plagiaire. Pour lui, le plagiat c'est « l'atteinte volontairement dommageable à la propriété littéraire d'autrui et plus précisément, l'imitation frauduleuse de la pensée originale d'un autre[1309] ». Se pose alors la question de la façon dont la faute sera appréciée dans ce contexte. Il est établi que les idées sont de libre parcours. Autrement dit, il n'est pas interdit de s'approprier une idée et de l'exprimer d'une autre manière par la seule force de son talent. Par exemple, dans Phèdre de Jacques Pradon (dit aussi Nicolas Pradon), Hippolyte s'adresse à Aricie et il lui dit ceci[1310] :

> « *Depuis que je vous vis j'abandonne la chasse.*
>
> *Elle fut autrefois mon plaisir le plus doux,*
>
> *Et quand j'y vais ce n'est que pour penser à vous* ».

[1308] Olivier DESHAYES, Thomas GENICON, Yves-Marie LAITHIER, *Réforme du droit des contres, du régime général et de la preuve des obligations, commentaire article par article*, 2e éd., LexisNexis, 2016, p. 67.
[1309] Marcelle AZEMA, *De la responsabilité civile de l'écrivain, th.* Imprimerie J. Bière 1935, p. 35.
[1310] Exemple tiré de la thèse de Madame Marcelle AZEMA, *De la responsabilité civile de l'écrivain, op.cit.* p. 41.

A son tour, Racine fait dire ceci à son personnage :

« *Maintenant je me cherche et ne me trouve plus.*

Mon arc, mes javelots, mon char, tout m'importune,

Je ne me souviens plus des leçons de Neptune.

Mes seuls gémissements font retentir les bois,

Et mes coursiers oisifs ont oublié ma voix ! »

872. Entre ces deux versions, on retrouve la même idée, celle d'un personnage qui est perdu sans sa bien-aimée. Cependant, elle n'est pas exprimée de la même manière. Cela démontre que le plagiat, en l'occurrence littéraire, consiste à imiter de manière servile la forme d'une œuvre par le plagiaire. Dans l'exemple cité, Jean Racine ne plagie pas en ce sens qu'il ne reprend pas à son compte la composition ou la forme que donne Jacques Pradon à l'idée qui leur est commune. C'est pour cette raison que c'est aux juges du fond d'analyser au cas par cas, en faisant une comparaison méticuleuse et méthodique, point par point entre les deux œuvres pour voir s'il y a ou non plagiat[1311]. En ce sens, il a par exemple été jugé que « l'effort créateur de l'auteur d'une œuvre littéraire ou musicale ne peut être protégé que dans sa forme et dans ses éléments qui marquent la physionomie particulière de son œuvre, sa personnalité et son originalité ; l'idée et le sujet échappent au contraire à toute appropriation. En conséquence, n'est pas un plagiat et ne peut donner lieu à l'allocation de dommages-intérêts la transposition dans un film sonore du sujet d'une œuvre dramatique, alors que, d'une part, l'art cinématographique a des exigences et un génie propre, profondément différents de l'art dramatique, et que, d'autre part, l'action n'est pas située dans le même plan ni traitée sur le même ton[1312] ». Dans une décision encore plus récente, au visa de l'article 1240 du Code civil, la Cour de cassation a estimé que « les idées étant de libre parcours, le seul fait de reprendre, en le déclinant, un concept mis en œuvre par un concurrent ne constitue pas un acte de parasitisme[1313] ». Autrement dit, le fait

[1311] Tribunal de la Seine du 10 août 1883 ; *Gaz. des Trib.*, 11 août 1883 ; *Le droit d'auteur*, n°7, 15 juillet 1934, p. 78. Dans cette décision, il a été jugé qu'il revenait au juge « d'examiner avec soin les caractéristiques des œuvres ».
[1312] Tribunal de commerce de la Seine, 7e ch. 21 déc. 1933 ; *Le droit d'auteur*, n°7, 15 juillet 1934, p. 78.
[1313] Civ., 22 juin 2017, n° 14-20.310.

générateur de responsabilité, c'est-à-dire la faute, doit consister « dans l'atteinte causée à l'idée travaillée en conséquence, dans l'imitation servile de ce qui est déjà la forme ou encore dans la reproduction du sujet d'une œuvre d'imagination[1314] ». En ce sens, si, *in concreto*, le plagiaire ne viole aucune règle de droit, cependant, *in abstracto*, son comportement peut rentrer dans la définition de la faute. En effet, la faute consiste soit en la violation d'une règle de droit, soit dans le fait d'adopter un comportement qu'une personne normalement diligente placée dans la même situation n'aurait pas adopté. En l'espèce, « le modèle de comportement sera donc *le bon auteur, prudent et avisé*[1315] ». C'est-à-dire, qui fait preuve d'une vigilance normale à l'égard de son œuvre. Le choix de préférer la méthode *in abstracto* se justifie également par le fait que, comme le souligne le Professeur Christophe Caron, « le bon plagiaire est un contrefacteur intelligent. En effet, alors même qu'il pille autrui sans vergogne, il va s'ingénier à maquiller son délit afin de le rendre invisible ou imperceptible[1316]».

873. Un comportement parasitaire. L'idée de considérer le comportement du plagiaire comme étant parasitaire vient aussi de la difficulté de détecter le plagiat. Selon le Petit Larousse, le parasite désigne tout « organisme animal ou végétal qui se nourrit strictement aux dépens d'un organisme hôte d'une espèce différente, de façon permanente ou pendant une phase de son cycle vital ». Au sens figuré, c'est toute personne oisive qui vit aux dépens d'autrui. Dans le parasitisme, il y a l'idée d'un manque de volonté de ne pas fournir d'efforts personnels et de profiter du travail d'autrui pour parvenir à ses fins. C'est d'ailleurs ce qui ressort de la plupart des définitions que donne la jurisprudence sur la notion. Ainsi, il a été jugé par exemple que « le parasitisme économique est une forme de déloyauté (…) qui consiste, pour un opérateur économique, à se placer dans le sillage d'un autre afin de tirer indûment profit de ses efforts, de son savoir-faire, de la notoriété acquise ou des investissements

---

[1314] Marcelle AZEMA, *De la responsabilité civile de l'écrivain, op.cit.*

[1315] Pierre-Yves GAUTIER, « La bicyclette bleue n'est pas une contrefaçon d'Autant en emporte le vent », *D*, 1991, p.85. Plus loin dans le même article, le professeur Gautier fait un résumé précis de ce que consiste la faute du plagiaire. Pour lui, « la faute sera reconnue par le juge, s'il lui apparaît, avec la force d'une évidence morale, que la moyenne des autres auteurs du même genre, placée dans les mêmes circonstances, n'aurait pas ainsi emprunté à l'œuvre première, sans le consentement de l'auteur originaire, causant à ce dernier un dommage à la fois moral et financier (gain manqué pour l'absence d'autorisation) ».

[1316] Christophe CARON « Du plagiat considéré comme un des Beaux-Arts », *Comm. com. électr.* n° 5, mai 2013, repère 5.

consentis[1317]». Il ressort de cette définition qu'il n'y a pas un type de parasitisme. Outre le parasitisme d'investissement, il existe le parasitisme de notoriété ou encore le parasitisme qui consiste à tirer profit, sans contrepartie, de l'effort intellectuel fourni par la personne qui en est victime. De manière concrète par exemple, en matière littéraire, une décision du TGI de Lille a estimé « qu'en droit, le plagiat peut être défini comme l'existence entre deux romans de similitudes considérables qui ne peuvent être le fruit du hasard ni induites par la reprise de références communes, étant rappelé le principe fondamental par lequel les idées sont libres et de libres parcours. Et, le parasitisme se caractérise par la circonstance selon laquelle une personne, à titre lucratif et de façon injustifiée, s'inspire ou copie la valeur économique d'autrui, individualisée et procurant un avantage concurrentiel, fruit d'un savoir-faire, d'un travail intellectuel et d'investissement[1318] ». Ainsi, toutes les fois où le comportement du plagiaire est susceptible de causer préjudice, la jurisprudence considère que c'est une forme de « déloyauté constitutive d'une faute au sens de l'article 1240 du Code civil[1319] ». En ce sens, pour certains auteurs contemporains, à l'instar du Professeur Christophe Caron, « si le droit d'auteur est impuissant en l'absence d'une reproduction à l'identique ou d'une imitation illicite, il pourrait être possible d'utiliser le parasitisme car, au final, le plagiaire est un prototype de parasite puisqu'il pille la valeur créée par autrui sans bourse délier[1320] ». Cette approche est petit à petit en train d'être admise par la jurisprudence dans le domaine du droit d'auteur. Par exemple selon les faits de la décision du TGI de Lille précitée, une romancière, s'estimant plagiée, avait fait le choix d'agir non pas sur le fondement de l'action en contrefaçon de droit d'auteur, mais sur celui de la responsabilité civile de l'article 1240 du Code civil en invoquant le parasitisme. Pour le défendeur, l'action doit être requalifiée en action en contrefaçon en ce sens que « les faits de plagiat en cause ne peuvent exister sans contrefaçon ». Si

[1317] Com., 26 juin 2024, n° 23-13.535 ; *Dalloz actualité*, 11 juil. 2024, note Vincent GIOVANNINI. Dans un autre arrêt plus ancien, il a été jugé que « le parasitisme économique se définit comme l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire ». V. Com. 26 janv. 1999, n°96-22.457 ; *D.* 2000 p.87

[1318] TGI Lille, 12 février 2015 ; *Légipresse* 2015, p.356, note Alexandre ZOLLINGER. V. également Com. 10 juil. 2018, n°16-23.694 (*D.* 2018, p. 1549) qui juge qui jugé au visa de l'article 1240 du Code civil que « le parasitisme consiste, pour un opérateur économique, à se placer dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire, de la notoriété acquise ou des investissements consentis ».

[1319] Com., 26 juin 2024, n° 23-13.535 ; *op.cit.*

[1320] Christophe CARON, « Du plagiat considéré comme un des Beaux-Arts », *Comm. com. électr.* n°5, mai 2013, repère 5.

au final, la demanderesse a été déboutée de sa demande au fond, le tribunal a tout de même admis la recevabilité de son action sur le fondement de la responsabilité civile. Pour ce faire, les juges lillois ont estimé que la demanderesse devait seulement « démontrer effectivement l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité conformément aux conditions posées aux articles 1382 et 1383 du Code civil (devenus 1240 et 1241) et il appartient au tribunal d'examiner son action sur ce seul terrain et non sur les critères applicables en contrefaçon de droits d'auteur qui sont donc différents, de sorte qu'il ne peut davantage [lui] être reprochée (…) de procéder à une action en contrefaçon déguisée. En outre, rien dans le Code de la propriété intellectuelle [n'interdit] à un auteur d'agir sur le terrain du Code civil plutôt que sur les dispositions des articles L. 111-1 et suivants [du Code de la propriété intellectuelle][1321] ». Cette solution semble reconnaître un pouvoir discrétionnaire à l'auteur plagié en termes de choix entre le fait d'agir en contrefaçon de droit d'auteur ou sur le droit de la responsabilité civile. Toutefois, l'approche ne fait pas consensus. Pour certains, il s'agit d'une illustration du fait que l'action en parasitisme est complémentaire de l'action en contrefaçon. Par exemple pour Monsieur Alexande Zollinger, il semble « inexact de poser un tel caractère supplétif de l'action en contrefaçon : sans s'interroger sur le fait que l'action en contrefaçon paraît, par principe, plus intéressante que celle en responsabilité, cette apparente option méconnaitrait le caractère subsidiaire de l'invocation de la responsabilité civile délictuelle, en général, et du parasitisme, en particulier[1322]».

874. En tout état de cause, l'utilisation de l'action en parasitisme pour réprimer le plagiat est une autre manière de remédier à la carence des règles protectrices du droit d'auteur en matière de protection du consentement de l'auteur. Cette constatation s'est vérifiée récemment dans l'affaire dite *Liquidated Google* du nom d'une œuvre créée par l'artiste M. Aguirre Schwarz, spécialiste du *street* art. En effet, s'inspirant des signes distinctifs du moteur de recherche Google, l'auteur, qui se fait appeler également « Zevs », avait créé une œuvre dans laquelle on voit les lettres du logo *Google* de différentes couleurs qui dégoulinent. Par la suite, la société *Givenchy* met en circulation un t-shirt sur lequel on voit, écrit en capital, « *Givenchy* » avec les lettres qui sont également dégoulinantes. Pour « Zevs », il s'agit d'une contrefaçon de droit

[1321] TGI Lille, 12 février 2015 ; TGI Lille, 12 février 2015 ; *Légipresse* 2015, p.356, note Alexandre ZOLLINGER.
[1322] Alexandre ZOLLINGER, « Le plagiat, entre contrefaçon et parasitisme », *Légipresse*, 2015, p. 356.

d'auteur. Outre l'action en contrefaçon qu'il intente, il demande à titre subsidiaire la condamnation de *Givenchy* sur le fondement du parasitisme. En réponse, le TJ de Paris refuse les allégations de contrefaçon. Pour les juges parisiens, « la combinaison des caractéristiques originales de l'œuvre *Liquidated Google* ne sont pas reproduites par les vêtements litigieux : le logo *Google* de la marque n'est pas celui de l'œuvre invoquée, la combinaison des couleurs revendiquée, laquelle ne résulte pas d'un choix de l'artiste, est différente, de même que les vêtements de la défenderesse ne comportent pas de coulures, mais des broderies dont toutes ne débutent pas à la partie supérieure de chaque lettre. En l'absence de reproduction des caractéristiques originales de l'œuvre invoquée, la contrefaçon n'est pas établie ». En revanche, sa demande en parasitisme est favorablement accueillie étant donné que, pour les juges, « par l'association de sa marque en capitales de couleurs vives sur fond noir, avec des broderies de même couleur que chaque lettre destinées à créer un effet de coulures de peinture, la société *Givenchy* s'est directement inspirée des créations de [« Zevs »] et de sa démarche artistique consistant à donner l'illusion d'une liquéfaction du logo d'une marque de luxe, même si le détail des caractéristiques originales de l'œuvre *Liquidated Google* n'est pas exactement reproduit. Il en résulte que la société Givenchy s'est placée dans le sillage de M. [« Zevs »] et a tiré indûment profit de sa notoriété, engageant ainsi sa responsabilité à son égard[1323] ». Il ressort de la lecture de cette solution qu'en matière de plagiat, c'est fondamentalement le comportement du plagiaire qui est reprouvé. La preuve de ce comportement ne se lit pas forcément dans l'œuvre à raison de la subtilité qui caractérise la pratique et du fait que l'œuvre en question peut tout à fait être originale et rencontrer un public différent, voire le même que l'œuvre plagiée. La preuve ne se manifeste qu'à l'issue d'un examen méticuleux de comparaison entre les deux œuvres qui permet au juge de savoir si le comportement du plagiaire est fautif ou non. Par ailleurs, comme évoqué précédemment, l'action en responsabilité permet à l'auteur de faire sanctionner les atteintes au consentement toutes les fois où les règles de la propriété littéraire et artistique ne le permettent pas. Cette remarque est soulignée par le professeur Frédéric Pollaud-Dulian pour qui l'artiste, en l'occurrence « Zevs », « obtient en fin de compte par l'action en responsabilité civile ce qu'il ne pouvait obtenir par l'action en contrefaçon et même davantage, puisque c'est, au fond, un genre artistique ou un style qu'il parvient à

[1323] TJ Paris, 27 mars 2024, n° 21/04132, *Liquidated Google ; RTD Com.* 2024 p.271, note Frédéric POLLAUD-DULIAN.

monopoliser ainsi malgré le principe de non-protection des idées… On peut n'être pas convaincu[1324] ».

875. Par ailleurs, outre le parasitisme, se pose la question de la possibilité d'envisager la sanction du plagiat par l'enrichissement sans cause (devenu enrichissement injustifié depuis l'ordonnance du 10 février 2016).

876. Enrichissement injustifié. Le principe de l'enrichissement injustifié, autrefois enrichissement sans cause, est d'origine doctrinale et prétorienne. Selon ce principe, « nul ne peut s'enrichir sans cause au détriment d'autrui[1325] ». Aujourd'hui, il a été introduit dans le code civil par l'ordonnance du 10 février 2016[1326] à travers les articles 1303 et suivants du Code civil. Selon le premier de ces articles, « *en dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu, celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement* ». La disposition suivante, en l'occurrence l'article 1303-1, précise que « *l'enrichissement est injustifié lorsqu'il ne procède ni de l'accomplissement d'une obligation par l'appauvri ni de son intention libérale* ». En droit d'auteur, lorsque le plagiat est considéré comme du parasitisme, il a pour finalité l'immixtion du plagiaire « dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire[1327] ». En effet, le plagiaire utilise de manière subtile les éléments de formes ou de composition d'une œuvre originale sans le consentement de l'auteur. Lorsque l'œuvre, fruit du plagiat, rencontre le succès, donc génère des revenus, le plagiaire s'enrichit de manière injustifiée, étant donné que les éléments essentiels de son œuvre ne sont pas de lui. De ce point de vue, il est tout à fait logique de lui appliquer le principe de l'enrichissement injustifié. Cette analyse correspond à la vision de Monsieur Eugène Pouillet pour qui « tant que le plagiaire ne s'appropriait que le mérite de l'ouvrage, le tribunal de l'opinion publique suffisait ; mais, lorsqu'il s'apprête à

[1324] Frédéric POLLAUD-DULIAN, « La création, ça dégouline : du street art au prêt-à-porter », *RTD com.* 2024, p. 271.
[1325] Civ. 1re, 11 mars 2020, n°18-14.673 ; *Dalloz Etudiant*, 29 avril 2020, note Merryl HERVIEU.
[1326] Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.
[1327] Com., 26 janvier 1999, n°96-22.457.

s'enrichir avec le travail d'autrui, il est naturel que le législateur apparaisse et, suivant l'éternel principe de justice, rendre à chacun ce qui est à chacun[1328] ».

877. En effet, les conditions de ce principe sont faciles à réunir en matière de plagiat. Premièrement, l'appauvri, en l'occurrence l'auteur de l'œuvre plagiée, n'a pas donné son consentement comme l'exige l'article 1303-1 du Code civil. Deuxièmement, il n'a accompli aucun acte « *en vue d'un profit personnel* » ou constitutif d'une faute comme le prévoit l'article 1303-2 du même code. Sur ce point, la Cour de cassation a déjà précisé qu'en « cas d'enrichissement injustifié, le succès de l'action de *in rem verso* dépend de l'absence de faute, même simple, de l'appauvri[1329] ». Le fait de créer une œuvre de l'esprit, de la divulguer et, dans une certaine circonstance, de refuser la reproduction partielle ou totale de cette œuvre, n'est pas constitutif de faute. De même, dans l'hypothèse d'un contrat de cession de droit d'auteur, selon l'article L. 122-7 du Code de la propriété intellectuelle, la cession d'un droit de représentation ne vaut pas pour la reproduction de l'œuvre, et inversement. Ainsi, par exemple le cessionnaire d'un droit de représentation ne pourrait pas se fonder sur le contrat de cession pour reproduire l'œuvre et échapper à l'accusation de l'enrichissement injustifié. Troisièmement, l'action de l'auteur sur le fondement de l'enrichissement injustifié peut tout à fait être subsidiaire comme l'exige l'article 1303-3 du Code civil qui dispose que « *l'appauvri n'a pas d'action sur ce fondement lorsqu'une autre action lui est ouverte ou se heurte à un obstacle de droit, tel que la prescription* ». Dans le même ordre d'idées, à travers un arrêt de 1915, la Cour de cassation a estimé que « l'action de *in rem verso* ne doit être admise que dans les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant sans cause légitime enrichi au détriment de celui d'une autre personne, celle-ci ne jouirait, pour obtenir ce qui lui est dû, d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit, et qu'elle ne peut être intentée en vue d'échapper aux règles par lesquelles la loi a expressément défini les effets d'un contrat déterminé[1330] ». Ici, en s'appuyant sur le fait que le plagiat n'est pas prévu dans le Code de la propriété intellectuelle et, dans une certaine mesure, la difficulté liée à la preuve du parasitisme, l'auteur peut tout à fait prouver le caractère subsidiaire de son action

[1328] Eugène POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, *op. cit*. p.5.
[1329] Civ. 1re, 11 mars 2020, 18-14.673 ; *Dalloz Etudiant*, 29 avril 2020, note Merryl HERVIEU. V. notamment Merryl HERVIEU, « S'enrichir sans cause, s'appauvrir sans faute », *Dalloz Etudiant*, 29 avril 2020.
[1330] Civ. 2 mars 1915, n°000011, *Ville de Bagnères-de-Bigorre c. Briauhant*; *GAJC*, 11e éd., n° 228.

fondée sur l'enrichissement injustifié. Donc, s'il existe des faits suffisants pour caractériser la responsabilité délictuelle par exemple, l'action principale de l'auteur plagié devra se fonder sur ce fondement. Subsidiairement, rien ne l'empêche également d'invoquer l'enrichissement injustifié. En résumé, la situation du plagiaire est comparable à l'analyse faite par Louis-Joseph Faure sur « l'enrichissement sans cause » du propriétaire d'un immeuble. Selon lui, « il arrive souvent que le propriétaire qui recueille les fruits de la chose n'a pas lui-même fait les frais de la culture. Nul doute qu'il ne doit les rembourser à celui qui les a faits. Cette obligation est fondée sur une des premières règles d'équité, qui ne veut pas qu'une personne s'enrichisse aux dépens d'autrui[1331] ».

878. Par ailleurs, il est aussi possible d'envisager une solution similaire à celle prévue par l'accession immobilière prévue par l'article 554 du Code civil qui dispose que « *le propriétaire du sol qui a fait des constructions, plantations et ouvrages avec des matériaux qui ne lui appartenaient pas doit en payer la valeur estimée à la date du paiement ; il peut aussi être condamné à des dommages-intérêts, s'il y a lieu : mais le propriétaire des matériaux n'a pas le droit de les enlever*[1332] ». L'idée ici c'est de trouver une solution à l'amiable. L'auteur qui accepte la réparation du préjudice subi, en renonçant par exemple à la destruction de l'œuvre du plagiaire.

879. En conclusion de cette section, « la contrefaçon a comme proche parent le plagiat ; l'un et l'autre se ressemblent tant qu'il est parfois difficile de les distinguer ; la loi ne saurait poser de règles précises à cet égard ; elle doit s'en rapporter à la sagacité des juges (…)[1333] ». Récemment par exemple, la Cour d'appel de Paris a rendu une décision allant dans le sens de la protection du consentement de l'auteur en précisant que l'action en contrefaçon était ouverte à toute personne ayant un intérêt à agir. Selon

---

[1331] Louis-Joseph FAURE, « Rapport sur la future loi du 6 pluviôse an XII (27 janvier 1804) sur la propriété, Tribunat, 30 nivôse an XII (21 janvier 1804), *ibid*., p. 134-153, p. 137-138.

[1332] On peut retrouver le même principe dans un discours de Portalis sur le droit de propriété dont voici le contenu : « Nous nous sommes occupés de l'hypothèse où le propriétaire d'un fonds fait des plantations et constructions avec des matériaux qui appartiennent à un tiers. Nous avons pensé, dans une telle hypothèse, que ce tiers n'a pas le droit d'enlever ses matériaux, mais que le propriétaire du fond doit en payer la valeur, et qu'il peut même, selon les circonstances, être condamné à des dommages et intérêts. Cela est fondé sur le principe que personne ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui ». (J.-E.-M Portalis, *Exposé des motifs de la future loi du 6 pluviôse an XII (27 janvier 1804) sur la propriété*, Corps législatif, 26 nivôse an XII (17 janvier 1804) *in* Fenet. XI, p. 127.).

[1333] Alcide DARRAS, *Traité théorique et pratique de la contrefaçon*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts du Journal du palais, 1895, p. 87, n°1344.

les juges parisiens, « l'action en contrefaçon de droit d'auteur (hormis la saisie-contrefaçon) n'est (…) pas une action réservée. Le demandeur en contrefaçon n'a donc pas à prouver sa qualité, mais seulement son intérêt. Un tel intérêt, qui n'est pas soumis à la preuve du bienfondé de l'action, est suffisamment caractérisé par l'invocation d'un préjudice personnel imputé au défendeur (…)[1334] ». Ainsi, les juges doivent avoir à l'esprit que ce n'est pas parce que l'auteur d'une œuvre de l'esprit échoue sur le terrain de la preuve de l'action en contrefaçon de droit d'auteur qu'il devient impossible pour lui de revendiquer un préjudice du fait du plagiat. La preuve d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre les deux doit suffire à lui reconnaître un droit à réparation étant donné qu'il est de principe que « le propre de la responsabilité civile est de rétablir, aussi exactement que possible, l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu, sans perte ni profit pour elle[1335] ». S'inscrire dans une telle démarche intellectuelle permettra de répondre à toutes nouvelles pratiques qui porteraient atteinte au consentement de l'auteur, à l'instar des craintes que suscitent le développement de l'intelligence artificielle générative, ou créative pour le cas spécifique des œuvres de l'esprit, dans le domaine du droit d'auteur.

Section 2 : L'intelligence artificielle générative et l'atteinte au consentement de l'auteur

880. Le développement de l'intelligence artificielle (IA) est une véritable révolution dans une société habituée jusque-là à l'utilisation des moyens de production classiques ou analogiques notamment pour les créations intellectuelles. L'idée qu'une IA puisse générer des contenus avec un résultat proche d'un travail réalisé par l'humain, parfois en totale autonomie, ne peut pas ne pas être sans conséquence sur le droit d'auteur, notamment sur celui du consentement de l'auteur. Comprendre le mécanisme de l'IA générative en matière de création intellectuelle sera une première étape (**§1**) sur le chemin menant à la recherche de solutions qui permettront d'assurer le respect des droits d'auteur. Etant donné que c'est surtout un enjeu de respect des droits en amont et de rémunération juste et équitable (**§2**).

[1334] TJ Paris, 13 sept. 2024, n° 22/06613 ; *JurisData* n° 2024-019811 ; *Comm. com. électr.* n° 11, nov. 2024, alerte 321, veille par Cabinet Racine.

[1335] Com., 12 févr. 2020, n° 17-31.614 ; *Légipresse* 2020 p.472. Dans le même sens, V. Civ. 2e, 9 nov. 1976, n° 75-11.737.

§1 : Le mécanisme de l'intelligence artificielle générative

881. La définition de l'intelligence artificielle générative en droit d'auteur s'appuie, pour l'heure, essentiellement sur la manière dont le mécanisme fonctionne (**A**). S'agissant du droit d'auteur, le mécanisme est basé, en grande partie, sur une phase d'entrainement qui consiste à utiliser des œuvres de l'esprit préexistantes sans le consentement de leurs auteurs (**B**).

A : DEFINITION DE L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE

882. Définition. Selon le petit Larousse, le mot intelligence est un dérivé du latin *intelligentia*. Ce qui signifie « la faculté de comprendre, de saisir par la pensée ; c'est aussi l'ensemble des fonctions mentales ayant pour objet la connaissance conceptuelle et rationnelle ». De cette définition, on constate que l'intelligence est une donnée propre aux humains, même si on ne peut exclure une certaine forme d'intelligence chez certains animaux, notamment à raison de la reconnaissance par la loi du fait qu'ils « *sont des êtres vivants doués de sensibilité*[1336]». L'ajout du qualificatif « artificiel » rappelle tout simplement que l'intelligence artificielle est une intelligence spécifique en ce sens qu'elle n'existe pas par elle-même, mais qu'elle demeure avant tout une émanation humaine. C'est ailleurs ce qui ressort de la définition couramment utilisée à ce sujet qui permet de la considérer comme un ensemble de « théories et de techniques mises en œuvre pour réaliser des machines dont le fonctionnement s'apparente à celui du cerveau humain[1337] ». Autrement dit, si Dieu a créé l'homme à son image, comme le proclament les religions, l'être humain, à son tour, a créé l'intelligence artificielle à son image.

883. Sur le plan juridique, une définition s'est progressivement construite. Par exemple, pour la CNIL, l'intelligence artificielle est « un système capable de créer du texte, des images ou d'autres contenus (musique, vidéo, voix, *etc.*) à partir d'une instruction d'un utilisateur humain. Ces systèmes peuvent produire de nouveaux contenus à partir de données d'entraînement[1338] ». Cette définition s'inspire de celle

---

[1336] Article 515-14 Code civil : « *les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens* ».
[1337] *Le petit Larousse illustré* 2012, p. 581.
[1338] https://www.cnil.fr/fr/intelligence-artificielle-le-plan-daction-de-la-cnil#:~:text=Qu%27est%2Dce%20qu%27,partir%20de%20donn%C3%A9es%20d%27entra%C3%AEnement. Consulté le 20/09/2024.

préconisée par le parlement européen pour qui l'IA « désigne la possibilité pour une machine de reproduire des comportements liés aux humains, tels que le raisonnement, la planification et la créativité. L'IA permet à des systèmes techniques de percevoir leur environnement, gérer ces perceptions, résoudre des problèmes et entreprendre des actions pour atteindre un but précis[1339] ». Dans toutes ces descriptions, l'idée principale tourne autour de l'autonomie voire de l'indépendance de l'intelligence artificielle en matière d'initiative et d'exécution des taches. Autrement dit, il s'agit de faire intervenir le moins possible l'humain dans le processus de traitement des données de telle manière que le résultat obtenu ne puisse pas être considéré comme le fait de l'homme. C'est ce qui ressort de la définition retenue l'IA *Act,* c'est dire le Règlement européen sur l'intelligence artificielle[1340]. Selon le premier article de ce règlement, le « système d'IA » est « un système automatisé qui est conçu pour fonctionner à différents niveaux d'autonomie et peut faire preuve d'une capacité d'adaptation après son déploiement, et qui, pour des objectifs explicites ou implicites, déduit, à partir des entrées qu'il reçoit, la manière de générer des sorties telles que des prédictions, du contenu, des recommandations ou des décisions qui peuvent influencer les environnements physiques ou virtuels ».

884. Distinction avec les robots. C'est donc en cela que l'IA doit être distinguée des machines ou des robots dans le processus d'exécution des tâches, ou de création artistique pour le cas spécifique du droit d'auteur. En effet, le critère de distinction doit être fondé sur l'autonomie en matière de création. Par exemple, dans les créations robotiques, le robot est considéré comme un outil au même titre qu'un pinceau est au service de l'artiste plasticien par exemple. En effet, pour la création d'une œuvre par l'intermédiaire d'une machine ou d'un robot, l'auteur fait faire par la machine des tâches avec des informations précises et spécifiques de telle sorte qu'au final, il obtient exactement le résultat qu'il voulait. En quelque sorte, il guide la machine qui lui obéit parfaitement. Par exemple, l'utilisation d'un logiciel de retouche de photos n'exclut pas l'expression de la personnalité de l'auteur du cliché. Le logiciel qui lui permet d'utiliser différentes palettes de couleurs lui sert non seulement de matériau, mais aussi de matériel. Le résultat obtenu est dans cette hypothèse indépendant de toute initiative

[1339] https://www.europarl.europa.eu/topics/fr/article/20200827STO85804/intelligence-artificielle-definition-et-utilisation Consulté le 20/09/2024.
[1340] Règlement (UE) 2024/1689 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (…).

autonome par le logiciel. C'est ce qui fait dire à Monsieur Yves Gaubiac que « dans la création assistée par ordinateur, l'utilisateur de l'ordinateur a un rôle actif dans le processus créatif, la machine n'étant qu'un outil dans la main de l'homme ; elle permet la création d'une œuvre finale indépendante du logiciel. (…). On ne peut alors que constater l'autonomie de l'œuvre par rapport au logiciel. L'ordinateur n'est qu'un outil pour l'artiste, un instrument qui lui permet de réaliser son chef-d'œuvre[1341] ». De ce point de vue, il n'y a pas de conséquence juridique notable, les règles classiques de protection des droits d'auteur devraient pouvoir s'appliquer sans aucune difficulté[1342].

885. En revanche, pour les œuvres issues de l'intelligence artificielle générative ou créative, la machine n'est pas considérée comme quelque chose qui assiste la personne humaine dans le processus de création[1343]. Loin d'être confinée au rôle de simple matériau, elle produit des résultats, certes à la requête de l'humain, mais qui lui sont propres. En effet, le fait de lui adresser des requêtes ne garantit pas que l'intelligence artificielle produise un résultat attendu, au contraire le résultat est aléatoire, celui-ci pouvant être différent d'une requête à une autre. Ainsi, l'intervention humaine n'est pas considérée comme essentielle, ni déterminante. Le processus de création traditionnelle est dès lors bouleversé en ce sens que c'est l'humain qui assiste la machine et non plus désormais l'inverse[1344]. Ce constat contredit ceux qui estiment que « la production et la capacité de production des systèmes d'IA ne constituent qu'un matériau nouveau, accompagné des évolutions logicielles devenues habituelles pour la

---

[1341] Yves GAUBIAC, « Œuvres créées avec un ordinateur », *Jcl. Propriété littéraire et artistique*, Fasc. 1164, fév. 2014.

[1342] Il a par exemple été jugé que « la composition musicale assistée par ordinateur, dès lors qu'elle implique une intervention humaine, du choix de l'auteur (…) conduit à la création d'œuvres originales », TGI Paris 5 juil. 2000, n° 97/24872, Matt Cooper c/ Société Ogilvy et Mather. V. aussi Bordeaux, 31 janv. 2005 (n° 03/05512) qui juge « qu'une œuvre de l'esprit même créée à partir d'un système informatique peut bénéficier des règles protégeant les droits d'auteur, à condition qu'elle laisse apparaître même de façon minime l'originalité qu'a voulu apporter son concepteur ».

[1343] Alexandra BENSAMOUN, Julie GROFFE-CHARRIER, « Création numérique » in *Répertoire de droit civil*, avr. 2024, n°84.

[1344] Jeanne GAUTHIER, « L'IA générative dans l'art : le droit d'auteur bousculé », *Quantmetry.com,* 07/09/2023 https://www.quantmetry.com/blog/lia-generative-dans-lart-le-droit-dauteur-bouscule/ Consulté le 23/09/2024. V. également : « Intelligence artificielle et droit d'auteur », *Ministère de la Culture* :https://www.google.fr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjX0vqU4pKJAxVlUKQEHR3JHS8QFnoECBcQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.culture.gouv.fr%2Fcontent%2Fdownload%2F263325%2Ffile%2FAnnexe%25204%2520DGFLA.pdf%3FinLanguage%3DfreFR%26version%3D1&usg=AOvVaw0UYazuMC1pWn1ixGIdYDNM&opi=89978449Consulté le 23/09/2024.

musique ou l'image[1345] ». En résumé l'intelligence artificielle ne peut plus être considérée comme une simple technique nouvelle au service de la création littéraire et artistique.

886. Cependant, malgré son degré d'autonomie poussé, en ce sens qu'il y a des IA entièrement autonomes, l'IA n'a pas de conscience créative propre étant donné qu'elle n'est pas consciente de son existence. Sur ce point, il faut souligner que cela ne veut pas dire forcément qu'il faille avoir une conscience établie pour créer une œuvre de l'esprit. Il a été démontré dans la première partie de cette thèse que l'enfance, l'insanité d'esprit par exemple n'empêchent pas la création d'une œuvre originale en ce sens qu'elles ne sont pas exclusives de la qualité d'auteur[1346]. En revanche, si l'IA crée des œuvres, c'est bien par ce qu'elle a été préalablement entrainée à le faire sur de grandes quantités d'œuvres préexistantes. D'où la question du consentement des auteurs de ces créations et de leur rémunération.

B : LE CONSENTEMENT DES AUTEURS DES ŒUVRES PREXISTANTES

887. Pour nourrir et entrainer l'intelligence artificielle générative, ce sont des œuvres littéraires et artistiques qui sont utilisées. Or, il peut s'agir d'œuvres protégées ce qui suppose d'obtenir en principe l'autorisation avant toute utilisation. Compte-tenu de l'énorme quantité d'œuvres dont le mécanisme a besoin pour s'entrainer, on peut douter du fait qu'il soit possible d'identifier et d'obtenir l'autorisation de chaque auteur dont l'œuvre est susceptible d'alimenter l'IA. A l'exception notable des œuvres tombées dans le domaine public, il va de soi que l'utilisation des œuvres dans ce cadre sans le consentement de leurs auteurs est assimilable à une contrefaçon au sens du droit d'auteur. Peut donc aussi se poser la question de droit à rémunération des œuvres payantes qui ont, peut-être, été aspirées sans le consentement de leurs auteurs ou des leurs ayants droit.

888. La qualification de contrefaçon. L'alinéa premier de l'article L. 123-1du Code la propriété intellectuelle dispose que « *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*

[1345] *Commission de l'intelligence artificielle,* mars 2024, p.52. V. Mission d'appui du CGE à la Commission de l'intelligence artificielle | Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie et Ministère chargé du Budget et des Comptes publics (economie.gouv.fr) Consulté le 16/10/2024.
[1346] Sur la question, v. notamment : Noémie ENSER, *Conscience de la création et droit d'auteur*, th. LexisNexis, 2022.

pécuniaire ». Ce droit d'exploitation comprend le droit d'autoriser et d'interdire toute utilisation par les tiers de son œuvre. Selon les termes de l'article L. 122-4 du même Code, « *toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite. Il en est de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque* ». Selon ces dispositions, il est possible d'estimer que le procédé qui consiste à se servir des œuvres protégés sans le consentement de leurs auteurs pour entrainer l'intelligence artificielle est un acte de contrefaçon. La contrefaçon dans ce cas peut être qualifiée d'acte de reproduction, d'adaptation ou de représentation au détriment du consentement de l'auteur.

889. S'agissant de la qualification d'acte de reproduction, il est établi que le droit de reproduction est une composante du droit d'exploitation attribué à l'auteur[1347]. Selon l'article L. 122-3 du Code de la propriété intellectuelle, « *la reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte. Elle peut s'effectuer notamment par imprimerie, dessin, gravure, photographie, moulage et tout procédé des arts graphiques et plastiques, enregistrement mécanique, cinématographique ou magnétique. Pour les œuvres d'architecture, la reproduction consiste également dans l'exécution répétée d'un plan ou d'un projet type* ». Le fait de qualifier de reproduction l'utilisation des œuvres pour entrainer l'IA créative peut ne pas être dénué de sens, étant donné que la disposition précitée n'est pas spécifique à un procédé de reproduction précis. Au contraire, elle est rédigée de manière abstraite de telle sorte que toute nouvelle technique de reproduction puisse être concernée, à l'instar de l'IA. De plus, le constat d'une contrefaçon ne suppose ni une appréciation de la qualité de l'œuvre présumée contrefaisante ni de la bonne foi de son auteur. C'est ce qui fait dire à certains qu'une « œuvre générée par intelligence artificielle peut être reconnue et protégée par le droit d'auteur tout en étant potentiellement une contrefaçon au titre des données appropriées[1348] ». Cette analyse est d'autant plus pertinente que l'article 2 de la directive 2001/29[1349] reconnait à l'auteur « *le droit exclusif d'autoriser ou*

[1347] Article L. 122-1 du Code de la propriété intellectuelle : « *Le droit d'exploitation appartenant à l'auteur comprend le droit de représentation et le droit de reproduction* ».
[1348] Tom LEBRUN, « L'apprentissage machine est une appropriation », *Les Cahiers de propriété intellectuelle*, vol. 30, n° 3, 2018, p. 894.
[1349] 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.

d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie » de son œuvre. Aussi, il est possible d'envisager la qualification de plagiat, étant donné que les utilisateurs ont la possibilité de faire des requêtes de types : « fait moi un poème à la minière de tel poète ou de tel écrivain. Ou encore compose moi une musique à la manière de tel musicien » !

890. Cela dit, l'entraînement de l'IA sert à fixer l'œuvre, mais pas pour la communiquer au sens strict. L'œuvre qu'elle crée est une création nouvelle. C'est un peu comme un écrivain qui lit des livres et qui écrit le sien ou encore un peintre ou un musicien qui écoute de la musique avant de composer la sienne. C'est pourquoi, certains soutiennent qu'en « matière de création par une IA, la reproduction ne vise qu'à extraire le contenu informationnel de l'œuvre ingérée[1350] » et ne peut donc pas être considérée comme une reproduction au sens juridique du terme, mais comme un acte technique. Autrement dit, on ne peut voir dans le fait d'utiliser des œuvres, ou en tout cas une partie de ses aspects, en vue d'entrainer l'*IA,* comme un acte de contrefaçon. Cette approche semble être validée par la CJUE dans l'affaire dite *Pelham*. En l'espèce, il était question de savoir si l'échantillonnage musical (*sampling*) sans le consentement de l'auteur pouvait être considéré comme de la contrefaçon de droit d'auteur. A cette question, la Cour a commencé d'abord par rappeler qu'en principe, « la reproduction par un utilisateur d'un échantillon sonore, même très bref, d'un phonogramme doit, en principe, être considérée comme une reproduction « en partie » de ce phonogramme, au sens de ladite disposition, et qu'une telle reproduction relève donc du droit exclusif conféré par celle-ci au producteur d'un tel phonogramme », mais que, « cela étant, lorsqu'un utilisateur, dans l'exercice de la liberté des arts, prélève un échantillon sonore sur un phonogramme, afin de l'utiliser, sous une forme modifiée et non reconnaissable à l'écoute, dans une nouvelle œuvre, il y a lieu de considérer qu'une telle utilisation ne constitue pas une « reproduction », au sens de l'article 2, sous *c)*, de la directive 2001/29[1351] ». Dans une décision de mai 2024, le TJ de Paris adopté une

[1350] *Mission intelligence artificielle et culturelle*, rapport CSPLA, 27 janv. 2020, p. 51.

[1351] CJUE, 29 juill. 2019, *aff*. C-476/17, *Pelham* (spéc. les points 29 et 31)*; D.* 2019. 1742, note G. QUERZOLA. Dans le même sens, en droit interne, la Cour de cassation a par exemple pu juger qu'en « cas de *sample*, il n'y a pas d'atteinte au droit d'auteur par la partie reprise d'une œuvre musicale constituée du seul accord introductif d'une durée de moins de deux secondes qui n'est pas un élément déterminant qui permet de caractériser la personnalité de l'auteur et ne participe pas de l'originalité de l'œuvre

analyse similaire à l'occasion d'un litige sur la contrefaçon. Selon le Tribunal, « la reprise d'une création visuelle de guirlandes lumineuses dans une vidéo promotionnelle nocturne des décorations de rue pour les fêtes de fin d'année n'est pas constitutive d'une contrefaçon dès lors que les caractéristiques originales de l'œuvre ne sont pas identifiables. Cela ne constitue pas non plus du parasitisme, car la vidéo publicitaire diffère significativement de l'apparence réelle des illuminations[1352] ». L'approche adoptée par ces deux solutions met en avant l'absence d'identification des caractéristiques originales dans la seconde œuvre. Mais qu'en est-il si les éléments qui caractérisent l'originalité sont identifiables dans le produit généré par l'IA ? D'abord, la décision *Pelham* signifie que, sur le fondement de la liberté de la création et lorsque l'œuvre finale créée à partir de l'échantillon ne comporte pas d'éléments considérés comme substantiels de l'œuvre initiale, il n'y a pas de reproduction. Cette solution, « transposée aux créations générées (et même assistées) par une *IA*, (…) pourrait conduire à considérer l'exclusion du champ de la protection pour les reproductions en amont des œuvres (comme données d'entraînement) dans l'*IA*, dans la mesure où ces œuvres ne sont en principe pas reconnaissables dans la création finale[1353] ». En d'autres termes, il ne peut y voir contrefaçon que lorsqu'une partie substantielle de l'œuvre initiale apparaît dans l'œuvre créée par l'IA en ce sens que « c'est au travers de cette dernière que l'on pourra considérer si oui ou non une appropriation a bien été effectuée lors de la création d'œuvres à l'aide d'intelligence artificielle[1354]». De ce point de vue, il n'y aurait pas de règle spéciale pour l'IA car cette règle est applicable quel que soit le procédé de reproduction.

891. Néanmoins, admettre cette approche comme solution définitive reviendrait à contribuer à affaiblir le droit exclusif de l'auteur. En effet, comme précisé précédemment, l'œuvre créée par l'intelligence artificielle n'est pas le fait du hasard. Cette œuvre ne peut exister sans les œuvres primitives desquelles elle s'est nourrie. La logique du droit d'auteur voudrait donc que l'on encadre le processus afin que soit

---

première prise dans son ensemble et il n'y a pas d'atteinte aux droits voisins si la preuve de la reprise et de l'incorporation d'un extrait de l'enregistrement de l'œuvre première n'est pas rapportée, notamment s'il est établi que l'accord litigieux a été réenregistré par un autre artiste-interprète ». V. Civ. 1re, 8 févr. 2023, n°21-24.980; *Dalloz IP/IT* 2023 p.299, obs. Guillem Querzola.

[1352] TJ Paris, 16 mai 2024, n° 20/0634 ; *Comm. com. électr.* n° 7-8, juil-août 2024, alerte 209, veille Cabinet Racine.

[1353] *Mission intelligence artificielle et culturelle*, *op.cit*. p. 52.

[1354] Tom LEBRUN, « L'apprentissage machine est une appropriation », *op.cit ;* p. 913.

respecté le consentement de l'auteur initial avant tout acte de reproduction de son œuvre, quelle que soit la technique utilisée.

892. Cette suggestion est également valable pour ceux qui réfutent, non sans raison, le fait que l'on qualifie le processus d'entrainement de l'intelligence artificielle de « représentation non autorisée », donc de contrefaçon. Le principe du respect du consentement de l'auteur doit être maintenu, même si la représentation de l'œuvre, c'est à dire sa communication au public, ne peut pas être assimilée avec le fait de l'utiliser pour entrainer l'intelligence artificielle créative. En effet, comme il est souligné dans le rapport du CSPLA sur la question, « les œuvres « ingérées » par l'IA ne sont pas classiquement exploitées : elles sont déconstruites, décomposées, afin d'élaborer un modèle reposant sur les spécificités communes de celles-ci. Elles sont ainsi utilisées non pour elles-mêmes, mais pour leur valeur informationnelle. L'œuvre est, en quelque sorte, « data-ifiée ». Ce que l'IA utilise dans son processus créatif est moins l'œuvre primaire que les traits caractéristiques qu'elle a identifiés ».

893. En résumé, il est possible de tourner la question dans tous les sens, on reviendra toujours à la question du respect du consentement de l'auteur. En effet, si l'on admet qu'il n'y a aucun acte d'exploitation au sens juridique et patrimonial du terme de l'œuvre « ingérée » par l'intelligence artificielle, il y a tout de même atteinte à certains attributs du droit moral de l'auteur : en l'occurrence le droit à la paternité et surtout le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre en ce sens que le processus implique la modification de l'œuvre par l'IA pour lui permettre d'en créer une nouvelle. Cette réalité amène d'ailleurs à s'interroger sur le statut juridique que l'on peut attribuer aux œuvres créées par l'intelligence artificielle.

§2 : Le statut de l'œuvre générée par l'intelligence artificielle

894. On parle « d'œuvre générée » au lieu « d'œuvre créée » par l'intelligence artificielle. Une utilisation de la seconde expression aurait contribué à considérer les œuvres qui en sont issues comme des créations conscientes de l'*IA*. Cet état de fait pose deux questions : celle de l'applicabilité de la législation actuelle sur ces créations (A) et celle de son incidence sur le consentement de l'auteur de l'œuvre originale (B).

A : L'APPLICABILITE DE LA LEGISLATION ACTUELLE

895. Même si le principe de l'intelligence artificielle créative suppose une utilisation limitée du « *prompt engineering »,* contrairement aux créations à l'aide des robots ou machines, l'œuvre qui résulte du mécanisme de l'IA ne procède pas d'un choix conscient. D'où la question de son originalité, notamment du fait de la quasi-relégation au second plan de l'humain dans le processus final de création.

896. L'originalité de l'œuvre générée par l'IA. La réponse à l'interrogation suscitée par l'originalité des créations de l'IA est somme toute relativement simple. En effet, l'œuvre est considérée comme originale lorsque l'auteur réussit à lui imprimer l'empreinte de sa personnalité en « *effectuant des choix libres et créatifs*[1355] ». Cette définition accorde une importance particulière au résultat plutôt qu'au processus ayant mené à la création de l'œuvre. En ce sens d'ailleurs, Madame Noémie Enser estime que « la création ne peut être appréhendée que comme un résultat qui se constate, sans qu'il ne soit utile de s'attacher au processus qui l'a conduite à voir le jour[1356] ». Cette conception s'inscrit dans la logique de ceux qui se demandent « si l'originalité *de l'œuvre* ne devrait pas être recherchée dans l'œuvre, plutôt que dans l'auteur[1357] ». Pourtant, c'est l'auteur qui va « tirer du néant un bien qui n'existait pas avant lui, qui n'existerait pas sans lui, qui porte son empreinte et qui se révèle au monde sous l'apparence qu'il a bien voulu lui donner[1358] ». C'est sur cette dernière argumentation que se fondent ceux qui refusent que les créations générées par l'intelligence artificielle bénéficient de la protection du droit d'auteur. Ainsi, le Professeur Julien Cabay rappelle qu'il y a un lien intrinsèque entre l'originalité et l'être humain, en conséquence « l'auteur est nécessairement un être humain (…) ; une machine ne peut, en tant que telle, prétendre à la qualité d'auteur[1359] ». Cette vision met en avant le processus de

---

[1355]CJCE, *Infopaq*, point 89.

[1356] Noémie ENSER, *Conscience et création en droit d'auteur*, th., Univ. Paris-Sud/Paris-Saclay, n° 373. v. également le livre p.11).

[1357] Alexandra BENSAMOUN, Julie GROFFE-CHARRIER, « Création numérique » in *Répertoire de droit civil*, *op.cit*., n°90.

[1358] Noémie ENSER, *Conscience et création en droit d'auteur, op.cit*. p.12.

[1359] Julien CABAY, « Droit d'auteur et intelligence artificielle : comparaison n'est pas raison », *Droit-Médias-Art-Culture*, 2019/6, p. 307. https://www.google.fr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwih0dnrnfKIAxUMV6QEHYTREM4QFnoECBYQAQ&url=https%3A%2F%2Fdipot.ulb.ac.be%2Fdspace%2Fbitstream%2F2013%2F297966%2F3%2FdroitdauteuretIA.pdf&usg=AOvVaw2yGAZqeESZ-Src7wXJvei9&opi=89978449 consulté le 03/10/2024.

création par rapport au résultat. Suivant cette logique, ces créations peuvent être considérées comme libres de tout droit. Par exemple, le Professeur Georges Azzaria suggère de les considérer comme des œuvres et de les verser automatiquement dans le domaine public. Il estime que « la détermination du mode de production de l'œuvre demeure (…) cruciale, parce que ces œuvres créées par l'IA n'appartiennent à personne. Ainsi, ne bénéficiant pas d'un monopole d'exploitation, toute personne peut reprendre ces œuvres et les exploiter à sa guise » sous deux conditions : « d'abord, il faut que le résultat particulier ne soit pas prévisible par les programmeurs ou les utilisateurs. L'IA doit jouer un rôle prédominant, voire quasi exclusif, dans l'expression de l'œuvre. Ensuite, l'intervention humaine doit être minimale[1360] ». Dans cette analyse, l'intervention humaine peut être considéré comme résiduel. La reconnaissance de la qualité d'œuvre à ces créations reviendrait à en attribuer la paternité au fournisseur de l'IA. Ce qui serait préjudiciable aux droits des auteurs dont les œuvres ont servi de base d'entrainement à l'IA. Donc l'idée de verser ces œuvres, lorsqu'elles seront reconnues comme telles, dans le domaine public peut être approuvée, à la condition que ce domaine public soit payant afin d'assurer un droit à rémunération des auteurs sans lesquels il n'y aurait pas de données d'entraînement. Cette analyse est somme toute logique en ce sens qu'une IA qui peint des tableaux ou invente des animaux imaginaires peut, par exemple, être utilisés dans des films de Science-fiction.

897. Par ailleurs, en partant du postulat que l'œuvre appartient à l'humain[1361], en l'espèce soit le fabricant, le producteur, ou investisseur de l'IA, ou celui qui l'entraîne à la création, se pose alors la question de savoir comment respecter le principe du consentement dans ce contexte.

898. La qualification d'œuvre dérivée. En mettant de côté les hypothèses de contrefaçon précédemment développées, l'œuvre générée par l'intelligence artificielle peut être qualifiée d'œuvre dérivée même si le consentement de l'auteur initial n'est intervenu qu'a *posteriori.* En effet, la qualification d'œuvre de collaboration, encore

[1360] Georges AZZARIA, « Intelligence artificielle et droit d'auteur : l'hypothèse d'un domaine public par défaut », *Les Cahiers de PI*, 2018, vol. 30, n°3, p. 925.

[1361] Selon l'analyse du Professeur Georges Azzaria, les créations assistées par robot ou par ordinateur appartiennent à l'auteur selon une double approche, intentionnelle et factuelle, qui « repose repose sur un postulat, à savoir qu'une œuvre issue de l'IA émane d'un processus technologique et algorithmique créé par des humains ». V. Georges AZZARIA, « Intelligence artificielle et droit d'auteur : l'hypothèse d'un domaine public par défaut », *op.cit*.

moins de celle d'œuvre collective, ne peut prospérer en ce sens qu'il n'y a pas eu de coordination commune entre les auteurs ni de direction assurée par une seule personne. Tandis qu'aux termes du 2e alinéa de l'article L. 113-2 du Code de la propriété intellectuelle, l'œuvre dérivée ou composite est définie comme « *l'œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière* ». Or, une création générée par l'intelligence artificielle contient forcément des aspects d'œuvres préexistantes sans la participation de leurs auteurs ; On pourrait même envisager l'hypothèse d'une présomption d'œuvre dérivée du seul fait de l'utilisation d'une partie de l'œuvre initiale, même si l'œuvre générée par l'*IA*, comme on l'a souligné, ne permet pas de distinguer les éléments caractéristiques de l'œuvre première à condition de pouvoir identifier celle-ci. En ce sens, en application de l'article L. 113-4 du Code la propriété intellectuelle qui prévoit que « *l'œuvre composite est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante* », le consentement de l'auteur initial ainsi que ses droits seront respectés. Cependant, en l'espèce, la qualification d'œuvre dérivée pose difficulté notamment du fait que le consentement de de l'auteur de l'œuvre initial n'a pas été obtenu. Par ailleurs, on peut faire jouer un autre aspect du droit de reproduction, en l'occurrence le droit de destination.

899. Le droit de destination. Le droit de destination est une théorie d'origine doctrinale qui « permet de considérer que l'auteur doit autoriser « la fixation matérielle de son œuvre par tout procédé », mais aussi l'usage que les tiers vont faire de ces reproductions après leur mise en circulation[1362] ». Bien que cette théorie soit critiquée à raison de la faiblesse de ses fondements juridiques, certains y voient une façon d'éviter que l'auteur soit marginalisé dans le cadre de l'exploitation économique et juridique de son œuvre. En ce sens, pour le Professeur Frédéric Pollaud-Dulian, elle permet « d'associer véritablement l'auteur au succès de son œuvre, en lui donnant le moyen juridique de participer à toutes les formes d'exploitation de son œuvre, au-delà de la seule première vente des supports de reproduction[1363] ». Concrètement, le droit de destination est une prolongation du droit de reproduction qui consiste à reconnaître

[1362] Carine BERNAULT, Jean-Pierre CLAVIER, *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. Ellipses, 2015, p. 171.
[1363] Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, 2e éd., Economica, 2014, n°981.

à l'auteur « un droit de location, de prêt ou encore de distribution, chacun de ces droits consistant en une utilisation particulière d'exemplaires de l'œuvre[1364] ».

900. L'application de cette théorie aux créations générées par l'intelligence artificielle permettrait de revitaliser le consentement des auteurs dont les œuvres ont servi et qui continuent de servir de base d'entrainement. En effet, lors de la cession des droits d'exploitation sur l'œuvre, l'auteur définit les supports d'exploitation et les différents modes d'utilisation. En conséquence, toute nouvelle forme d'utilisation des exemplaires de son œuvre, sans son consentement, devrait être considérée comme une atteinte à son droit d'auteur. Etant donné qu'en divulguant son œuvre, il avait envisagé toutes les formes d'utilisation sauf le fait que celle-ci serait incorporée dans une base de données d'entrainement en vue de la création d'autres œuvres par l'IA. Refuser donc à l'auteur d'avoir un droit de regard sur cette nouvelle utilisation, reviendrait à porter atteinte à son consentement. C'est en cela que le droit de destination peut se révéler particulièrement utile.

901. D'ailleurs, très tôt, la question avait déjà été posée à la Cour de cassation. Dans un arrêt de janvier 1888, il avait été jugé que « le musicien qui a cédé à un directeur de théâtre une partition pour piano et chant de l'une de ses œuvres et a autorisé, ce directeur, à faire une partition d'orchestre pour son théâtre peut poursuivre ce directeur de théâtre qui a cédé ou loué sa partition à d'autres directeurs de théâtre[1365] ». Cette solution est logique en tous points en ce sens que le mode d'utilisation convenu et prévu ne comportait pas la possibilité de louer la partition pour piano à un tiers. Pour une application plus récente, il a été jugé en en avril 2004 que « le droit de location, qui procède de la faculté reconnue à l'auteur et à ses ayants droit de n'autoriser la reproduction de son œuvre qu'à des fins précises, constitue une prérogative du droit d'exploitation[1366] ». Autrement dit, la cession des droits sur une œuvre ne concerne que le mode d'exploitation et d'utilisation prévu au contrat. Dans la même logique, « les supports mis dans le commerce sont destinés à l'usage privé de leurs acquéreurs, pas à un usage commercial ni à une diffusion publique : en faire de

[1364] Sarah DORMONT, « Droit d'auteur - Droits patrimoniaux », *Répertoire IP/IT et Communication,* septembre 2019, n°46.
[1365] Cass., 28 janv. 1888, *D.* p. 88. 1. 400. V. Em. COBENDY, Alcide DARRAS, *Codes annotés contenant sous chaque article l'analyse de la doctrine et de la jurisprudence : Code de commerce*, Tome 2, Fascicule 2, 1901- 1908, n°182.
[1366] Civ. 1re, 27 avr. 2004, n°99-18.464 ;

tels usages, c'est exploiter l'œuvre et détourner les reproductions mises en circulation de la destination à laquelle elles ont été affectées et pour laquelle les ayants droit ont accepté d'autoriser leur confection[1367] ». Ces solutions montrent qu'en droit d'auteur, le consentement ne vaut que pour une finalité préalablement définie ou connue au moment de la divulgation de l'œuvre. Toute utilisation dans le cadre de nouvelles finalités ne peut être couverte par le consentement initial de l'auteur. L'extrapolation de ces solutions jurisprudentielles permet de conforter l'idée qui veut que la divulgation d'une œuvre qui implique son utilisation par les tiers selon les usages connus, voire convenus, n'englobe pas sa « data-ification » en vue de la création d'œuvres par une IA. Concrètement, le fait pour l'éditeur d'un programme d'IA de se procurer sur le marché des exemplaires d'œuvres mises en circulation ne lui donne aucun droit de les utiliser comme matière première en vue de la création d'œuvres artificielles.

902. En résumé, l'absence de consentement de l'auteur initial, comme c'est malheureusement le cas en matière d'IA générative, peut donner lieu à des poursuites pour contrefaçon de droit d'auteur, « peu importe à cet égard, que la destination en question soit expressément stipulée ou qu'elle soit implicite, ou encore qu'elle se déduise de la nature de l'œuvre et des circonstances de sa publication[1368] ». Même si les contours de l'état actuel du droit continuent de se préciser.

B : LES CONTOURS DU DROIT ACTUEL

903. Point sur les litiges en cours. Avant d'envisager les différents développements au sein des législations (européenne et nationale) sur l'incidence de l'intelligence artificielle créative sur le consentement des auteurs dont les œuvres servent de base d'entrainement, il serait intéressant de faire un point sur la manière dont la question est abordée par les acteurs concernés et la doctrine.

904. Tout d'abord, le litige qui a reçu le plus de médiatisation est celui qui continue d'opposer le New York Times aux instigateurs de l'intelligence artificielle, en

[1367] Frédéric POLLAUD-DULIAN, « Le droit de destination et la location des exemplaires de reproduction », *RTD com.* 2004, p.484. Dans le même sens, pour Henri Desbois, « la notion de destination couvre l'usage que feront les acquéreurs des volumes ou des disques édités : le prêt et la location ne leur sont pas permis du seul fait que les exemplaires de l'édition muette ou sonore sont mis en vente ». V. Henri DESBOIS, *Droit d'auteur*, 3e éd. 3e éd., n° 288.

[1368] Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, *op. cit.* n°983.

l'occurrence l'éditeur de *ChatGPT*. En effet, le quotidien américain reproche à *ChatGPT* et *Copilot* de Microsoft d'avoir utilisé des millions de ses articles comme base d'entrainement sans obtenir son autorisation. Pour le journal américain, qui estime à plusieurs millions de dollars le montant du préjudice, « l'IA générative repose sur des modèles d'apprentissage massif qui ont été construits en copiant et utilisant des millions d'articles du Times protégés par les droits d'auteur », le défaut du consentement du New York Times caractérise la « violation des droits d'auteur en termes de contenu et de travail journalistique[1369] ». Les derniers développements sur ce litige sont marqués par la riposte des éditeurs incriminés qui tentent par tous les moyens d'échapper à une condamnation. Ainsi, ils exigent du quotidien de prouver l'originalité des œuvres incriminées en fournissant « *les notes des journalistes, les mémos d'interview, les enregistrements, les documents cités…* » étant donné que l'action en contrefaçon ne peut prospérer « *que sur les parties des œuvres qui sont : originales de l'auteur et détenues ou sous licence exclusive du Times[1370]* ». En attendant une réponse de la part du Tribunal newyorkais saisi de la question, on peut remarquer que toutes les IA ne sont pas autonomes en soi, certaines ne sont efficaces que lorsqu'on les nourrit. En l'espèce, les éditeurs ne nient pas cela en ce sens qu'ils exigent du journal qu'il prouve que ses articles sont des œuvres originales. Sur la question, il appartient au quotidien de rapporter cette preuve sans dans le respect du principe de la protection des sources, essentiel à la profession.

905. Par ailleurs, il est possible de citer l'affaire qui oppose plusieurs artistes à certains éditeurs d'IA, en l'occurrence *Midjourney, Stability AI et DeviantArt*. Le juge californien saisi « a donné son aval le 7 mai 2024 pour entamer la procédure de divulgation (*discovery en anglais*). Cette procédure permettra notamment

[1369] « Le « New York Times » poursuit en justice Microsoft et OpenAI, créateur de ChatGPT, pour violation de droits d'auteur », *Le Monde* avec *AFP*, 27 déc.. 2023. https://www.lemonde.fr/pixels/article/2023/12/27/le-new-york-times-poursuit-en-justice-microsoft-et-openai-createur-de-chatgpt-pour-violation-de-droits-d-auteur_6207946_4408996.html Consulté le 05/10/2024.

[1370] « Intelligence artificielle : nouveaux rebondissements dans l'épopée juridique entre OpenAI et le New York Times », *l'Humanité*, 26 juil. 2024. https://www.humanite.fr/social-et-economie/chatgpt/intelligence-artificielle-nouveaux-rebondissements-dans-lepopee-juridique-entre-openai-et-le-new-york-times Consulté le 05/10/2024.

d'investiguer les modalités techniques de l'entraînement des IA génératives et de déterminer si des actes contrefaisants peuvent être caractérisés[1371] ».

906. Dans la même logique, le projet de loi *Generative AI Copyright Disclosure Act* prévoit une obligation pour les éditeurs d'IA de communiquer « le détail des données qui constituent la base d'entraînement du modèle d'IA générative, préalablement à la mise sur le marché de ce dernier[1372] ». Cette proposition fait écho au règlement européen sur l'IA du 13 juin 2024. Selon son article 53.1.d., les éditeurs d'*IA* sont dans l'obligation d'élaborer et de mettre « à la disposition du public un résumé suffisamment détaillé du contenu utilisé pour entraîner le modèle d'IA à usage général, conformément à un modèle fourni par le Bureau de l'IA ». Dans le même sens, le droit des auteurs de s'opposer à l'utilisation de leur créations (procédure d'*opt out*) est réaffirmé. En ce sens selon l'article 53.1.c, les éditeurs d'IA sont tenus de mettre « en place une politique visant à se conformer au droit de l'Union en matière de droit d'auteur et droits voisins, et notamment à identifier et à respecter, y compris au moyen de technologies de pointe, une réservation de droits exprimée conformément à l'article 4, paragraphe 3, de la directive (UE) 2019/790 ».

907. L'usage de la technique de l'*opt-out*. Face à l'inquiétude soulevée par l'incidence de l'intelligence artificielle, la SACEM a par exemple, dans un communiqué du 12 octobre 2023, exercé son droit d'opposition (*opt-out*) avant de préciser que « désormais, les activités de fouilles de données (*data-mining*) sur les œuvres du répertoire de la SACEM par les entités développant des outils d'intelligence artificielle devront faire l'objet de son autorisation préalable, afin d'assurer une juste rémunération des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique qu'elle représente[1373] ». En effet, ce rappel vise à poser les limites de l'exception de fouille de données (autorisée par l'article L. 122-5, 10° du Code de la propriété intellectuelle), sur lequel se basent les éditeurs d'IA créative pour justifier leurs refus de solliciter le consentement des auteurs des œuvres utilisées comme base d'entrainement. Alors que

[1371] Betty JEULIN, « Analyse du projet de loi américain sur la divulgation des données d'entraînement des IA génératives », *Dalloz actualité*, 27 mai 2024.
[1372] *Ibid.*
[1373] SACEM, « Pour une intelligence artificielle vertueuse, transparente et équitable, la SACEM exerce son droit d'opt-out », Communiqué du 12 octobre 2023. https://societe.sacem.fr/actualites/notre-societe/pour-une-intelligence-artificielle-vertueuse-transparente-et-equitable-la-sacem-exerce-son-droit Consulté le 074/10/2024.

si l'article L. 122-5-3, II du Code la propriété intellectuelle prévoit que « *des copies ou reproductions numériques d'œuvres auxquelles il a été accédé de manière licite peuvent être réalisées sans autorisation des auteurs en vue de fouilles de textes et de données menées à bien aux seules fins de la recherche scientifique par les organismes de recherche, les bibliothèques accessibles au public, les musées, les services d'archives ou les institutions dépositaires du patrimoine cinématographique, audiovisuel ou sonore, ou pour leur compte et à leur demande par d'autres personnes, y compris dans le cadre d'un partenariat sans but lucratif avec des acteurs privés* », la suite de la disposition précise cependant que «*des copies ou reproductions numériques d'œuvres auxquelles il a été accédé de manière licite peuvent être réalisées en vue de fouilles de textes et de données menées à bien par toute personne, quelle que soit la finalité de la fouille, sauf si l'auteur s'y est opposé de manière appropriée, notamment par des procédés lisibles par machine pour les contenus mis à la disposition du public en ligne* ». A cela, il faut souligner aussi le fait que l'auteur ou ses représentants n'ont pas à se justifier de l'exercice de leur droit d'*opt-out* en ce sens qu'il s'agit d'un droit discrétionnaire. C'est d'ailleurs ce qui ressort de l'article R. 122-28 du Code de la propriété intellectuelle[1374] qui précise que l'usage par l'auteur de cette option « *n'a pas à être motivé et peut être exprimé par tout moyen. Dans le cas de contenus mis à la disposition du public en ligne, cette opposition peut notamment être exprimée au moyen de procédés lisibles par machine, y compris des métadonnées, et par le recours à des conditions générales d'utilisation d'un site internet ou d'un service* ».

908. Dans la même logique, le SNE a publié une clause type à l'attention de ses membres afin d'assurer une effectivité réelle au droit d'opposition[1375]. De son côté, la

[1374] Cette disposition a été introduite par le Décr. n° 2022-928 du 23 juin 2022 portant modification du code de la propriété intellectuelle et 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 et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE.

[1375] La première partie de la clause rappelle d'abord le principe qui régit le droit d'auteur avant que ne soit précisé le droit dictionnaire de l'auteur de s'opposer à tout collecte de de données en vue d'assurer l'entrainement de l'IA générative. Ainsi par exemple, la première partie est rédigée de la manière suivante : « La structure du Site ainsi que l'ensemble des contenus diffusés sur le Site sont protégés par la législation relative à la propriété intellectuelle.
Les photographies, illustrations, dessins ou tout autre graphique, documents, les signes, signaux, écrits, images, sons ou messages de toute nature figurant sur le Site (ci-après « les
Contenus ») ne peuvent faire l'objet d'aucune reproduction ou représentation sans l'autorisation préalable expresse et écrite de (…) ».

SCAD à travers la mise à jour de ses statuts du 27 juin 2024, a intégré le risque que présente l'IA créative sur les droits de ses membres. Désormais, selon l'article 1.II.2 de ses statuts, l'adhésion de l'auteur à la SCAD reconnaît à cette dernière le « droit d'autoriser ou d'interdire la communication au public de ses œuvres par un procédé quelconque, autre que la représentation dramatique, leur reproduction par tous procédés, ainsi que leur utilisation à des fins publicitaires, commerciales ou dans le cadre de tous systèmes d'intelligence artificielle ». De manière implicite, la SCAD dispose ainsi du droit de s'opposer ou d'autoriser toute utilisation des œuvres de ses membres pouvant servir de base d'entrainement à l'IA.

909. La suggestion de la technique de l'*opt-in*. Toutes ces réactions témoignent d'une inquiétude chez les auteurs et acteurs impliqués dans la gestion de leurs droits : la prise en compte des intérêts de l'auteur à travers le respect de son consentement face au développement de l'intelligence artificielle générative. Sur le plan national, la réponse préconisée par la proposition de loi du 12 septembre 2023[1376] va dans le sens de la prise en compte du consentement de l'auteur dès le départ. Dans l'exposé des motifs, il est clairement indiqué que « face à l'IA, écosystème qui avance à pas de géant, le législateur doit protéger impérativement les auteurs et artistes de la création et de l'interprétation selon un principe humaniste, en accord juridique avec le Code de la propriété Intellectuelle. Et ceci même si les possibilités que nous offrent les intelligences artificielles bouleversent nos catégories traditionnelles et que de nombreuses questions demeurent pour le moment sans réponse ». L'article premier de la proposition de loi propose de rajouter un nouvel alinéa à l'article L. 131-3 du code de la propriété intellectuelle qui sera rédigé de la manière suivante : « l'intégration par un logiciel d'intelligence artificielle d'œuvres de l'esprit protégées par le droit d'auteur dans son système et *a fortiori* leur exploitation est soumise aux dispositions générales du présent code et donc à autorisation des auteurs ou ayants droit[1377] ». Il s'agit là d'une préconisation visant à mettre en place la technique d'*opt-in*, c'est-à-dire le respect d'un consentement préalable de l'auteur avant toute utilisation de ses œuvres. Si la solution est louable du point de vue du respect du consentement de l'auteur, elle risque cependant d'entrer en contradiction avec l'exception de fouille de textes et de données reconnues à certaines entités pour des recherches scientifiques ou culturelles codifiée

[1376] Proposition de loi n°1630 du 12 sept. 2023 visant à encadrer l'intelligence artificielle par le droit d'auteur.
[1377] Proposition de loi n°1630 du 12 sept. 2023, *op. cit.*, art. 1er.

à l'article L. 122-5-3 du Code de propriété intellectuelle. D'où la nécessité d'expliciter le terme « intégration » employé dans la proposition de loi. Etant donné que peut se poser la question de savoir si cela n'est pas de nature à remettre en cause l'exception précitée, « ceci alors qu'il est désormais interdit d'interdire la fouille - au moins dans le cadre de l'exception bénéficiant aux organismes de recherche. Si tel est le cas, la proposition n'est pas appelée à un grand avenir[1378] ». Cette analyse est d'autant plus pertinente que le Règlement européen sur l'IA Du 13 juin 2024 « érige en principe l'exception de fouille de donnée et de textes[1379] ».

910. Par ailleurs, l'annonce par la proposition de loi de l'établissement de la technique de l'*opt-in* n'arrive-t-elle pas trop tard ? Etant donné que les intelligences artificielles génératives « procèdent par extraction massive de données issues d'Internet et/ou dans la sphère privée, lesquelles données sont structurées et organisées dans des bases de connaissances servant d'entrainement, en entrée. Ces données d'entrainement permettent aux IA générative de générer de nouveaux contenus (textes, son, images, vidéo), en sortie, en réponse à des requêtes des utilisateurs, sous forme de « prompts[1380] ». Il arrive même que l'IA artificielle intègre

---

[1378] Christophe ALLEAUME, « Propriété littéraire et artistique, (Novembre 2022 - Novembre 2023) », *Légipresse*, 2023 p.699.

[1379] Anne-Laure CAQUET, « L'intelligence artificielle générative : l'Union européenne relaie le droit d'auteur au rang des exceptions », *Village de la Justice*, 24 mai 2024. https://www.village-justice.com/articles/intelligence-artificielle-generative-union-europeenne-relai-droit-auteur-rang,49827.html#:~:text=Un%20r%C3%A8glement%20sur%20l%27intelligence,transparence%20quant%20aux%20donn%C3%A9es%20utilis%C3%A9es Consulté le 08/10/2024. V. notamment le considérant n°105 qui précise que « les modèles d'IA à usage général, en particulier les grands modèles d'IA génératifs, capables de générer du texte, des images et d'autres contenus, présentent des possibilités d'innovation uniques mais aussi des défis pour les artistes, les auteurs et les autres créateurs, et la manière dont leur contenu créatif est créé, distribué, utilisé et consommé. Le développement et l'entraînement de ces modèles requièrent un accès à de grandes quantités de texte, d'images, de vidéos et d'autres données. Les techniques de fouille de textes et de données peuvent être largement utilisées dans ce contexte pour extraire et analyser ces contenus, qui peuvent être protégés par le droit d'auteur et les droits voisins. Toute utilisation d'un contenu protégé par le droit d'auteur nécessite l'autorisation du titulaire de droits concerné, à moins que des exceptions et limitations pertinentes en matière de droit d'auteur ne s'appliquent. La directive (UE) 2019/790 a introduit des exceptions et des limitations autorisant les reproductions et extractions d'œuvres ou d'autres objets protégés aux fins de la fouille de textes et de données, sous certaines conditions. En vertu de ces règles, les titulaires de droits peuvent choisir de réserver leurs droits sur leurs œuvres ou autres objets protégés afin d'empêcher la fouille de textes et de données, à moins que celle-ci ne soit effectuée à des fins de recherche scientifique. Lorsque les droits d'exclusion ont été expressément réservés de manière appropriée, les fournisseurs de modèles d'IA à usage général doivent obtenir une autorisation des titulaires de droits s'ils souhaitent procéder à une fouille de textes et de données sur ces œuvres ».

[1380] Anne-Laure CAQUET, « L'intelligence artificielle générative : l'Union européenne relaie le droit d'auteur au rang des exceptions », *opt. cit.*

des données qu'elle-même a créées en vue de générer de nouveaux contenus. De ce point de vue, il est quasiment impossible de rattraper le retard provoqué par la non-application dès le départ de l'*opt-in* en droit d'auteur comme c'est le cas pour le Règlement général pour la protection des données (RGPD)[1381]. Comme le souligne Madame Stéphanie Le Cam, « les robots ont quasiment aspiré en trois ou quatre ans une bonne partie des contenus présents sur Internet. Si on appliquait l'*opt-in*, il faudrait pouvoir obtenir des jugements condamnant les entreprises de l'IA à détruire de nombreuses bases de données, ce qui (…) semble assez difficile. Le combat est en bonne partie déjà perdu. Ces IA se sont super-entraînées, depuis plusieurs années, et sont capables aujourd'hui non seulement de générer des contenus de qualité, mais aussi de s'auto-entraîner avec des contenus qu'elles ont elles-mêmes créés[1382] ». La seule solution serait de prévoir que, si la loi est d'aventure adoptée, elle n'ait pas d'effet rétroactif. Mais qu'elle incite à un règlement à l'amiable du fait des données déjà usitées sans le consentement des auteurs.

911. En s'appuyant sur les difficultés que peut soulever cette proposition de loi, il est possible de se demander s'il est véritablement opportun de légiférer sur la question de l'impact de l'intelligence artificielle générative sur le droit d'auteur. Autrement dit, les règles actuelles qui encadrent le droit d'auteur ne permettent-elles pas de donner des réponses adaptées ? En faisant le choix d'une nouvelle législation, on court le risque d'une inflation législative qui peut compliquer davantage une discipline juridique déjà très technique. Comme le souligne une partie de la doctrine, « en tachant de réglementer les nouvelles techniques au jour le jour où il statue, le législateur [prend] le risque de voir son texte rapidement frappé d'obsolescence[1383] ».

[1381] Règlement (UE) 2016/679 du parlement européen et du conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données). V. Considérant n°32 : « Le consentement devrait être donné par un acte positif clair par lequel la personne concernée manifeste de façon libre, spécifique, éclairée et univoque son accord au traitement des données à caractère personnel la concernant, par exemple au moyen d'une déclaration écrite, y compris par voie électronique, ou d'une déclaration orale ».

[1382] Stéphanie Le CAM, « L'IA : une menace pour le droit d'auteur ? », *Prologue d'Alca*, 05 déc. 2023. https://prologue-alca.fr/fr/actualites/l-ia-une-menace-pour-le-droit-d-auteur Consulté le 08/10/2024.

[1383] Pierre-Yves GAUTHIER Nathlie BLANC, *Droit de la propriété littéraire et artistique*, 2e éd., LGDJ, 2023, n°11.

Conclusion du Chapitre 2 du titre 1

912. En conclusion, il est possible de retenir qu'en droit d'auteur, malgré les nombreuses exceptions, et atteintes portées aux prérogatives de l'auteur, le principe reste d'obtenir le consentement de l'auteur avant toute utilisation de son œuvre de quelque manière que ce soit. A défaut de consentement, l'utilisateur risque de faire l'objet d'une action en contrefaçon de droit d'auteur. En ce sens, l'article L. 122-4 du Code dal propriété intellectuelle prévoit que « *toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite. Il en est de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque* ». Rien n'empêche le juge dans le cadre de sa mission, qui est celle de rechercher « l'équilibre désiré par tous[1384] », d'appliquer cette disposition pour sanctionner la contrefaçon, le plagiat et de l'interpréter de sorte à pouvoir l'adapter à la problématique liée à l'utilisation des œuvres en vue de l'entrainement de l'IA générative[1385]. A ce propos, le recours au « droit de destination » par exemple, développé précédemment, serait une solution appropriée.

913. Aussi, au regard du fait que de nombreuses œuvres ont été déjà aspirées par les *IA*, il est possible de faire jouer un rôle important aux acteurs directement concernés, à savoir les auteurs ou leurs représentants. Par exemple, le fait de renoncer à toute contestation sur les œuvres déjà utilisées comme base d'entrainement de l'IA en échange de la qualification de toutes créations générées par le processus « d'œuvres dérivées ». Cela permettra d'aboutir à une compensation financière pour les auteurs. En ce sens d'ailleurs, certains acteurs du secteur, au-delà du fait qu'ils réclament la mise en place de la technique d'*op-in*, demandent « une rémunération des artistes-auteurs et autrices dont les œuvres ont nourri et entraîné ces *IA*[1386] ». Comme le résume le Professeur Pierre Sirinelli, « la création a une valeur, et son utilisation, un prix. Il serait inconcevable d'envisager de dépouiller les auteurs des œuvres premières

---

[1384] Pierre SIRINELLI, « le raisonnement en droit d'auteur », *in Mélanges André Françon*, Dalloz 1995, p. 410.

[1385] Il peut également s'appuyer sur l'article L. 335-2 qui précise que « *toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est une contrefaçon et toute contrefaçon est un délit* ».

[1386] Stéphanie Le CAM, « *L'IA : une menace pour le droit d'auteur ?* », *op. cit.*

au prétexte d'impératifs économiques. Mais il serait tout aussi incohérent de ne pas leur faire comprendre que de nouveaux supports peuvent appeler de nouveaux barèmes[1387] ».

[1387] Pierre Sirinelli, « le raisonnement en droit d'auteur », *in Mélanges André Françon*, *op. cit.*

CONCLUSION GÉNÉRALE

914. L'objectif de départ de cette thèse était d'étudier, à la lumière du droit commun, en quoi le consentement de l'auteur était spécifique. En effet, comme disait Proudhon, qui n'est pas connu pour être le plus ardant défenseur d'un droit de propriété de l'auteur, « l'œuvre intellectuelle n'est point une propriété comme une terre, comme une maison, et elle ne donne pas naissance à des droits semblables[1388] ». S'il est possible de convenir que le droit de propriété littéraire et artistique est spécifique, certains de ses aspects sont cependant des emprunts au droit commun de la propriété. La spécificité de ce droit tient au fait que c'est l'auteur qui crée les conditions et les éléments de son propre consentement, étant donné que « l'acte créatif est au cœur de la propriété intellectuelle[1389] » en général, et plus particulièrement en droit d'auteur. C'est sans doute pour cela que le consentement de l'auteur est le plus fragile, donc permanemment remis en question, et que le législateur a jugé utile de traiter l'auteur comme une partie faible à l'image du droit consumériste. Face à la crainte d'une remise en cause de ce droit, les thèses retenues par la présente recherche peuvent être résumées en cinq points.

1) La surprotection du consentement de l'auteur

915. Le consentement de l'auteur est un consentement surprotégé. Outre les conditions de validité du contrat listées à l'article 1128 du Code civil, le consentement de l'auteur est soumis aux conditions supplémentaires de validité parfois propres au contrat solennels. L'exigence d'un écrit apparaît dans tous les contrats relatifs à l'exploitation de l'œuvre de l'esprit[1390]. Cette exigence, que certains se résignent à

[1388] Cette affirmation était en réponse de Louis-Napoléon qui avait dit que « l'œuvre intellectuelle est une propriété comme une terre, comme une maison ; elle doit jouir des mêmes droits et ne pouvoir être aliénée que pour cause d'utilité publique ». V. Pierre-Joseph PROUDHON, *Les majorats littéraires*, E. DENTU, 1863, p. 18.

[1389] Nicolas BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 7e éd., 2022, n° 2. V. aussi Michel VIVANT, *Libre promenade au pays de la propriété intellectuelle*, Dalloz, p. 51.

[1390] Article L. 131-2 Code de la propriété intellectuelle : « *Les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle définis au présent titre doivent être constatés par écrit. Il en est de même des autorisations gratuites d'exécution.*
Les contrats par lesquels sont transmis des droits d'auteur doivent être constatés par écrit.
Dans tous les autres cas, les dispositions des articles 1359 à 1362 du code civil sont applicables ».

considérer comme une condition à titre de preuve[1391], est en réalité une condition à titre de validité. Le formalisme en droit des contrats sert à consolider le consentement de la personne « en considération de la vulnérabilité de [sa] situation [ou] de la gravité de l'opération[1392] ». En effet, même s'il y a des auteurs qui, à raison de leur formation et de leurs parcours, sont plus à même de comprendre la portée de leur engagement, la majeure partie d'entre eux n'est pas rompue aux techniques contractuelles. Aussi, le respect de certaines exigences, comme le droit de destination de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle[1393] ne peut être effectif que par l'écrit. Ce n'est pas parce que le législateur ne précise pas que l'écrit est exigé « à peine de nullité » que ce n'est pas une condition de validité. En ce sens, il est possible de considérer comme interprétative, la disposition de l'article L. 132-17-1 du Code de la propriété intellectuelle qui exige l'écrit « *à peine de nullité*[1394] » toutes les fois où « *le contrat d'édition a pour objet l'édition d'un livre à la fois sous une forme imprimée et sous une forme numérique* ».

2) La spécificité du consentement de l'auteur

916. Le consentement de l'auteur est un consentement qui touche à tous les aspects de la propriété littéraire et artistique. En cela, ce n'est pas un consentement cantonné

[1391] Par exemple, pour les Professeurs Jean-Michel Bruguière, Michel Vivant, « en dépit [des] arguments forts en faveur d'un écrit à titre de validité], la doctrine majoritaire et le juge considèrent pourtant que l'exigence de 131-2 est bien posée *ad probationem*. À ne pas vouloir accentuer par trop le particularisme de la matière, la sagesse pousse sans doute à se satisfaire de cette lecture ». V. Jean-Michel Bruguière, Michel VIVANT, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit*. n°790.

[1392] Marion BLEUSEZ, *La perfection du contrat*, préf. C. Brenner, LGDJ, Thèses. Bibliothèque de droit privé, Vol. 643, 720 pages, §28.

[1393] Article L. 131-3 Code de la propriété intellectuelle : « *La transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée.*
Lorsque des circonstances spéciales l'exigent, le contrat peut être valablement conclu par échange de télégrammes, à condition que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité conformément aux termes du premier alinéa du présent article.
Les cessions portant sur les droits d'adaptation audiovisuelle doivent faire l'objet d'un contrat écrit sur un document distinct du contrat relatif à l'édition proprement dite de l'oeuvre imprimée.
Le bénéficiaire de la cession s'engage par ce contrat à rechercher une exploitation du droit cédé conformément aux usages de la profession et à verser à l'auteur, en cas d'adaptation, une rémunération proportionnelle aux recettes perçues ».

[1394] Dans un autre registre, à propos du contrat de nantissement de logiciel, l'article L. 132-24 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « *le contrat de nantissement est, à peine de nullité, constaté par un écrit* ».

à l'échange des volontés comme cela existe par exemple en droit des obligations (contrats) ou en droit civil (mariage). Le consentement de l'auteur est une volonté difficilement cristallisable. L'auteur dispose des prérogatives de nature à perturber, voire à remettre en cause les droits cédés à son cocontractant. En ce sens, il a la possibilité de revenir sur ses engagements vis-à-vis de son cocontractant. En usant par exemple de son droit de retrait qui lui permet de mettre fin à l'exploitation de son oeuvre sans se justifier, son droit de repentir qui lui permet de modifier son œuvre pour l'adapter à son goût, son droit de paternité qui lui permet de marquer de manière indélébile son œuvre de son nom.

3) La collectivisation de la gestion des droits

917. La gestion et l'exploitation des droits de l'auteur peuvent s'avérer compliquées à mettre en place. Par principe, c'est la gestion individuelle qui est indiquée à travers le droit de divulgation[1395]. Cela étant, la gestion collective demeure le moyen le plus efficace en termes d'exploitation des droits de l'auteur. Les prérogatives de l'auteur se trouve ainsi transférées vers l'organisme de gestion qui les exerce. Cet aspect est conforme à l'esprit de « la représentation » qui est un « mécanisme qui transforme l'usage d'un pouvoir en l'exercice — par représentant interposé — d'un droit subjectif[1396] ».

4) La spécificité des atteintes au consentement de l'auteur

918. Au titre des atteintes non admises, la contrefaçon des œuvres en droit d'auteur est une forme d'atteinte au consentement unique à son genre, étant donné qu'elle remet en cause, non pas le droit de propriété de l'auteur au sens du droit commun, mais ses droits intellectuels. L'auteur qui agit en contrefaçon est souvent contraint de justifier que son œuvre est originale. Paradoxalement, c'est à l'occasion de l'action en contrefaçon que le juge peut décider ou non de l'originalité de l'œuvre. L'absence de l'originalité ne remet pas en cause le droit de propriété sur le bien. Dans cette hypothèse, le droit de propriété de l'auteur bascule vers le droit commun, et d'une certaine manière, le principe de l'indépendance entre la propriété sur le support

[1395] Article L. 121-2 Code de la propriété intellectuelle : « *l'auteur a seul le droit de divulguer son oeuvre. Sous réserve des dispositions de l'article L. 132-24, il détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci* ».
[1396] Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. CORNU, Economica, 1985, p. 233.

matériel et le droit incorporel prend tout son sens[1397]. Cette thèse propose que soit retenue une forme de présomption d'originalité qui sera relative, car invocable uniquement vis-à-vis du cocontractant de l'auteur, afin de s'assurer de sa bonne foi lorsqu'il conteste l'originalité d'une œuvre dont il s'est lui-même prévalu.

5) Le maintien du principe du consentement de l'auteur

919. Demeure en vigueur, le principe affirmé dans l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle selon lequel « *l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous* ». En effet, ce principe demeure malgré les limitations que le législateur lui apporte notamment par le biais des exceptions au droit d'auteur. On a ainsi assisté à la résilience des règles protectrices du consentement de l'auteur face à au développement d'un numérique de plus en plus précis. Sur ce point, si l'effectivité de la technique de l'*opt in,* qui protège par défaut l'œuvre, peut se révéler difficile à se réaliser, cette thèse propose un *opt. out* accompagné d'un droit à rémunération des auteurs dont les œuvres sont utilisés pour entrainer l'IAG. Ce point de vue permet de faire du principe du consentement de l'auteur un principe réaliste.

[1397] Article L. 111-3 Code de la propriété intellectuelle « *la propriété incorporelle définie par l'article L. 111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel* ».

BIBLIOGRAPHIE

I-Ouvrages généraux, ouvrages spécialisés, thèses

A-Ouvrage généraux

ACOLLAS Emile, *Le Droit mis à la portée de tout le monde. Les Contrats et les obligations conventuelles*, Librairie CH. Delagrave, 1885, 128 p.

ALLAND Denis, RIALS Stéphane (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique,* PUF, 2003, 1649 p.

BATTEUR Annick, MAUGER-VIELPEAU Laurence, « *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés »,* 11e éd., LGDJ, 2021, 654 p.

BLACHOT Maurice, *L'espace littéraire*, Gallimard, 1955, 296 p.

BENABENT Alain, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, 13e éd., 2019, 704 p.

BERGEL Jean-Louis, *Le doit des biens*, PUF, coll. Que sais-je, 1983, 128 p.

BERNAULT Carine, CLAVIER Jean-Pierre, « *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle* », 2e éd., Ellipses, 2015, 512 p.

BISSARDON Sébastien, *Guide du langage juridique*, 4e éd. LexisNexis, 2013, 622 p.

BOYER Laurent, ROLAND Henri, *Adages du droit français*, 4e éd., Litec, 1999, 1021 p.

BRANCO Juan, *Réponses à Hadopi*, Capricci, 2011, 96 p.

BULINGE Franck, *Maîtriser l'information stratégique, Méthodes et techniques d'analyse*, De Boeck Supérieur, 2022, 304 p.

CABRILLAC Michel, MOULY Christian, CABRILLAC Séverine et PETEL Philippe, *Droit des sûretés*, 8e éd., Litec, 2007, 765 p.

CHANTEPIE Gaël, LATINA Mathias, *Le nouveau droit des obligations*, 2e éd., Dalloz, 2018, 1152 p.

CHAUVEAU Adolphe, HELIE Faustin, *Théorie du Code pénal*, tome n° 6, 3e éd., Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 618 p.

CHENEDE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, TERRE François, *Droit civil, Les Obligations*, 13e éd., Dalloz, 2022, 1800 p.

COLOMBET Claude, *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde, Approche de droit comparé*, 2e éd., Litec-Unesco, 1992, 196 p.

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, 14e éd., PUF, 2022, 1136 p.

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, 13e éd., PUF, 2020, 1091 p.

DE BALZAC Honoré, *Œuvres diverses*, T. 22, parties 5- 6, 642 p.

DESALAMND Paul, FOREST Philippe, *Grand livre des citations expliquées*, Marabout, 1997, 1145 p.

DESHAYES Olivier, Thomas GENICON Thomas, LAITHIER Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2e éd., LexisNexis, 2018, 1090 p.

DESHAYES Olivier, GENICON Thomas, LAITHIER Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, commentaire article par article*, 1re éd., LexisNexis, 2016, 944 p.

FENET Pierre-Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. 13, 1836, 834 p.

FLAUBERT Gustave, *Dictionnaire des idées reçues*, Editions du Boucher.

FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, SAVAUX Éric, *Droit civil : les obligations, l'acte juridique*, 17e éd., Sirey, 2022, 540 p.

GAILLARD Raphaël, *Un coup de hache dans la tête, Folie et créativité*, Grasset, 2022, 256 p.

GIRAUDOUX Jean, *Siegfried : pièce en 4 actes,* Grasset, 1928, 221 p.

GOUBEAUX Gilles et Voirin Pierre, « *Droit civil : introduction au droit, personnes, famille, personnes protégées, biens, obligations, sûretés* », 40e éd., LGDJ, 2020, 858 p.

GOUBEAUX Gilles, *Traité de droit civil, Les personnes*, LGDJ, 1989, 602 p.

GUINCHARD Serge, DEBARD Thierry, *Lexique des termes juridiques*, 32e éd., Dalloz, 2024/2025, 1164 p.

HOUTCIEFF Dimitri, *Droit des contrats*, 5e éd. Bruylant, coll. Paradigme, 2020, 772 p.

HUGUET André, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur : étude sur la loi du 11 mars 1957*, III-231 p.

JOSSERAND Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 2e éd., Dalloz, 1939, 492 p.

JOSSERAND Louis, *Cours de droit civil positif français. 1. Théorie générale du droit et des droits. Les personnes. La famille. La propriété et les autres droits réels principaux*, 3e éd., Recueil Sirey, 1938, XXIII-1015 p.

KANT Emmanuel, *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit*, éd. August Durant, 1853, 604 p.

Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, 420 p.

Le petit Larousse illustré, 2012.

LE SENNE Charles, *Code du théâtre : lois, règlements, jurisprudence, usages*, Tresse Editeur, 1878, 330 p.

MARMAYOU Jean-Michel, RIZZO Fabrice, *Groupements sportifs : organisation juridique des clubs – Association sportive- capacité et consentement*, Rép. soc., Sept. 2019.

MARTY Gabriel, RAYNAUD Pierre, *Droit civil, Les personnes*, 2e éd. Sirey, 1967, 846 p.

PAGE Dominique, *Petit dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Fides, 1975, 167 p.

PARDESSUS Jean-Marie, *Cours de droit commercial*, Tome 1, 6e éd., Henri Plon, Hachette, 1856, 606 p.

PARQUET Philippe-Jean, *L'enfant, la famille et l'argent, le point de vue d'un psychiatre*, LGDJ, colloque LERADP, Université de Lille 2, 1991.

PLANIOL Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome 1er, 4e éd. (réédition), LGDJ, 1948, XV-1298 p.

PLANIOL Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome 1er, 3e éd., Librairie Cotillon, 1904, 1038 p.

PLANIOL Marcel, *Traite élémentaire de droit civil*, Tome 3, Librairie cotillon, 1903.

PLANIOL Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, 11e éd., Tome 1er, LGDJ, 1928.

PORTALIS Jean-Etienne-Marie, *Discours préliminaire sur le projet de code civil* présenté le 1er pluviôse an IX, 91 p.

PROUDHON Pierre-Joseph, *Qu'est-ce que la propriété ?* Librairie internationale A. Lacroix et Compagnie, 1873, 446 p.

RAYNARD Jacques, SEUBE Jean-Baptiste, *Droit des contrats spéciaux*, 10e éd., LexisNexis, 2019, 570 p.

REY Alain (Dir.), *Dictionnaire historique de la langue Française*, Le Robert, 2000.

REY Alain (Dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 1995, 3500 p.

RIPERT Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., LGDJ, 1949, 424 p.

SCHRICKER G. (dir.), *Urheberrecht Kommentar*, 2e éd., Munich, Beck, 1999, Introduction, p. 7, n° 13.) ».

STRICKLER Yves, *Les biens*, PUF, 2006, 536 p.

TAFFOREAU Patrick, *Droit des sûretés - Sûretés personnelles et réelles*, Bruylant, 2020, 544 p.

TAFFOREAU Patrick, *Petit lexique : Droit de la propriété intellectuelle ; 325 mots clés définis et expliqués*, 2e éd., Gualino, 2017, 96 p.

TAFFOREAU Patrick, *Petit lexique Droit de la propriété intellectuelle*, 1re éd., Gualino, 2016, 48 p.

TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et CHENEDE François, *Droit civil, Les obligations*, 12e éd., Dalloz, 2018, 2036 p.

B-Ouvrages spécialisés

BINCTIN Nicolas, PRES Xavier (Dir), *Directives 2019/790 et 2019/789 sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, commentaire article par article,* Bruylant, 2021, 265 p.

BINCTIN Nicolas, *Droit de la propriété intellectuelle*, 8e éd., LGDJ, 2024, 1288 p.

BINCTIN Nicolas, *Droit de la propriété intellectuelle*, 6e éd., LGDJ, 2020, 1216 p.

BRUGUIERE Jean-Michel, *Droit des propriétés intellectuelles*, 3e éd., Ellipses, 2018, 218 p.

CARON Christophe, *Droit d'auteur et droits voisins*, 6e éd., LexisNexis, 2020, 730 p.

CARON Christophe, *Droit d'auteur et droits voisins*, 5e éd., LexisNexis, 2017, 674 p.

DARRAS Alcide, *Traité théorique et pratique de la contrefaçon*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts du Journal du palais, 1895, 124 p.

DESBOIS Henri, *Le droit d'auteur en France*, 3e éd., Dalloz, 1978, 1003 p.

DUPUIS Michel, *Les propriétés intellectuelles*, Ellipses, collec. Spécial Droit, 2017, 426 p.

DUSSOLLIER Sévérine, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Larcier, 2007, 624 p.

EDELMAN Bernard, *La propriété littéraire et artistique,* 4e éd., PUF, Coll. « *Que sais-je ?* », 2008, 127 p.

GAUTIER Pierre-Yves, BLANC Nathalie*, Droit de la propriété littéraire et artistique*, 2e éd. LGDJ, 2023, 760 p.

GAUTIER Pierre-Yves, *Propriété littéraire et artistique*, 9e éd., PUF, 2015, 928 p.

GAUTIER Pierre-Yves, *Propriété littéraire et artistique*, 6e éd., PUF, 2007, 981 p.

HETZEL Pierre-Jules, *La propriété littéraire et le domaine public payant*, E. Dentu Librairie Palais Royal, 1862, 40 p.

HUGUET André, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur : étude sur la loi du 11 mars 1957*, LGDJ, 1962, III- 231 p.

LUCAS André, LUCAS-SCHLOETTER Agnès, BERNAULT Carine*, Traité de la propriété littéraire et artistique*, 5e éd., LexisNexis, 2017, 1935 p.

LUCAS André, LUCAS Henri-Jacques et LUCAS-SCHLOETTER Agnès, *Traité de la propriété littéraire et artistique,* 4e éd., LexisNexis, 1570 p.

LUCAS André, et LUCAS Henri-Jacques, *Traité de la propriété littéraire et artistique,* Litec, 2e éd., 2001, 1132 p.

NION Alfred, *Droits civils des auteurs, artistes et inventeurs*, Joubert, 1846, 514 p.

PLAISANT Robert, *Le droit des auteurs et des artistes exécutants*, éd. J. Delmas et Cie, 1970, 409 p.

POLLAUD-DULIAN Frédéric, *Le droit d'auteur*, 2e éd., Economica, 2014, 1760 p.

POUILLET Eugène, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, 3e éd., Marchal et Billards, 1908, XXVIII-1000 p.

PROUDHON Pierre-Joseph, *Les majorats littéraires*, E. DENTU, 1863, 262 p.

ROUBIER Paul, *Le droit de la propriété industrielle*, T. 1, Sirey, 1952, XV-854 p.

SIRINELLI Pierre, *Propriété littéraire et artistique*, 3e éd., Dalloz, Coll. Mémentos, 2016, 310 p.

TAFFOREAU Patrick, MONNERIE Cédric, avec la collaboration de KPOLO Christian, *Droit de la propriété intellectuelle*, 4e éd., Gualino, 2015, 608 p.

TAFFOREAU Patrick, MONNERIE Cédric, *Droit de la propriété intellectuelle*, 3e éd., Gualino, 2012, 544 p.

TAFFOREAU Patrick, *Droit de la propriété intellectuelle*, 1re éd., Gualino, 2004, 554 p.

VIVANT Michel, BRUGUIERE Jean-Michel, *Droit d'auteur et droits voisins*, 4e éd., Dalloz, 2019, 1402 p.

VIVANT Michel, *Libre promenade au pays de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 350 p.

C-Thèses et mémoires

AZEMA Marcelle, *De la responsabilité civile de l'écrivain,* Thèse, Bordeaux, Imprimerie J. Bière 1935, 242 p.

BLEUSEZ Marion, *La perfection du contrat*, préf. C. Brenner, LGDJ, Thèses. Bibliothèque de droit privé, Vol. 643, 720 pages.

DIENG Mahmadane, *Exceptions au droit d'auteur et mesures techniques de protection*, Thèse, Paris, 2012, 506 p.

ENSER Noémie, *Conscience de la création et droit d'auteur,* Thèse*, LexisNexis, Coll. CEIPI*, 2022, 328 p.

GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. CORNU, Economica, 1985, 244 p.

GHESTIN Jacques, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Thèse, reproduction de l'édition de 1961, LGDJ, 1971, 388 p.

GUERRIERO Marie-Antoinette, *L'acte juridique solennel*, Thèse, Paris, LGDJ, 1975, XVII-520 p.

HENRY Xavier, La technique des qualifications contractuelles, Thèse, Université Nancy 2, 1992, 1171 p.

MARTIN Delphine, *La dévolution successorale des droits d'auteur*, Thèse, Université de Franche-Comté (2009), PAF, 2013, 472 p.

PORTRON Alexandre, *Le fait de la création en droit d'auteur français*, *étude de l'article L. 111-2 du Code de la propriété intellectuelle*, th., LGDJ, 2021, 384 p.

RAIMOND Sébastien, *La qualification du contrat d'auteur*, Thèse, Paris (2008), LexisNexis, 2010, 480 p.

REGES Caroline, *Incapacité juridique et droit d'auteur*, Mémoire, Université d'Avignon et des pays de Vaucluse, 2006.

SIMLER Christel, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, Thèse, Strasbourg, LexisNexis, 2010, 514 p.

THOUEMENT Amélie, *Les maximes d'interprétation*, Thèse, Montpellier (09 déc. 2020), Collection Droit des usages, préface Danie Mainguy, 2022, 980 p.

II-Articles de doctrines, Revues, Encyclopédies

« 245-7 *Le contrat d'édition est un acte mixte* », Le Lamy droit des médias et de la communication, nov. 2005.

313-33 Nullité et inexistence, Lamy Droit des personnes et de la famille, 10/2016.

Accord-cadre relatif au contrat d'édition à l'ère du numérique entre le conseil permanent des écrivains et le syndicat national de l'édition, 21 mars 2013 ; *Légipresse*, 2013, p. 435.

ALLEAUME Christophe, « Propriété littéraire et artistique, (Novembre 2022 - Novembre 2023) », *Légipresse*, 2023 p. 699.

AMRANI-MEKKI Soraya, « Le principe de célérité », *Revue française d'administration publique*, n° 125, 2008/1, p. 43.

AUROUX Jean-Baptiste, « La sanction de l'inobservation des conditions de formation du contrat d'auteur : à l'inexistence, le juge privilégie la nullité », *RLDI*, n° 54, 1er nov. 2009.

AZZARIA Georges, « Intelligence artificielle et droit d'auteur : l'hypothèse d'un domaine public par défaut », *Les Cahiers de PI*, 2018, vol. 30, n° 3, p. 925.

BARRAUD Boris, « De l'imprimé au numérique - Le régime juridique des médias écrits à l'épreuve de leur dématérialisation », *RLDI,* n° 85, 1er août 2012.

BASIRE Yann, LE CAM Stéphanie, « Panorama rapide de l'actualité « Propriété intellectuelle » des semaines du 17 juin 2024 au 1er juillet 2024 », *Dalloz actualité* 12 juill. 2024.

BATTISTI Michèle, « Focus sur les œuvres indisponibles », *I2D - Information, données & documents*, vol. 54, n° 3, 2017, p. 26.

BENABENT Alain, « La prolongation du contrat », *RDC*, janv. 2004, p. 117.

BENABOU Valérie-Laure, « Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle », RLDI, janv. 2005, p. 53.

BENSAMOUN Alexandra, GROFFE-CHARRIER Julie, « Création numérique » in *Répertoire de droit civil*, avr. 2024, n° 84.

BERENBOOM Alain, « Entretien avec Jan Baetens », in *Le combat du droit d'auteur*, Les Impressions Nouvelles, 2001, p. 171

BERGE Jean-Sylvestre, « Synthèse - Droit européen et droit international de la propriété littéraire et artistique », *JCl. Propriété littéraire et artistique*, 2022.

BERNAULT Carine, « Contrefaçon et étendue du droit d'auteur (CPI, art. L. 122-4) », *J.-CL., Propriété littéraire et artistique*, *fasc.* 1267, 1er mars 2024.

BERNAULT Carine, « Transposition en droit français de la directive relative aux œuvres orphelines », *LEPI* avr. 2015, n° EDPI-215049-21504, p. 1.

BERNAULT Carine, « *Remake, sequel, prequel, spin off* : regard sur le droit d'auteur et les exploitations secondaires des œuvres audiovisuelles », *Comm. com. électr*. 2014, étude 19.

BERNAULT Carine, « Les titulaires du droit d'auteur », *J.- Cl. Propriété littéraire et artistique,* LexisNexis, 2014, fasc. 1185.

BERNAULT Carine, « La loi du 1er août 2006 et l'interopérabilité : éléments pour décoder », *RLDI,* n° 19, 1er sept. 2006.

BERNAULT Carine, « La tentation d'une régulation technique du droit d'auteur », *RLDI*, n° 15, 1er avr. 2006.

BERTRAND André R., *Chapitre 206 – Créations littéraires, droits des éditeurs et des journalistes*, Dalloz action Droit d'auteur, 2010.

BINCTIN Nicolas, « Le droit moral en France », *Les Cahiers de propriété intellectuelle*, Vol. 25, n° 1, 2013, p. 357.

BLANC Nathalie, « Précisions imprécises sur la forme des contrats d'auteur », *RDC*, 2 juin 2018.

BLANC Nathalie, « L'ordonnance n° 2014-1348 du 12 novembre 2014 sur le contrat d'édition numérique », *RDC*, n° 2, 15 juin 2015.

BLERY Corinne, « Quand Gainsbourg est prétexte à « faire » de la procédure civile », *Dalloz Actualité*, 21 févr. 2017.

BLERY Corinne, « La titularité des droits d'auteur des chercheurs fonctionnaires et agents publics », *Dr. et patr.*, n° 147, 1er avr. 2006.

BOENISCH Gilles, « Juan Branco, *Réponses à Hadopi* », *Questions de communication*, n° 24, 2013.

BOISSARD Anne, CHAZAL Côme, « Pratique contentieuse. Mise en cause des coauteurs de l'œuvre de collaboration. Nouvelles jurisprudences et aspects pratiques », *Comm. com. électr.,* n° 10, oct. 2018, comm. n° 16.

BOISSON Alexis, « La réforme du contrat d'édition en France », *RFPI*, n° 1, sept. 2015.

BOISSON Alexis, « Cession et licence en droit d'auteur », *Légicom*, 2014, p.59.

BORIES Alexandre, « Le formalisme dans les contrats d'auteur », *Comm. com. électr.*, n° 9, sept. 2008, étude 18.

BRUGUIERE Jean-Michel, DEPREZ Pierre, « Les sept nouveaux chapitres du droit du livre numérique », *Légipresse,* 2014, p. 19.

BRUGUIERE Jean-Michel, « L'infléchissement du formalisme des mentions dans les contrats d'auteur », in *Les contrats de propriété intellectuelle*, Dalloz, 2013, coll. Thème et commentaires, CERPI, p. 29.

BRUGUIERE Jean-Michel, « Quand le juge consacre un bail emphytéotique sur le droit à l'image ! », *Légipresse,* 2013, p.174.

BRUGUIERE Jean-Michel, FAUCHOUX Vincent, « Le livre numérique. Quel statut juridique ? », *RLDI,* n° 73, 1er juill. 2011.

BRUGUIERE Jean-Michel, « La Cour de cassation piégée par les tableaux de Spoerri ? » *RLDC,* n° 28, 1er juin 2006.

CABAY Julien, « Droit d'auteur et intelligence artificielle : comparaison n'est pas raison », *Droit-Médias-Art-Culture*, 2019/6, p. 307.

CAPRIOLI Eric A., « Mesures techniques de protection et d'information des droits d'auteur », *Comm. com. électr.* n° 11, nov. 2006, étude 30.

CAQUET Anne-Laure, « L'intelligence artificielle générative : l'Union européenne relaie le droit d'auteur au rang des exceptions », *Village de la Justice*, 24 mai 2024.

CARON Christophe, « Accès libre et gratuit aux normes : une exception officieuse au monopole de l'auteur ? », *Comm. com. électr.* n° 10, oct. 2017, comm. 78.

CARON Christophe, « Des nouvelles, toujours orthodoxes, de la création salariée », *Comm. com. électr.* n° 7-8, juill. 2016, *som. 59.*

CARON Christophe, « L'auteur est forcément une personne physique », *Comm. com. électr.*, n° 3, mars 2015, *comm.* 19.

CARON Christophe, « Le selfie simiesque », *Comm. com. électr.* 2014, comm. 9.

CARON Christophe, « Du plagiat considéré comme un des Beaux-Arts », *Comm. com. électr.* n° 5, mai 2013, repère 5.

CARON Christophe, « La rigidité du droit contractuel d'auteur assouplie par le droit civil », *Comm. com. électr.* n° 9, sept. 2012, comm. 89.

CARON Christophe, « Le droit moral de la personne morale », *Comm. com. électr.*, n° 6, juin 2012, comm. 61.

CARON Christophe, « Nouvelles menaces sur le droit d'auteur des universitaires ? », *Comm. com. électr.* n° 5, mai 2011, comm. 43.

CARON Christophe, « Festival communautaire autour du droit de reproduction », *Comm. com. électr.* 2009, *comm.* 97.

CARON Christophe, « Droit moral de l'architecte versus droit de propriété », *Comm. com. électr.* n° 9, sept. 2009, *comm.* 75.

CARON Christophe, « Fin de partie judiciaire pour l'instituteur du documentaire « Être et avoir » », *Comm. com. électr.* n° 1, janv. 2009, comm. 2.

CARON Christophe, « Quelques observations sur les montages contractuels en droit de la propriété intellectuelle », *RDC*, n° 3, 01/07/2007, p. 1001.

CARON Christohpe, « L'enseignant exproprié de son polycopié au profit de l'Université », *Comm. com. électr.* n° 5, mai 2007, comm. 69.

CARON Christophe, « Le formalisme, peau de chagrin du droit d'auteur contractuel ? » *Comm. com. électr.*, n° 1, janv. 2007, *comm.* 3.

CARON Christophe, « Un domaine public en trompe l'œil », *Comm. com. électr.*, 2005, comm. 150.

CARON Christophe, « Droit d'auteur : constance jurisprudentielle à propos de la création salariée des journalistes », *Comm. comm. électr.*, n° 7, Juill. 2005, comm. 112.

CARON Christophe, « À propos d'un contrat conclu sous l'empire des lois révolutionnaires », *Comm. Comm. électr.*, n° 7, Juill. 2005, comm. 109.

CARON Christophe, « L'adaptation doit être autorisée avant la création de l'œuvre dérivée », *Comm. com. électr.*, 2005, *comm.* n° 1.

CARON Christophe, « Le consommateur en droit d'auteur », *RLDA*, n° 77, 1er déc. 2004.

CARON Christophe, « Visite à l'orphelinat du droit d'auteur : l'œuvre audiovisuelle sans auteur », *Comm. com. électr.,* n° 12, Déc. 2003, comm. 116.

CARON Christophe, « L'insertion d'un nom patronymique dans une dénomination sociale ne vaut pas autorisation de le déposer en tant que marque » *Comm. com. électro.* n° 7-8, juill. 2003, *comm.* 70.

CARRIE Stéphanie, « Le livre numérique : un « OCNI » (Objet culturel non identifié) », *Comm. com. électr.,* n° 10, oct. 2005, étude 36.

CASTELAIN Raoul, « La durée de protection », *RIDA* n° 19, avr. 1958, p. 375.

CASTETS-RENARD Céline, « Clarification sur le périmètre de la cession légale du droit de reproduction », *RLDI*, 2014/101, n° 3338, p. 10.

CAUVIN Morgan, « Du portrait… à l'autoportrait Ou l'erreur sur la paternité confrontée à la notion de notoriété », *RLDI*, n° 43, 1re nov. 2008.

CAYROL Nicolas, « Saisie-attribution. – Objet de la saisie » ; *JCl. Procédure civile, fasc.* 1600-15.

CAYRON Jocelyne, ALBARIAN Alexis, « Financer la création culturelle par l'instauration d'un domaine public payant : le renouveau contemporain d'une notion ancienne », *LEGICOM*, 2006/2, n° 36, p. 120.

CHAIEHLOUDJ Walid, « La lutte contre le déséquilibre dans les contrats de la propriété intellectuelle. Regards prospectifs après la réforme du droit civil des contrats », *RTD Com*. 2017 p. 527.

CHAMPEAU Guillaume, « Quel impact pour l'affaire Grokster ? », *Numerama*. https://www.numerama.com/tech/1897-quel-impact-pour-l-affaire-grokster.html

CHARTIER Roger, « La mort du livre ? », *Communication & langages*, n◦ 159, mars 2009, p. 57 à 65.

CHEYNET DE BEAUPRE Aline, « L'expropriation pour cause d'utilité privée », *JCP G*, n° 24, 15 juin 2005, I, 144.

COCQUEMPOT-CAULIER Nicole, « Enfants artistes, diversité des dons, égalité des protections », *Journal du droit des jeunes*, 2011/7, n° 307, p. 13-18.

COHEN Béatrice, « Appropriation artistique d'une Joconde playmobil : création originale ou contrefaçon ? », *Village-justice*, 7 nov. 2022.

COLOMBET Claude, « La notion d'exemplaire original d'une œuvre d'art graphique ou plastique pour l'exercice du droit de suite », *D.*, 1994, p. 93.

CORNU Marie, « Droits d'auteur des fonctionnaires : le périmètre contenu de l'exception de service public », *D.* 2006, p. 2185.

CORNU Marie, « L'œuvre, l'auteur et la signature », *Hypothèses*, 2006, vol. 9, n° 1, 2006, p. 385-390.

COUCHEPIN Pascal, « Un coup de hache dans la tête », *Le Regard Libre*, 2022/7, n° 87, p. 7-7.

CSPLA (rapport), *Mission intelligence artificielle et culturelle*, 27 janvier 2020.

DALEAU Jeanne, « Portée du lien entre les coauteurs d'une œuvre de collaboration », *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 36.

DAVIES Gilian, « Gestion collective et intérêt général », *Dr. autr.*, 1989, p. 86.

DEBARNOT Jean-François, « L'expérience de l'Ina relative à l'utilisation d'œuvres audiovisuelles et sonores éventuellement orphelines », *Comm. com. électr.*, n° 1, janv. 2010, étude 1.

DE BERTIER-LESTRADE Bérénice, « La bonne foi dans la réforme française des contrats » in *Le contrat dans tous ses États*, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2019, p. 141-160.

DELAMER Franck, VAN EECKHOUT Arnaud, « Licence de logiciel : son régime juridique à l'épreuve de la pratique », *RDC*, n° 3, 01/03/2004, p. 817.

DELPECH Xavier, « Consécration du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel », *Dalloz actualité*, 1er mars 2022.

DERIEUX Emmanuel, « Œuvres orphelines ou état de déshérence. Le droit d'auteur réduit comme peau de chagrin », *RLDI* 2013/90, n° 2987.

DE SANCTIS Valerio, « Considérations sur la durée du droit d'auteur », *RIDA*, n° 5, oct. 1954, p. 42.

DESVIGNES Jade, « Requalification d'une cession de droits d'auteur en donation : la fin des contreparties symboliques ? », *Dalloz actualité*, 4 nov. 2024.

Discours tenu lors du « GSMA Mobile Asia Congress », cité dans « Techcrunch » par Duncan Riley, 14 nov. 2007.

DORMONT Sarah, « Droit d'auteur - Droits patrimoniaux », *Répertoire IP/IT et Communication,* septembre 2019, n° 46.

DOURGNON Julien, « L'impact de l'interopérabilité pour les consommateurs », *RLDI*, n° 23, 1er, janv. 2007.

DOUVILLE Thibault, « Le droit d'auteur du majeur protégé *»,* in *Nouveau droit des majeurs protégés*, Dalloz, 2012, p. 125.

DRAME Mamadouba, « Quand les positions du Kamasutra s'invitent dans l'éternel débat sur la notion d'originalité en droit d'auteur ! », *Les MAJ IRPI*, n° 8, mai 2019, p. 4.

DREYER Emmanuel, « La réforme du dépôt légal », *Comm. com. électr.* n° 11, nov. 2006, étude 32.

DU MARAIS Bertrand, « Régulation de l'internet : des faux-semblants au retour à la réalité », *RF adm. publ.*, 2004/1, n° 109, p. 83-91.

DULONG DE ROSNAY Mélanie, « Image et droit, là où la technique s'en mêle… », *Documentaliste-Sciences de l'Information,* vol. 42, n° 6, 2005, p. 405-411.

DUMONS Olivier, « *Droits d'auteur : la résistance s'organise* » : Lemonde.fr, 06.07.06 https://www.multitudes.net/article26542654/

DURET-ROBERT François, « Droit du marché de l'art »*, Dalloz Action*, 2020/2021, n° 332, p. 33.

EDELMAN Bernard, « Un arrêt « d'outre-tombe », *D.*, 2006 p. 661.

EDELMAN Bernard, « L'incorporation d'une œuvre de l'esprit dans une œuvre composite ne prive pas l'auteur de l'œuvre préexistante de son droit d'en poursuivre ou d'en reprendre librement l'exploitation », *D.* 1994, p. 90.

« Édition numérique : une actualité législative édifiante », *RTD com.* 2012, p. 557.

EL BADAWI Lamia, « La nécessaire révision du régime français d'exploitation numérique des livres indisponibles », *Rev. UE*, 2017, p. 78.

ETIENNEY DE SAINTE MARIE Anne, « Le dessaisissement de l'auteur adhérent d'une société de gestion collective : précisions et nouvelles interrogations », *D*, 2015 p.410.

FABIANI Marie-Hélène, « La diffusion et l'appropriation des œuvres orphelines à l'occasion de l'affaire Google », *Gaz. Pal.* 19 juin 2010, p. 15.

FAES Hubert, « Droits de l'homme et droits culturels », *Transversalités*, vol. 108, n° 4, 2008, p. 85.

FAURE Louis-Joseph, « Rapport sur la future loi du 6 pluviôse an XII (27 janvier 1804) sur la propriété, Tribunat, 30 nivôse an XII (21 janvier 1804) », Paris impressions nationales, 1804.

FAVREL Coraline, « Assignation en contrefaçon de droit d'auteur : précisions ou nullité », *Dalloz actualité*, 1er juill. 2024, V. TJ Lyon, 3 juin 2024, n° 23/00986.

FLEURY Pauline, « Le marché de l'art sous surveillance », *RDC*, n° 165, 1er déc. 2018.

FRANÇON André, « Originalité, condition de protection du droit d'auteur », *RTD com*. 1999, p. 390.

FRANÇON André, « Personne morale. Titularité du droit d'auteur », *RTD com.,* 1995, p. 418.

FRANÇON André, « Colorisation des films. Droit au respect des auteurs. Contrat régi par une loi étrangère ne reconnaissant pas ce droit. Loi française d'application impérative », *RTD com*. 1991, p. 386.

FRANÇON André, « La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur », *D.* 1976, p. 55.

G'SELL Florence, « Patrimoine affecté et *common law* », in *: Les patrimoines affectés* [en ligne], Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2013, p. 97-108. https://books-openedition-org.bases-doc.univ-lorraine.fr/putc/622

GALICHET Charlotte, « Le droit de la propriété intellectuelle autorise-t-il les parodies ? », *Village de la justice*, mardi 16 juin 2020 : https://www.village-justice.com/articles/droit-propriete-intellectuelle-autorise-les-parodies,35755.html

GALOPIN Benoît, « Le régime des œuvres orphelines… adopté », *Juris art etc. JAC*, 2015, n° 27, p.27.

GAUBIAC Yves, « Œuvres créées avec un ordinateur », *Jcl. Propriété littéraire et artistique*, Fasc. 1164, févr. 2014.

GAUDRAT Philippe, « Épuisement du droit de distribution », *RTD com.* 2024, p. 657.

GAUDRAT Philippe, « Les modèles d'exploitation du droit d'auteur », *RTD Com.* 2009 p. 323.

GAUTHIER Jeanne, « L'IA générative dans l'art : le droit d'auteur bousculé », *Quantmetry.com,* 07/09/2023.

GAUTIER Pierre-Yves, « Vers le déclin du droit de la propriété intellectuelle », *Propr. intell.*, janv. 2015, n° 54, p. 13.

GAUTIER Pierre-Yves, « L'élargissement des exceptions aux droits exclusifs, contrebalancé par le « test des trois étapes » », *Comm. com. électro.* n° 11, nov. 2006, étude 26.

GAUTIER Pierre-Yves, « La « solution Goncourt » : les fondations indirectes en droit d'auteur », *D.* 1991, p. 145.

GAUTIER Pierre-Yves, « La bicyclette bleue n'est pas une contrefaçon d'*Autant en emporte le vent* », *D.* 1991, p. 85.

GAUTIER. Pierre-Yves, « L'œuvre écrite par autrui », *RIDA* janv. 1989, p. 63.

GEIGER Christophe, GRIFFITHS Jonathan, HILTY Reto M., « Déclaration en vue d'une interprétation du « Test des trois étapes » respectant les équilibres du droit d'auteur », *Cahier de la propriété intellectuelle*, 2012, vol. 24, n° 1.

GEIGER Christophe, « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », *D.* 2010, p. 510.

GEIGER Christophe, « Le test des trois étapes, un danger pour l'équilibre du droit d'auteur ? », *RLDI,* n° 15, 1er avr. 2006.

GHESTIN Jacques, « Le droit interne français de la vente d'objets d'art et de collection », in *La vente internationale d'œuvres d'art*, Université de Genève, ICC Publishing, 1988, p. 137.

GHESTIN Jacques, « Le droit interne français de la vente d'objets d'art et de collection », in *La vente internationale d'œuvres d'art*, Institute of International Business Law and Practice, Faculté de droit, Université de Genève, 1985.

GOUTAL Jean-Louis, « Multimédia et réseaux : l'influence des technologies numériques sur les pratiques contractuelles en droit d'auteur », *D.* 1997, p. 357.

GREFFE François, « Preuve de la cession des droits de reproduction et de représentation », *Propriété industrielle* n° 4, avr. 2007, *comm*. 33.

GRIDEL Jean-Pierre, « Des œuvres d'art, des droits auxquels elles donnent lieu et de leur protection en jurisprudence française », *RLDC*, n° 64, 1er oct. 2009.

GUEDJ Aurélia, « Non-fungible tokens et droit d'auteur : la responsabilité des plateformes NFT - Aspects de droit interne et international », *Dalloz IP/IT*, 2023, p. 97.

GUILLEMAIN Maïté, « Les effets de la loi Création sur les contrats d'exploitation des droits d'auteur », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 197.

GUILLEMAIN Maïté, « Œuvre de collaboration et procédure civile », *RLDI*, 2017, n° 141.

GUILLEMAIN Maïté, « La réforme du droit des contrats et le droit d'auteur », *JCPE*, n° 24, 16 juin 2016, aff. 1368.

HERVIEU Merryl, « S'enrichir sans cause, s'appauvrir sans faute », *Dalloz Etudiant*, 29 avr. 2020.

HUGOT Olivier, « Copyright et innovation technologique : de Sony à Grokster, avancées et faux pas de la Cour suprême », *RLDI*, n° 9, 1er oct. 2005.

JEULIN Betty, « Analyse du projet de loi américain sur la divulgation des données d'entraînement des IA génératives », *Dalloz actualité*, 27 mai 2024.

JULIENNE Frédérique, « Le mineur, acteur de la vie économique ? », *Dr. fam.,* nov. 2010, n° 11, étude 31.

JURILIB, « Interrogations sur la validité juridique des actuels contrats de production phonographique, dits contrats « 360° » (1re partie) », *RLDL*, n° 85, 1er aout 2012.

KAMINA Pascal, « Une cession à titre gratuit est-elle nécessairement une donation ? », *Comm. com. électr.* n° 4, avr. 2022, *comm.* 25.

KEREVER André, « Le droit d'auteur français et l'Etat », *RIDA* n° 110, oct. 1981, p. 83.

KERJEAN Benoît, « Pratique contractuelle. Contrats de l'édition. Les nouveaux (?) usages de l'édition numérique », *Comm.com. électr.*, sept. 2014, p. 15.

KERJEAN Benoît, « L'obligation d'exploitation dans le contrat d'édition à l'épreuve du numérique », *Comm. com. électr.* 2012, prat. 15.

LAHALLE Thibault, « Respect dû à l'interprétation de l'artiste », *La Semaine Juridique Social* n° 12, 21 mars 2006, 1238.

LANCRENON Thibault, « *Pauca meae* sur la « suite » des Misérables », *Comm. com. électr.* n° 6, juin 2009, *comm.* 14.

LAPORTE-LEGEAIS Marie-Eugénie, « L'objet des droits d'auteur et titularité », *Fasc.* 710, *Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique*, 2009.

LARRIEU Jacques, « Chapitre 9. La propriété intellectuelle et les robots », *Journal International de Bioéthique*, 2013/4, vol. 24, p. 125-133.

LATIL Arnaud, « Droits moraux et œuvres collectives : une clarification opportune », *D.* 2012, p. 1246.

LATOURNERIE Anne, « Droits d'auteur, droits du public : une approche historique », *L'Économie politique*, n° 22, 2004/2, p. 24.

LATREILLE Antoine, MAILLARD Thierry, « Le cadre légal des mesures techniques de protection et d'information », *D.* 2006, p. 2171.

LEBRUN Tom, « L'apprentissage machine est une appropriation », *Les Cahiers de propriété intellectuelle*, vol. 30, n° 3, 2018, p. 894.

LE CAM Stéphanie, « L'IA : une menace pour le droit d'auteur ? », *Prologue d'Alca*, 05 déc. 2023.

Le Lamy droit pénal des affaires, « 2673 La tromperie par réticence ».

Le Parisien avec AFP, « L'œuvre auto-détruite de Banksy vendue à 18,5 millions de livres, un record pour l'artiste », 14 oct. 2021. https://www.leparisien.fr/culture-loisirs/loeuvre-auto-detruite-de-banksy-vendue-a-185-millions-de-livres-un-record-pour-lartiste-14-10-2021-M46L6ULHPFBOND5IS35QX34ROY.php.

Le Parisien, « Manu Dibango attaque Michael Jackson en justice », 17 janvier 2009 : https://www.leparisien.fr/culture-loisirs/manu-dibango-attaque-michael-jackson-en-justice-17-01-2009-376723.php

« Le prix du livre numérique », *Franceinter*, mercredi 6 mai 2020 https://www.radiofrance.fr/franceinter/podcasts/les-80-de/le-prix-du-livre-numerique-4992200 consulté le 12/12/2024.

LUCAS André, « Transposition insuffisante de l'article 18 de la directive (UE) n° 2019/790 posant le principe d'une rémunération appropriée », *LEPI* janv. 2023, n° DPI201g7.

LUCAS André, SIRINELLI Pierre, « L'originalité en droit d'auteur », *JCP* 1993. I., n° 23, 3681, n° 1.

LUCAS-SCHLOETTER Agnès, « Le domaine commun informationnel », *Dalloz IP/IT*, 2018, p. 90.

M. H., « Délivrance conforme et vices cachés : rappel de la distinction », *Dalloz actu étudiant*, 14 mars 2014 : https://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/delivrance-conforme-et-vices-caches-rappel-de-la-distinction/h/28a857c5143590586232 55dc6e326795.html

MACREZ Franck, « L'exploitation numérique des livres indisponibles : que reste-t-il du droit d'auteur ? », *D.* 2012, p. 749.

MAHE Delphine, « Les aventures de Tintin au pays de la contrefaçon », *Dalloz actualité*, 16 janv. 2023.

MAILLARD Thierry, « La « réponse pénale graduée » en matière d'atteintes aux mesures techniques de protection et d'information », *RLDI*, n° 23, 1er janv. 2007.

MALWE Claire, « La répartition des droits de propriété intellectuelle entre l'administration et ses agents », *AJDA*, 2017, p. 2050.

MATTIUSSI Julie, « Adoption simple d'un majeur protégé : quand l'intérêt prime le consentement », *AJ fam*. 2018, p. 674.

MERCOUROFF Wladimir, « La licence légale, pas si injuste », *Libération*, vendredi 30 déc. 2005 : https://www.multitudes.net/la-licence-legale-pas-si-injuste/.

MESTRE Jacques, « Réflexions juridiques sur la cote », *RLDC*, n° 165, 1er déc. 2018.

MEURIS Florence, « Est-il nécessaire de protéger le domaine public ? », *Comm. com. éltr*. 2013. Alerte 77.

MEYER-BISCH Patrice, « Les droits culturels. Enfin sur le devant de la scène ? », *L'Observatoire*, vol. 33, n° 1, 2008, p. 9.

MAUREL-INDART Hélène, « Techniques du plagiat », *Médium*, 2012/3, n° 32-33, p. 249.

MOURON Philippe, « La dégradation du droit au respect d'une œuvre monumentale », *Dalloz IP/IT*, 2020, p. 440.

MOURON Philippe, « De la cession du droit de diffusion de photographies d'illustration dans un service d'archives en ligne », *Dalloz IP/IT,* 2019, p. 623.

« *Orphan works Act* », Congress 109th, 2005-2006, H.R. 5439.

PASSA Jérôme, « Incidence de la liberté contractuelle sur l'existence et la portée des droits de propriété intellectuelle ? », *RDC*, 4 déc. 2020, p. 144.

PASSA Jérôme, « Les limitations contractuelles : caractère impératif ou supplétif des exceptions au droit d'auteur ? », *RLDI*, n° 94, 1er juin 2013.

PETELIN Tanja, « Indivisibilité entre les coauteurs dans l'action en résiliation des contrats d'exploitation des œuvres de collaboration », *Dalloz IP/IT*, 2017, n° 222.

PECAUT-RIVOLIER Laurence, « Le mandat de protection future », *D*. 2009, p. 216.

PFISTER Laurent, « Mort et transfiguration du droit d'auteur ? Éclairages historiques sur les mutations du droit d'auteur à l'heure du numérique », *Les cahiers de la justice*, 2012, p. 13.

PIATEK Dariusz, « Le droit d'auteur, constitue-t-il un système clos et autosuffisant ? Pour une redéfinition de « l'équilibre interne » », *Légipresse*, n° 62, HS2, 2019, p. 99-111.

PIATTI Marie-Christine & KAHN Anne-Emmanuelle, « Remise des prix 2012 au master 2 « Droit de la PI – Droit du design » : Des créations singulières. La main, le corps et l'esprit », *Propriété industrielle* n° 12, déc. 2012, alerte 76.

PIERRAT Emmanuel, « Le plagiat à l'épreuve du droit », *Raison présente,* 2018/3, n° 207, 2018, p. 83.

PIGNATARI Olivier, « Les consommateurs en ont rêvé, les juges nanterrois l'ont fait : un pas vers l'interopérabilité grâce au droit de la consommation… », *RLDI*, n° 24, 1er févr. 2007.

PIRIOU Florence-Marie, « Nouvelle règlementation européenne sur les œuvres indisponibles et la gestion collective étendue (Commentaire des articles 8 à 11 de la directive) », *Comm. com. électr*., n° 10, oct. 2019, dossier 4.

PIRIOU Florence-Marie, « La numérisation des livres sans autorisation constitue un délit de contrefaçon (TGI Paris, 18 déc. 2009, aff. Google recherche de livres) », *Comm. com. électr*. mai 2010 n° 5 p. 15, § 11.

PHILIPPOT Rémy et TERESI Laurent, « Réforme du droit d'auteur des agents publics : la nouvelle donne pour les collectivités publiques », *JCP A* 2006, 1195, n° 37.

POLLAUD-DULIAN Frédéric, « La création, ça dégouline : du street art au prêt-à-porter », *RTD com*. 2024, p. 271.

POLLAUD-DULIAN Frédéric, « La Joconde Playmobilisée sur le front de la contrefaçon », *RTD com*. 2023, p.113.

POLLAUD-DULIAN Frédéric, « Indivisibilité de chansons et courtes citations : écrire la biographie d'un auteur sans citer son œuvre ? », *RTD com*. 2020, p. 89.

POLLAUD-DULIAN Frédéric, « « Tags » ajoutés à l'œuvre par l'auteur : à malin, malin et demi », *RTD com*. 2018, p. 676.

POLLAUD-DULIAN Frédéric, « Œuvre de commande. Cession de droits d'auteur. Preuve. Rencontre de volontés. Pollicitation. Condition et réserves », *RTD Com*. 2017 p. 906.

POLLAUD-DULIAN Frédéric, « Programme d'ordinateur. Originalité. Preuve. Éléments d'appréciation », *RTD com*. 2013, p. 708.

POLLAUD-DULIAN Frédéric, « Utilisations autorisées des œuvres orphelines (Directive n° 2012/28 du 25 octobre 2012, JOUE L. 299 du 27 octobre 2012, p. 5 ; Proposition de directive, COM (2011) 289 Final du 24 mai 2011) », *RTD com*. 2012, p. 783.

POLLAUD-DULIAN Frédéric, « Œuvres composites », *RTD com*. 2012, p.763.

POLLAUD-DULIAN Frédéric, « Le droit de divulgation de l'auteur et la théorie de l'abus de droit », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 22, 27 mai 2009, II 10093.

POLLAUD-DULIAN Frédéric, « Jeu vidéo. Qualification. Logiciel. Œuvre complexe », *RTD com*., 2009, p. 710.

POLLAUD-DULIAN Frédéric, « L'apport de droits d'auteur à une société de gestion collective », *Comm. com. électr*. n° 1, janv. 2008, étude 2.

POLLAUD-DULIAN Frédéric, « Droit moral. Droit de divulgation *post mortem*. Conflit entre héritiers. Règlement d'indivision », *RTD com*. 2005, p. 86.

POLLAUD-DULIAN Frédéric, « Le droit de destination et la location des exemplaires de reproduction », *RTD com*. 2004, p. 484.

PRIM Quentin, « La place du mandant dans le dol commis par le mandataire », *La lettre juridique*, déc. 2021.

Rapport du CSPLA sur la preuve de l'originalité, 15 décembre 2020

Rapport de la Commission sur les œuvres orphelines du CSPLA du 19 mars 2008. www.culturecommunication.gouv.fr

Rapp. AN n° 2349, 7 juin 2005, « *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale sur le projet de loi (n° 1206) sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information* », Christian Vanneste, p. 128.

Rapport public du Conseil d'Etat, *Etudes et documents*, n° 50, 1999.

Rép. min., JO 03 juin, 2014, p. 4520 : https://questions.assemblee-nationale.fr/q14/14-47662QE.htm

RESTIF DE LA BRETONNE Nicolas, « Contre les contrefacteurs », in *Le combat du droit d'auteur*, Les impressions nouvelles, 2001, p. 63.

ROUBIER Paul, « Licences et exclusivités », *Ann. dt commercial*, 1936, p. 289 ; *Le droit de la propriété industrielle*, TII, Sirey, 1954, p. 286.

SACEM, « Pour une intelligence artificielle vertueuse, transparente et équitable, la SACEM exerce son droit d'opt-out », Communiqué du 12 octobre 2023.

SARDAIN Frédéric, « La création contributive sur internet », *RLDI*, n° 43, 1er nov. 2008.

SCABORO Romain, « Le droit de propriété, un droit absolument relatif », *Droit et Ville*, n° 76, 2013/2, p. 237-255 ; URL : https://www.cairn.info/revue-droit-et-ville-2013-2-page-237.htm

SIRINELLI Pierre, « Le raisonnement en droit d'auteur », *in Mélanges André Françon*, Dalloz 1995, p. 410.

STORCK Michel, « Sociétés de gestion de portefeuille. – Statut. Gestion collective (OPCVM-FIA) », *JurisClasseur Sociétés Traité*, Fasc. 2210, 1er juill. 2023.

TAFFOREAU Patrick, « Création prétorienne d'une présomption simple d'autorisation par les artistes-interprètes au profit de l'INA », *Dalloz IP/IT* 2021, p. 25.

THIOLLIERE Michel, Sénat, séance du 30 juin 2006, projet de « loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information ».

TREPPOZ Edouard, « *La collectivisation du droit d'auteur : le coût des exceptions en droit d'auteur* », Journée lyonnaise du droit du e-learning, juin 2007https://web-tv.univ-lyon3.fr/permalink/v1261bedac403xmtp2n1/

UNTEREINER René, « Réflexions sur la création artistique », *Bulletin de l'Association Guillaume Budé*, n°2, juin 1960.

VAN BUNNEN Louis, « Les pseudonymes en droit intellectuel », *Comm. com. électr.* n° 12, déc. 2013, étude 21.

VARNEROT Valérie, « Variations juridiques autour de l'œuvre autodétruite de Banksy », *Comm. Comm. électr.*, n° 3, mars 2019, étude 6.

VIAL Alexandre, « La qualification juridique de l'intelligence artificielle : du silicium à la personne ? », *Revue Droit & Affaires* n° 15, déc. 2018, 4.

ZOLLINGER Alexandre, « La nécessité, nouvelle exception au droit d'auteur ? », *Propriétés intellectuelles,* 1er janv. 2019, n° 70, p. 6-17.

ZOLLINGER Alexandre, « Le plagiat, entre contrefaçon et parasitisme », *Légipresse*, 2015, p. 356.

III-Lois, Décrets, Textes internationaux

Accord de Bangui du 2 mars 1977 (révisé le 24 février 1999 et le14 décembre 2015) instituant une organisation africaine de la propriété intellectuelle.

Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, 22 sept. 2005.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée le 7 décembre 2000, JOUE, 14 déc. 2007, n° C 303/17.

Commission de l'intelligence artificielle, mars 2024.

Commission Permanente de contrôle des SPRD, 3e rapport, mars 2006.

Conseil de l'Europe, Recommandation n° R (99) 3 du comité des ministres aux États membres sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables adoptée le 23 février 1999.

Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 28 septembre 1979.

Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (révisée à Paris le 24 juillet 1971).

Convention européenne des droit de l'Homme du 4 novembre 1950, Protocole additionnel du 20 mars 1952.

Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion du 26 octobre 1961.

Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948.

Décret n° 2022-928 du 23 juin 2022 portant modification du code de la propriété intellectuelle et 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 et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE.

Décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation.

Décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du code civil.

Décret n° 96-858 du 2 octobre 1996 relatif à l'intéressement de certains fonctionnaires et agents de l'Etat et de ses établissements publics ayant participé directement à la création d'un logiciel, à la création ou à la découverte d'une obtention végétale ou à des travaux valorisés, JO, 3 oct. 1996.

Décret n° 84-431 du 6 juin 1984 fixant les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants-chercheurs et portant statut particulier du corps des professeurs des universités et du corps des maîtres de conférences.

Décret n° 81-255 du 3 mars 1981 sur la répression des fraudes en matière de transactions d'œuvres d'art et d'objets de collection.

Directive (UE) 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 et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE.

Directive 2014/65/UE du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers (directive MIF 2).

Directive 2009/65/CE du parlement européen et du conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM).

Directive 2009/24/ CE du parlement européen et du conseil du 23 avril 2009 sur « la protection juridique des programmes d'ordinateur ».

Directive 2001/84/CE du parlement européen et du conseil du 27 septembre 2001 relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale.

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.

Directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur.

Loi n° 2021-218 du 26 février 2021 ratifiant l'ordonnance n° 2019-950 du 11 septembre 2019 portant partie législative du Code de la justice pénale des mineurs.

Loi L/2019/0028/AN, 7 juin 2019, portant protection de la propriété littéraire et artistique.

Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 (art. 1) portant réforme de la prescription en matière pénale.

Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté.

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

Loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, article 7 qui modifie l'article L. 131-2 du Code de la propriété intellectuelle.

Loi n° 2015-195 du 20 février 2015 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans les domaines de la propriété littéraire et artistique et du patrimoine culturel.

Loi n° 2012-287 du 1er mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XXe siècle.

Loi n° 2011-590 du 26 mai 2011 relative au prix du livre numérique.

Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs (entrée en vigueur le 1er mars 2009).

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°s 93/83 du 27 septembre 1993 et 93/98 du 29 octobre 1993

Loi n° 85-660 du 3 juillet 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.

Loi n° 81-766 du 10 août 1981 relative au prix du livre dite « Lang ».

Loi du 6 Fructidor, l'an deuxième (23 août 1794), de la République française.

Ordonnance n° 2022-1292 du 5 octobre 2022 prise en application de l'article 18 de la loi n° 2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption.

Ordonnance n° 2021-1518 du 24 novembre 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 et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE.

Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés.

Ordonnance n° 2020-353 du 27 mars 2020 relative aux aides exceptionnelles à destination de titulaires de droits d'auteurs et de droits voisins en raison des conséquences de la propagation du virus covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation.

Ordonnance n° 2016-1823 du 22 décembre 2016 portant transposition de la directive 2014/26/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et l'octroi de licences multi-territoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur.

Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations modifiée par la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018.

Ordonnance n° 2014-1348 du 12 novembre 2014 modifiant les dispositions du code de la propriété intellectuelle relatives au contrat d'édition.

Ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 sur les pratiques anticoncurrentielles.

Proposition de loi n°1630 du 12 sept. 2023 visant à encadrer l'intelligence artificielle par le droit d'auteur.

Proposition de loi n° 860, 6 juillet 2023, portant réforme de la preuve de l'originalité de l'œuvre.

Proposition de directive du parlement européen et du conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique du 14 septembre 2016 : COM (2016) 593 final 2016/0280 (COD).

Proposition de loi AN, n° 1573, visant à consacrer le domaine public, à élargir son périmètre et à garantir son intégrité, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale, 21 novembre 2013.

Projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, AN, n° 1206, 12 novembre 2003.

Rapport du Bureau international de l'OMPI, Gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins, Dr. auteur, 1989.

Règlement (UE) 2024/1689 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (…).

Règlement (UE) 2016/679 du parlement européen et du conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

Résolution du Parlement européen du 16 février 2017 contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique (2015/2103(INL).

Traité instituant la communauté européenne signé à Rome le 25 mars 1957 (version consolidée).

IV Recueil de jurisprudences

Aix-en-Provence, 18 sept. 2024, n° 20/03143 ; *JurisData* n° 2024-016687 ; *Comm. com. électr.* n° 11, nov. 2024, alerte 323.

Aix-en-Provence, 24 nov. 2022, n° 22/04302 ; *Dalloz IP/IT* 2023, p.171, obs. Philippe Mouron.

Aix-en-Provence, 2e ch., 4 sept. 2008, n° 06/12061 ; *JurisData* n° 2008-003942.

Aix-en-Provence, 21 oct. 1965, *Meffre c/ Funel* ; *D.* 1966. jur. 70, note Greffe.

Arrêt du Conseil d'Etat du Roi, 30 août 1777 :

https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k130838f/f1.vertical

Ass. plén. 5 nov. 1993, n° 92-10.673, « *Fabris c/ Loudmer » ; JurisData* n° *1993-002407, RTD Com.,* 1994, p. 50.

Ass. plén., 7 mars 1986, n° 85-91.465. V. *D. 1986, jur.,* p. 405, note Bernard Edelman, *JCP 1986. II. 20631*, note Mousseron, Teyssié et Vivant.

Ass. plén., 7 mars 1986, n° 83-10.477 ; *JurisData* n° 1986-098125

Ass. plén., 23 juin 1972, 70-12.960, *Etang Napoléon*.

Bordeaux, 2 mai 2023, RG n° 20/02868.

Bordeaux, 10 juin 2014 ; *JurisData* n° 2015-026138.

Bordeaux, 31 janv. 2005 ; n° 03/05512.

Bourges, 1er juin, 1965, *D*. 1966. 44, note Henri Delpech.

CE, 8 nov. 2017, n° 375704, *Ass. spirituelle de l'Eglise de Scientologie ; Celebrity Center ; Juris associations* 2017, n° 569, p. 11, note Marie-Christine de Montecler ; *JurisData* n° 2017-022108.

CE, 28 juill. 2017, n° 402752, « *M. A. c/ min. envir.* » ; *JurisData* n° 2017-016073.

CE, 6 mai 2015, n° 368208 ; *D*. 2015, p. 1427, note S. Nérisson.

CE, 22 oct. 2014, n° 361464.

CE, sect., 15 oct. 2014, n° 353168 ; *JurisData* n° 2014-024135.

CE, sect., 22 mai 2013, n° 345.867 ; *JurisData* n° 2013-010138.

CE, 22 févr. 2007, n° 264541, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés ; RDSS,* 2007, p. 517, obs. Geneviève Koubi, Gilles J. Guglielmi.

CE, 11 sept. 2006, n° 265174, « *Agopyan* » ; *Jurisdata* n° 2006-07067.

CE, 5 juin 2002, n° 232392, « *Havas Interactive* » ; *JurisData* n° 2002-080160.

CE, 14 juin 1999, n° 181023, « *Conseil de la fabrique de la cathédrale de Strasbourg c/ Koening* » ; *JurisData* n° 1999-050818 ; *Comm. com. électr.* 1999, comm. 24, note Christophe Caron.

CE, Avis, 21 nov. 1972, n° 309.721, *Ofrateme*.

CE, 2 déc. 1892 ; *S.* 1894, 3, p. 97, concl. M. Romieu et note M. Hauriou.

Cass. 1re civ., 20 déc. 1982, n° 81-15.862 ; *JCP G* 1983, *II*, 20102, note Françon.

Cass. 1re civ., 6 nov. 1979, n° 77-16.001 *Cabut c/ Société Dargaud Editeurs*. *RIDA* 3/1980, p. 167.

Cass. 1re civ., 22 juin 1959 ; *D.* 1960, 129, note Henri Desbois.

Cass. req. 3 août 1915, 00-02.378.

Cass., 28 janv. 1888, *D.* p. 88. 1. 400. V. Em. Cobendy, Alcide Darras, *Codes annotés contenant sous chaque article l'analyse de la doctrine et de la jurisprudence : Code de commerce*, Tome 2, Fascicule 2, 1901- 1908, n° 182.

Cass. 24 mai 1845. *Muller c. min. pub.* ; *J. Pal.*, t2, 1845, p. 622.

Ch. mixte, 29 oct. 2021, 19-18.470.

Ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-10.413, *RTD com.* 2007, p. 550, obs. Monsèrié-Bon.

Civ., 21 mai 2014, n° 13-16.591 ; *RDC* 2014, p. 605, note Thomas Genicon.

Civ. 22 juin 1959 : *D.* 1960, p. 129, note Henri Desbois.

Civ., 14 mai 1945, *aff. Canal* ; *D.* 1945, p. 285, note Henri Desbois.

Civ., 5 déc. 1933 ; *DH* 1934, p. 49.

Civ., 16 nov. 1932, *S.* 1934, 1, p. 1, note P. Esmein.

Civ., 28 déc. 1927, *DH* 1928, p. 135.

Civ., 11 janv. 1922 ; GAJC 12e éd. 2008, n° 181.

Civ. 2 mars 1915, n° 000011, *Ville de Bagnères-de-Bigorre c. Briauhant* ; *GAJC*, 11e éd., n° 228.

Civ., 25 juill. 1887 ; *DP* 1888. 1. 5, note Sarrut, rapp. Lepelletier.

Civ. 18 août 1882, DP 1883, I, p. 213.

Civ. 25 mai 1870 ; *GAJC*, 11e éd., n° 147 ; *DP* 1870. 1. 257.

Civ., 22 avr. 1823, *S.* 1822-1824, 1, p. 234.

Civ. 1re, 25 mai 2023, n° 22-14.651, *Légipresse* 2023, p. 329, et 699, chron. C. Alleaume; *RTD com.* 2023, p. 619, obs. F. Pollaud-Dulian.

Civ. 1re, 29 mars 2023, n° 22-13.809 ; *Dalloz actualité,* 7 avr. 2023, obs. Stéphanie Le Cam.

Civ. 1re, 8 févr. 2023, n° 21-24.980 ; *Dalloz IP/IT* 2023, p. 299, obs. Guillem Querzola.

Civ. 1re, 5 oct. 2022, n° 21-15.386 ; *Dalloz actualité*, 8 nov. 2022, obs. M. Cartapanis ; *D.* 2023, p. 55, note P. Léger ; *RTD com.* 2023. 118, obs. Frédéric Pollaud-Dulian.

Civ. 1re, 24 nov. 2021, n° 19-19.942 ; *Légipresse* 2021, p. 588 ; *RTD com.* 2022, p. 287, obs. Frédéric Pollaud-Dulian.

Civ. 1re, 4 nov. 2020, n° 19-17.442 ; *RJPF*, n° 1, 1er janv. 2021.

Civ. 1re, 11 mars 2020, n° 18-14.673 ; *Dalloz Etudiant*, 29 avr. 2020, note Merryl Hervieu.

Civ. 1re, 22 janv. 2020, n° 17-18.177 ; *Légipresse* 2020, p. 88.

Civ. 1re, 4 juill. 2019, n° 18-17.155 ; *Légipresse*, 2019 p. 394.

Civ. 1re, 22 mai 2019, n° 18-12.718.

Civ. 1re, 21 nov. 2018, n° 17-22.777 ; *D.* 2018, p. 2306.

Civ. 1re, 21 mars 2018, n° 17-14.728 ; *Bull.* 2018, I, n° 57; *D.*, 2018 p. 670.

Civ. 1re, 20 déc. 2017, n° 16-13.632 ; *Légipresse* 2018, p. 65.

Civ. 1re, 4 oct. 2017, n° 16-10.411 ; *Jurisdata* n° 2017-019405 ; *Juris art etc.* 2017, n° 52, p. 10, note Rudi Fievet.

Civ. 1re, 22 juin 2017, n° 15-28.467, n° 16-11.759 ; *Légipresse* 2017, p. 363 ; *RTD com.* 2017, p. 891, obs. Frédéric Pollaud-Dulian.

Civ. 1re, 22 juin 2017, n° 14-20.310.

Civ. 1re, 24 mai 2017, 16-10.898 ; *JurisData* n° 2017-010355.

Civ. 1re, 11 mai 2017, n° 16-13.427 ; *JCP G*, n° 15, 9 avr. 2018, doctr. 436, chronique par Nicolas Binctin ; *Dalloz IP/IT* 2018. 59, obs. Jean Daleau.

Civ. 1re, 8 févr. 2017, n° 15-26.133 ; *JurisData* n° 2017-001934.

Civ. 1re, 16 nov. 2016, n° 15-22.723 ; *JurisData* n° 2016-024123 ; *Légipresse* 2016, p. 643.

Civ. 1re, 15 juin 2016, n° 14-29.741 et 15-15.137 ; *JurisData* n° 2016-011882.

Civ. 1re 14 oct. 2015, n° 14-19.214 ; *Dalloz*, 2015, p. 2126.

Civ. 1re, 30 sept. 2015, n° 14-11.944 ; *JurisData* n° 2015-021647.

Civ. 1re, 15 mai 2015, n° 13-27.391.

Civ. 1re, 9 avr. 2015, n° 13-24.772 : *D.* 2016, p. 566, obs. Moustapha Mekki.

Civ. 1re, 24 févr. 2015, n° 15-14.328.

Civ. 1re, 4 févr. 2015, n° 14-10.920 ; Grégoire Loiseau, « Contrat et vice de violence économique - Le vice et ses vertus », *Comm. comm. électr.*, n° 4, avr. 2015, *comm.* 33.

Civ. 1er, 15 janv. 2015, n° 13-23.566. *Comm. com. électr.* 2015, comm. 19, Christophe Caron ; Nicolas Bouche, « Une personne morale ne peut pas être auteur d'une œuvre littéraire ou artistique », *Propr. industr.* 2015, comm. 25.

Civ. 1re, 13 nov. 2014, n° 13-22.401 ; *D.* 2015, p. 410 ; *Légipresse*, 2015, p. 100, obs. Vincent Varet ; Frédéric Pollaud-Dulian, « Société de gestion collective. Action en contrefaçon. Cession fiduciaire. Contrats d'auteur. Formes », *RTD Com.* 2015, p. 291.

Civ. 1re, 15 oct. 2014, n° 10-12.065, *La liste Golda* ; *RTD com.*, 2014, p. 804, obs. Frédéric Pollaud-Dulian.

Civ. 1re, 10 sept. 2014, n° 13-14.532 ; *JurisData* n° 2014-02049.

Civ. 1re, 10 juill. 2014, n° 13-14.416 ; *Juris art etc.* 2014, n° 18, p. 14.

Civ. 1re, 28 févr. 2014, n° 2218.120 ; *RTD com.* 2024, p. 301, Frédéric Pollaud-Dulian.

Civ. 1re, 19 févr. 2014, n° 12-15.520.

Civ. 1re, 19 déc. 2013, n° 12-28.912 ; *RTD com.* 2014, 118, obs. Frédéric Pollaud-Dulian.

Civ. 1re, 11 déc. 2013, n° 11-22.031, 11-22.522 ; *Jurisdata* : 2013-028465.

Civ. 1re, 4 déc. 2013, n° 12-28.656 ; *D.* 2014, p. 2264, obs. David Noguéro.

Civ. 1re, 6 nov. 2013, n° 12-23.766 ; *RTD civ.* 2014, p. 84, obs. Jean Hauser.

Civ. 1re, 3 juill. 2013, n° 12-21.481.

Civ. 1re, 24 oct. 2012, n° 11-18.84 ; *RTD civ.* 2013, p. 106, obs. Jean Hauser.

Civ. 1re, 30 mai 2012, n° 10-17.780 ; *JurisData* : 2012-011572 ; *D.*, 2012 p. 1798 ; *Légipresse*, 2012, p. 410.

Civ. 1re, 22 mars 2012, n° 11-10.132.

Civ. 1re, 6 janv. 2010, n° 08-14.002 ; Civ. 1re, 17 févr. 2010, n° 08-20.950 ; *Dr. fam.* 2010, comm. 108.

Civ. 1re, 11 juin 2009, n° 08-14.138 ; *Jurisdata* n° 2009-04869 ; *Comm. com. électr.* n° 9, sept. 2009, comm. 75, note Christophe Caron.

Civ. 1re, 11 juin 2009, n° 08-12.063 ; *Dalloz actualité*, 24 juin 2009, note Sébastien de La Touanne.

Civ. 1re, 2 avr. 2009, n° 08-10.194, *Comm. com. électr*. 2009, comm. 28, obs. Christophe Caron.

Civ. 1re, 11 déc. 2008, n° 07-19.494, *RDC* 2009/2, p. 477, obs. Laithier ; *Contrats, conc. consom*. 2009, p. 68, note Laurent Leveneur.

Civ. 1re, 13 nov. 2008, n° 06-16.278 ; *Comm. com. électro*. n° 1, janv. 2009, comm. 2, Christophe Caron.

Civ. 1re, 8 oct. 2008, n° 07-16.094, *D*. 2008. AJ 2663, obs. Vincent Égéa.

Civ. 1re, 2 avr. 2008, n° 07-15.820 ; *RTD civ*. 2008, p.452, obs. Jean Hauser.

Civ. 1re, 19 sept. 2007, n° 06-18.379 ; *Dr. fam*. 2007, n° 192, note Pierre Murat.

Civ. 1re, 3 avril 2007, n° 06-13.342 ; *RLDI*, n° 29, 1er juill. 2007.

Civ. 1re, 20 mars 2007, n° 06-11.522 et n° 06-11.657 ; *Dalloz actualité* 04 avr. 2007, note E. Chevrier.

Civ 1re., 5 déc. 2006, n° 05-11.789.

Civ. 1re, 21 nov. 2006, n° 05-19.294 ; *Jurisdata* n° 2006-036062 ; *Comm. com. électr*., n° 1, janv. 2007, comm. 3, note Christophe Caron.

Civ. 1re, 7 nov. 2006, n° 05-17.165 ; *JurisData* n° 2006-035761.

Civ. 1re, 5 juill. 2006, n° 04-16.687 ; *Juris-Data* n° 2006-034647 ; *Comm. com. électr*. n° 2, févr. 2007, comm. 19, Christophe Caron.

Civ. 1re, 13 juin 2006, n° 02-44.718 ; *D*. 2006. 2470, note B. Edelman.

Civ. 1re, 21 mars 2006, n° 03-20.960 ; *RLDI*, n° 18, 1er juill. 2006, obs. Laure Marino.

Civ. 1re, 28 févr. 2006, n° 05-15.824 ; *RTD com*. 2006. 370, obs. Frédéric Pollaud-Dulian.

Civ. 1re, 8 févr. 2006, n° 04-45.203, *On va fluncher*.

Civ. 1re, 17 janv. 2006, n° 02-16.595 ; *JCP E* 2006. 1864, note Lucas.

Civ. 1re, 15 nov. 2005, n° 03-20.597 ; *JCPE* 2006. 2178, §1, obs. Alexandre Zollinger.

Civ. 1re, 25 mai 2005, n° 02-17.305 *; Comm. com. électr*., n°7, juill. 2005, *comm*. 109, obs. Christophe Caron.

Civ. 1re, 15 mars 2005, n° 03-14.820 ; *JurisData* n° 2005-027565.

Civ. 1re, 1er mars 2005, n° 02-10.903, *Orchestre national du Capitole de Toulouse* ; *JurisData* n° 2005-027233.

Civ. 1re, 3 nov. 2004, n° 03-11.011, *François Balsan* ; *D*. 2004, p. 3223, obs. Philippe Allaeys.

Civ. 1re, 27 avr. 2004, n° 99-18.464.

Civ. 1re, 16 mars 2004, n° 99-12.015 ; *Gaz. Pal*., 3 août 2004, p. 13.

Civ. 1re, 17 févr. 2004, n° 01-16415 ; *CCE* 2004, n° 99, note Christophe Caron.

Civ. 1re, 13 nov. 2003, n° 01-14.385 ; *D*. 2004, p. 200, Nicolas Bouche.

Civ. 1re, 17 juin 2003, n° 01-17.650.

Civ. 1re, 6 mai 2003, n° 01-02.237 ; *Comm. com. électr*. 2003, comm. 56, note Christophe Caron.

Civ. 1re, 28 janv. 2003, n° 00-20.014 ; *JurisData* n° 2003-017443 ; *D*. 2002, p. 2679.

Civ. 1re, 28 janv. 2003, n° 00-15.519 ; *Gaz. Pal*. 5 avr. 2003, p. 21.

Civ. 1re, 3 avr. 2002, n° 00-12.932 : *JurisData*: 2002-013787. Eric Savaux, « Chronique de jurisprudence civile générale », *Defrénois*, n°19, 15 oct. 2002, p. 1246.

Civ. 1re, 4 déc. 2001, n° 98-18.411 ; *JurisData* n° 2001-011977 ; *Comm. com. électr*. 2002, *comm*. 19, obs. Christophe Caron.

Civ. 1re, 29 mai 2001, n° 99-15.284 ; *D*. 2001, p. 1952.

Civ. 1re, 2 mai 2001, n° 98-23.080 ; *RTD com*. 2001, p. 867.

Civ. 1re, 23 janv. 2001, n° 98-19.990 ; *JurisData* n° 2001-007865 ; *Comm. com. électr*. 2001, *comm*. 52, note Christophe Caron ; *Revue Lamy droit des affaires*, n° 36, 1er mars 2001.

Civ. 1re, 28 nov. 2000, n° 97-20.653 ; *JurisData* n° 2000-007094.

Civ. 1re, 28 oct. 2000, n° 97-22.259, *Comm. comm. électr*. 2001, comm. 98, note Christophe Caron.

Civ. 1re, 24 oct. 2000, n° 97-19.032 ; *Jurisdata n° 2000-006378*.

Civ. 1re, 24 oct. 2000, *Malausséna*.

Civ. 1re, 30 mai 2000 n° 98-15242 : *D*. 2000, p. 879 ; Jacques Mestre, Bertrand Fages.

Civ. 1re, 3 mai 2000, n° 98-11.381, *Baldus*.

Civ. 1re, 7 mars 2000, n° 97-20.858 ; *RTD Civ*. 2001, p. 132, note Jacques Mestre et Bertrand Fages.

Civ. 1re, 18 janv. 2000, n° 98-10.37 ; *JurisData* n° 2000-000079.

Civ. 1re, 16 févr. 1999, n° 96-20.194 ; *JurisData* n° 1999-000688.

Civ. 1re, 30 juin 1998, n° 96-15.151 ; *D*. 1998. *IR* 191.

Civ. 1re, 24 févr. 1998, n° 95-22.282, *Bull. civ*. I, n° 75 ; *D*. 1998 p. 471, note André Françon.

Civ. 1re, 11 févr. 1997, n° 95-13. 176, *D. Affaires* 1997, p. 353.

Civ. 1re, 17 déc. 1996, n° 94-18985.

Civ. 1re, 2 avr. 1996, n° 94-14.203 ; *JurisData* n° 1996-001340 ; *D*. 1996, p. 122.

Civ. 1re, 9 févr. 1994, n° 91-20.525 ; *D*. 1994, 405, note Bernard Edelman ; *RIDA* 1994, n° 160, p. 216.

Civ. 1re, 26 janv. 1994, n° 92-11.691 ; *JurisData* n° 1994-000210.

Civ. 1re, 26 janv. 1994, n° 92-11.701 ; *JurisData* n° 1994-000209.

Civ. 1re, 26 janv. 1994, n° 92-11.691 ; *JurisData* n° 1994-000210 ; *RIDA* juill. 1994, p. 309.

Civ. 1re, 8 déc. 1993, n° 84-12.008.

Civ. 1re, 8 déc. 1993, n° 91-20.170. ; *JurisData* n° 1993-002660., *RID*, juill. 1994.

Civ. 1re, 9 nov. 1993, n° 91-17.061; *Bull.* 1993, I, n° 318, p. 221; *D.,* 1994, note Claude Colombet, p.91.

Civ. 1re, 13 oct. 1993, n° 91-14.037 ; Bernard Edelman, « *La notion d'exemplaire original d'une œuvre d'art graphique ou plastique pour l'exercice du droit de suite* », *D.* 1994, p. 138.

Civ. 1re, 13 oct. 1993, n° 91-11.241 ; *JurisData* n° 1993-002380 ; *D.* 1994. p.166, note Pierre-Yves Gautier.

Civ. 1re, 5 mai 1993, n° 91-13.664 ; *JurisData* n° 1993-001043 ; *RIDA* 1993, p. 205.

Civ. 1re, 5 avr. 1993, n° 91-15.602 ; *Contrats conc. consom.*, août-sept. 1993, comm. 145, note Leveneur.

Civ. 1re, 24 mars 1993, n° 91-16.543 ; *RTD Com.* 1995 p.418, obs. André Françon.

Civ. 1re, 10 mars 1993, n° 91-15.915 ; *Jurisdata* n° 1993000556 ; *RTD com.*, p. 48, obs. André Françon.

Civ. 1re, 10 mars, 1993, n° 91-15.774 ; *D.* 1994, p. 90, note Bernard Edelman.

Civ. 1re, 16 déc. 1992, n° 91-11.480, *RIDA* 2/1993, p. 193, note P. Sirinelli.

Civ. 1re, 6 juill. 1992, n° 97-40.572 et 96-43.749 : *D. 2000*, p. 209, obs. Jerry Sainte-Rose.

Civ. 1re, 4 févr. 1992, n° 90-21.630 ; *D.* 1992, p. 182.

Civ. 1re, 7 janv. 1992, n° 90-17.534 ; *Jurisdata*: 1992-000123 ; *RTD com*. 1992, p. 376, obs. André Françon.

Civ. 1re, 19 nov. 1991, n° 90-17.031 ; *JurisData* n° 1991-003343.

Civ. 1re, 9 oct. 1991, n° 90-12.476 ; *Jurisdata* n° 1991-002927.

Civ. 1re, 28 mai 1991, n° 89-19.522, 89-19.725 ; *Jurisdata* n° 1991-001486 ; *D*. 1993, p.197, note Jacques Raynard ; *RIDA* juill. 1991, p. 197 et 161, obs. André Kéréver.

Civ. 1re, 14 mai 1991. *Raymond Chiavarino dit Marie c. Sté parisienne d'éditions SPE* ; *JCP G*, n° 47, 20 nov. 1991, II 21760.

Civ. 1re, 14 mai 1991, n° 89-21.701 ; *JurisData* n° 1991-001480.

Civ. 1re, 10 juill. 1990, n° 89-11.213 ; *AJ Famille* 2012 p.86, *obs*. Luc Briand.

Civ. 1re, 6 juin 1990, n° 88-11.811 ; *D*. 1990, p. 171.

Civ. 1re, 18 avr. 1989, n° 87-14.563 : *RDSS*. 1990, obs. Françoise Monéger.

Civ. 1re, 29 mars 1989, n° 87-14.895 ; *RIDA,* oct. 1989, p. 262.

Civ. 1re, 7 févr. 1989, n° 87-12.293.

Civ. 1re, 4 oct. 1988, n° 86-19.272 ; *JurisData* n° 1988-001694 ; *D*. 1989. 482, note Pierre-Yves Gautier.

Civ. 1re, 9 févr. 1988, n° 86-11.557.

Civ. 1re, 1er déc. 1987, n° 85-12.046.

Civ. 1re, 30 juin 1987, n° 85-15.760 ; *D*. 1987. Somm. 442, obs. Laurent Aynès.

Civ. 1re, 7 avr. 1987, n° 85-12.101; *JurisData* n° 1987-000966.

Civ. 1re, 10 juin 1986, n° 84-14.241 ; *RTD civ*. 1987, p. 535, note Jacques Mestre.

Civ. 1re 27 mai 1986, n° 83-17.106 ; *Bull. civ. I*, n° 143 ; *D*. 1987. p. 154, note Claude Colombet.

Civ. 1re, 18 mars 1986, n° 84-16.817.

Civ. 1re, 4 févr. 1986, n° 83-13.114 ; *RTD com*. 1987, p. 198, obs. André Françon.

Civ. 1re, 5 juin 1984, n° 83-11.639, *D*. 1985. IR 312, obs. Claude Colombet ; *Gaz. Pal*. 1984, pan. 332.

Civ. 1re, 2 mai 1984, n° 83-12.056.

Civ. 1re, 7 mars 1984, n° 82-17.016, *Ranou-Graphie* ; *Jurisdata* n° 1984-700385.

Civ. 1re, 9 nov. 1983, n° 82-10.005.

Civ. 1re, 16 févr. 1983, n° 82-10.348.

Civ. 1re, 29 juin 1982, n° 81-12.803 ; *RTD com*. 1983, p. 435, obs. André Françon.

Civ. 1re, 17 mars 1982, n° 80-14.838. *D*. 1982, p. 71 note Greffe.

Civ. 1re, 7 janv. 1982, n° 80-15.294 ; *D*. 1983, p. 205, note Michel Grimaldi ; *RTD civ*. 1983, p.173, obs. Jean Patarin.

Civ. 1re, 17 nov. 1981, n° 80-12.546 ; *D*. 1983, p. 92, obs. Claude Colombet.

Civ. 1re, 17 juill. 1979, n° 77-12.199.

Civ. 1re, 22 févr. 1978 : n° 76-11.551 ; *D*. 1978, p. 601, note Phillipe Malinvaud.

Civ. 1re, 18 oct. 1977 ; *RIDA* juill. 1978, p. 170.

Civ. 1re, 12 avr. 1976, n° 74-12.149, *D*. 1976, I.R., p. 195, *RIDA* oct. 1976, p. 164 ; *RTD com*. 1978, p.103.

Civ. 1re 14 nov. 1973, n° 71-14.709, *Le prince Igor*.

Civ. 1re ,13 nov. 1973 ; *D*. 1974, 533, obs. Claude Colombet.

Civ. 1re, 9 mai 1972, n° 70-10.361 ; *R*. 1971-1972, p. 13.

Civ. 1re, 29 juin 1971 ; *Bull. civ*. I, n° 219 ; *D*. 1971. somm. 190 ; *RIDA* oct. 1971, p. 136 ; *JCP* 1971. IV. 216.

Civ. 1re, 4 juin 1971, n° 69-14.278.

Civ. 1re, 1er juill. 1970, *SARL Paris-Records et Sté Stéré-Press c/Manitas de Plata* ; *D*. 1970, p. 734, note Bernard Edelman.

Civ. 1re, 22 juill. 1968 ; *D*. 1968, p. 622.

Civ. 1re, 20 févr. 1968, *Propriétés intellectuelles*, n° 74.

Civ. 1re, 6 déc. 1966 ; *D*. 1967, p. 381, note Henri Desbois.

Civ. 1re, 6 déc. 1966, *Liaisons dangereuses* ; *JCP G* 1967, II, n° 14937, concl. R. Lindon.

Civ. 1re, 22 juin 1959, *Société G. Ricordi et Cie et autres c/ Consorts Sardou, Mosco et Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques*, *RIDA* oct. 1959, p. 161.

Civ. 1re, 4 déc. 1956 : *Gaz. Pal*. 1957, 1, 56.

Civ. 2e, 30 sept. 2021, n° 20-14.060 ; *RTD civ*. 2021. 945, note Nicolas Cayrol.

Civ. 2e, 8 sept. 2005, n° 04-12.041 ; *JurisData* n° 2005-029684.

Civ. 2e, 26 mai 1992, n° 91-11.149.

Civ. 2e, 24 juin 1987, n° 86-11.770 ; *Bull. civ*. I, n° 138, p. 79.

Civ. 2e, 9 nov. 1976, n° 75-11.737.

Civ. 3e, 25 mars 2021, n° 20-10.947.

Civ. 3e, 3 déc. 2020, n° 19-20.613 ; *AJDI*, 2021, p. 882, Jean-Pierre Blatter.

Civ. 3e, 10 oct. 2012, n° 10-28.309, 10-28.310.

Civ. 3e, 30 sept. 2009, n° 08-13.756 ; *RTD com*. 2009, p. 691 note Joël Monéger.

Civ. 3e, 21 mai 2008, n° 07-10772 ; *D*. 2008, p. 2965.

Civ. 3e, 17 janv. 2007, n° 06-10.442 ; *AJDI*, 2007, p. 416.

Civ. 3e, 25 mars 2003, n° 00-22.058.

Civ. 3e, 8 nov. 2000, n° 95-18.331 ; *D*. 2000. P.444, note Alain Lienhard.

Civ. 3e, 8 mars 2000, n° 98-15.345.

Civ. 3e, 4 mars 1998, n° 95-18.503.

Civ. 3e, 28 févr. 1984, n° 82-15.550.

Civ. 3e, 25 janv. 1983, n° 80-15.132, *RTD civ*. 1984, p. 133, obs. Jean Patarin.

Civ. 3e, 2 déc. 1981, n° 80-14.325.

Civ. 3e, 13 nov. 1979, n° 78-11.506.

Civ. 3e, 16 mai 1973, n° 72-11.698.

Civ. 3e, 15 janv. 1971, n° 69-12.180 ; *RTD civ*. 1971, p. 839, obs. Yvon Loussouarn.

Civ. 3e, 15 janv. 1971; *Bull. civ*. III, n° 38.

CA Paris, 9 juill. 1971*, RIDA* 1973, n° 76, p. 160.

CAA Versailles, 15 mars 2007, n° 04VE00338, *JurisData* n° 2007-329800.

CEDH, 19 févr. 2013, n°40397/12, Aff. *The Pirate Bay* ; *LEPI*, 15 mai 2013, n° 5, p. 3, note Carine Bernault.

CEDH, sect. I, 27 mars 2008, C. c/ Russie, n° 44009/05.

CEDH, 29 janv. 2008, req. n° 19247/03, *Balan c/ Moldavie*.

CJCE, 16 juill. 2009, C-5/08 *Infopaq International A/S / Danske Dagblades Forening*.

CJCE, 20 oct. 1993, n° C-92/92 ; *Jurisdata* : 1993-620009.

CJCE, 21 mars 1974 ; *aff*. 127/73, pts n° 8, *SABAM*, *Rec*. p. 313.

CJUE, 17 juin 2021, *aff*. C-597/19 ; *D*. 2021. 1184.

CJUE, 18 déc. 2019, *aff. C-666/18, IT Development SAS c/ Free Mobile SAS*. V. *Dalloz IP/IT* 2020, 490, note Pauline Léger.

CJUE, 29 juill. 2019, *aff*. C-476/17, *Pelham* : *D*. 2019. 1742, note Guillem Querzola.

CJUE, 16 nov. 2016 aff. C-301/15 ; *Prop. intell.* 2017, n° 62, p. 30, note Jean-Michel Bruguière.

CJUE, 3 sept. 2014, aff. C-201/13, *Johan Deckmy*.

CJUE, 27 juin 2013, aff. jtes n° C-457/11 à C-640/11, *Verwertungsgesellschaft Wort c/ Kyocera, Epson et Xerox et Fujitsu et Hewlett-Packard*, *D.* 2013, p. 1680.

CJUE, 3e ch., 15 mars 2012, aff. C-135/10, *Società Consortile Fonografici (SCF) c/ Marco Del Corso ; Comm. com. électr.* n° 5, mai 2012, comm. 48, Christophe Caron.

CJUE, 4e Ch., 23 janv. 2014, n° C-355/12, « *Nintendo* » : *RTD-Com.*, janv. 2014, p. 108-112, note Frédéric Pollaud-dulian ; *RLDI*, n° 102, 1er mars 2014, obs. Audrey Lefèvre.

CJUE, 5e ch., 14 nov. 2019, aff. C-484/18, *SPEDIDAM, M. Salaam Clarke et M. Spearman c/ Institut national de l'audiovisuel, D.* 2019, p. 2245.

Com., 15 janv. 2025, n° 23-14.625.

Com., 26 juin 2024, n° 23-13.535 ; *Dalloz actualité*, 11 juill. 2024, note Vincent Giovannini.

Com., 4 oct. 2023, n° 22-15.781.

Com., 5 avr. 2023, n° 21-20.905 ; Gazette *du Palais,* 30 mai 2023, n° 18, p. 25 ; obs. Julien Risser.

Com., 26 janv. 2022, n° 20-16.782 ; *D.* 2022, p. 539, obs. Sandrine Tisseyre.

Com., 27 janv. 2021, n° 18-20.702 ; *JurisData* n° 2021-019565 ; *Contrats. conc. consom.,* n° 5, mai 2021, comm. 84, obs. Marie Malaurie-vignaL ; Mamadouba Dramé, « La notion de distinctivité au cœur de la bataille entre deux "GIANT" ! », *MAJ. IRPI*, n°26, mars 2021, p. 10.

Com., 12 févr. 2020, n° 17-31.614 ; *Légipresse* 2020, p. 472.

Com., 2 oct. 2019, n° 18-11854 ; *Gaz. Pal.* 24 mars 2020, n° 376f0, p. 64, obs. Maud Laroche.

Com., 10 juill. 2018, n° 16-23.694 ; *D.* 2018, p. 1549.

Com., 10 déc. 2013, n° 11-19.872, *Lancôme* ; J. Berberian, *JAC,* 2014, n° 10, p. 12 ; *RTD Com.* 2014 p.103, obs. Frédéric Pollaud-Dulian.

Com., 1er oct. 2013, n° 12-20.278. *D.* 2013. 2332, obs. Valérie Avena-Robardet.

Com., 5 juin 2012, n° 11-19.627 ; *D.* 2012, p. 1604, obs. Xavier Delpech.

Com., 25 juin 2009, n° 07-20.387 ; *Comm. com. électr.* 2009, comm. n° 76, obs. Christophe Caron.

Com., 15 janv. 2008, 06-14.698.

Com., 6 nov. 2007, n° 06-15.227.

Com., 3 oct. 2006, n° 04-13214 ; *D.* 2007 p. 765.

Com., 24 janv. 2006, n° 04-19.061 ; *RTD com.*, 2006, p. 435, obs. Monsèrié-Bon.

Com., 27 sept. 2005, n° 03-20.390; *D.* 2005 p. 2526.

Com., 26 nov. 2003, n° 00-22605, « *Affaire TF1* » ; *Jurisdata* n° 2003-021075 ; *RTD.Com.* 2004, 458, obs. E. Claudel.

Com., 22 oct. 2002, n° 00-12.914 ; *D.* 2002 p. 3142, obs. Eric Chevrier.

Com., 19 déc. 2000, n° 98-14.108 ; *D.* 2002. somm. 1007, obs. Geneviève Pignarre.

Com., 26 janv. 1999, n° 96-22.457 ; *D.* 2000 p. 87.

Com., 29 mars 1994, n° 92-11.843 ; *D.* 1994, p. 109.

Com., 5 nov. 1991, n° 90-11.565, 90-11.811 ; *D.* 1993, p. 63, note Daverat ; *RIDA* avr. 1992, p. 179, note Françon.

Com., 6 nov. 1990, n° 88-18.007, *D.* 1992, p. 313.

Com., 28 av. 1987, n° 86-16.084 ; *RTD civ.* 1987, p. 746.

Com., 4 mars, 1986, n° 83-16.848 ; *JurisData* n° 1986-000009.

Com., 5 nov. 1985, n° 83.10-481; *JurisData* n° 1985-702930.

Com., 20 mai 1980, n° 78-10.833 : *Bull. civ.* n° 212.

Com., 12 févr. 1980, n° 78-11.538.

Com., 3 oct. 1978, n° 77-10.915.

Com., 24 janv. 1972, n° 70-11.878 ; *Bull. civ.* IV, n° 27.

Com., 10 févr. 1969 ; *Bull. civ.* IV, n° 54.

Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580-DC, consi. n°16 ; *AJDA* 2009, p. 1132.

Cour suprême des États-Unis d'Amérique, 27 juin 2005, n° 04-480, « *Metro Goldwyn Mayer studios Inc. et al. v. Grokster, ltd., et al.* » ; *Comm. comm. électro.* n° 9*, sept. 2005,* comm. 130.

Court of appeals for the ninth circuit, 23 avr. 2018, n° 16-15469,

https://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2018/04/23/16-15469.pdf

Crim., 29 nov. 2023, n° 22-84.238 ; *Dalloz IP/IT* 2024, p. 221, note Thibault Lentini.

Crim., 03 nov. 2021, n° 21-81.356 ; *Légipresse* 2021, p. 589 ; *RTD com.* 2021, p. 952, obs. B. Bouloc.

Crim., 15 janv. 2019, n° 17-87.480.

Crim., 20 juin 2018, n° 17-86.402*, Les Valseuses : Légipresse* 2018, p. 605.

Crim., 27 févr. 2018, n° 16-86.881, *eMule* ; *RLDI*, n° 147, 1er avr. 2018.

Crim., 12 mars 2013, n° 12-85.163, *JurisData* n° 2013-006702 ; *Comm. com. électr.*, n° 7-8, juill. 2013, comm. 74, note Christophe Caron.

Crim., 25 sept. 2012, n° 11-84.224, *Radioblog* ; *JurisData* n° 2012-022749 ; *RLDI*, n° 88, 1er déc. 2012 ; ; *Légipresse*, 2013, n° 302, p. 97, note Vincent Varet.

Crim., 1er juin 1994, n° 93-83.077.

Crim., 19 mars 1926 ; Gaz. *Pal.* 1926, 1, p. 688, *DP*, 1927, 1, p. 25, note Marcel Nast ; *Le Droit d'Auteur*, n° 7, 15 juill. 1944, p. 78.

Crim., 1er févr. 1912 ; Gaz. Pal. 1912. 1. 437.

Crim., 27 novembre 1869, *Prud'homme c/V. Dubus ; D.* 1870, 1, 186.

Décision n° 2024-1109, QPC du 18 octobre 2024, *Groupement forestier Forêt de Teillay et autres*.

Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet.

Décision n° 2006-540 DC du 27 juill. 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

Décision du 19 août 2004, *Metro-Goldwyn- Mayer Studios, Inc. et al. v. Grosker Ltd*. (03-55894) : *Comm. com. électr.*, oct. 2004, alerte n° 203, obs. Pascal Kamina.

Décision n° 89-256 DC du 25 juill. 1989.

Douai, 30 mai 2024, n° 22/01806 ; *Dalloz Actualité,* 21 juin 2024, note Matthieu Berguig.

Douai, 8 févr. 2024, n° 22/03719 ; *Dalloz actualité*, 08 mars 2024, note Kamilia Bentaïeb.

Grenoble, 3 sept. 2012, n° 09/04790.

Grenoble, 18 janv. 2001 ; *RIDA* 2001, n° 189, p. 362, obs. Kéréver ; *Comm. com. électr.* juin 2001, *comm.* 59, p. 28, note Christophe Caron.

Lyon, 4 janv. 2022, n° 19/05278.

Lyon, 1re ch., 9 déc. 1999, n° 99/05631.

Lyon, 26 sept. 1997 ; *JCP* E 1999, p. 909, n° 3, obs. Vivant et Le Stanc ; *JurisData* n° 1997-056028.

Lyon, 28 nov. 1991 : *JurisData* n° 1991-603538 ; *Gaz. Pal.* 1992, 1, p. 275, note A. Forgeron.

Lyon, 23 janv. 1907 : *D.* 1908. 2. 73 (3e esp.), note Louis Josserand.

Orléans, 15 juin 2006, n° 05/02452 ; *JurisData* n° 2006-323014.

Paris, 29 janv. 2025, n° RG 22/19766.

Paris, 29 nov. 2023, n° 21/22461.

Paris, 27 sept. 2023, n° 21/11106 ; *PIBD* 2023, 1215, III, 5.

Paris, 7 juill. 2023, n° 23/03376.

Paris, 14 avr. 2023, n° 21/09779 ; *LEPI* janv. 2024, n° DPI202a9, note Anne-Emmanuelle Kahn.

Paris, 25 janv. 2023, n° 19/15256 ; *Comm. com. électr.* n° 3, mars 2023, comm. 14, Pascal Kamina ; *Dalloz actualité* 24 févr. 2023, obs. Jade Desvignes et Stéphanie Le Cam.

Paris, 30 sept. 2022, n° 20/18194, *Sollier c/ Sifra et Dooble Pics,* « *Joconde Playmobil* » ; *Dalloz actualité* 27 octobre 2022, note Ophélie Wang ; *Prop. Intell.* 2023, n° 86, p. 21, obs. Jean-Michel Bruguière.

Paris, 11 mai 2022, n° 19 /20486, *Ma belle-mère, mon ex et moi* ; *JurisData* n° 2022-012100.

Paris, 4 mars 2022, n° 20/13051 ; *JurisData* n° 2022-003701 ; *Dalloz IP/IT*, 2022. 507 ; obs. Philippe Mouron.

Paris, 11 mai 2021, n° 19/00977, *JurisData* n° 2021-019038.

Paris, 23 févr. 2021, n° 19/09059, « *Fait d'hiver* », *Jeff Koons et autres c/ F. Davidovici* ; *RTD com.* 2021, p. 818, Frédéric Pollaud-dulian ; *Dalloz actualité,* 12 mars 2021, note Ophélie Wang.

Paris, 19 janv. 2021, n° 18/07991 ; JurisData n° 2021-006548.

Paris, 10 mars 2020, n° 18/08248 ; *JurisData* n° 2020-009613.

Paris, 19 mars 2019, n° 17/15634, *Impexit c/ Beau Souvenir*.

Paris, 15 mars 2016 ; *JurisData* n° 2016-029915.

Paris, 28 janv. 2016, n° 14/02599 ; *Juris art etc*. 2016, n° 36, p. 11, note Pierre Noual.

Paris, 18 sept. 2013, n° 12/02480.

Paris, 14 janv. 2013, n° 12/03648 ; *D*. 2013. 2196, obs. Lemouland, Noguero et Plazy.

Paris, 25 nov. 2011 ; *Comm. com. électr. 2012*, chron. 6, n° 10, obs. Benjamin Montels.

Paris, 22 mars 2011 ; *RTD com*. 2011, p. 354, obs. Pollaud-Dulian ; *RIDA* janv. 2012, p. 185.

Paris, 18 févr. 2011, n° 09/19272, *Légipresse* 2011, p. 233, obs. Patrick Vilbert.

Paris, 16 févr. 2011, n° 09/09393.

Paris, 26 mars 2010 ; *Comm. com. électr*. 2010, n° 107, note Caron ; *Légipresse* 2010. III. 448, obs. Alleaume.

Paris, 10 févr., 2010, *Éditions Robert Laffont c/ Bauby et de La Rochefoucaud ; Propr. intell*. avr. 2010, p. 717, obs. Alexis Lucas

Paris, 9 juin 2009, n° 07/02345.

Paris, 28 janv. 2009 : *RJDA*, 2009, n° 586 ; *RTD civ*. 2009, p. 529, note Bertrand Fages.

Paris, 19 déc. 2008, n° 07/05821.

Paris, 4 avr. 2007, *UFC-Que choisir et S. Perquin c/ Universal (…) ; RTD Com*. 2007 p. 357 obs. Frédéric Pollaud-Dulian.

Paris, 1er déc. 2006, *Sandal Calzatore* : *PIBD* 2007, 847, III, 187.

Paris, 25 nov. 2005 ; *JurisData* n° 2005-292625 ; *Comm. com. électr.*, n° 3, mars 2006, comm. 40, Christophe Caron.

Paris, 12 mai 2004, *Laichouchene c/ Sté Twentieth Century Fox Film Corporation, JCP E*, 2004. 1478, Asim Singh.

Paris, 24 mars 2004, *RIDA* 2004, n° 201, p. 315, obs. Kéréver.

Paris, 13 mars 2002 ; *D.* 2002, p. 2054.

Paris, 1re ch., 10 mai 2000 ; *JurisData* n° 2000-112151 ; *Comm. com. électr.*, juin 2000, act. 104, obs. François-Régis Levol.

Paris, 5 mai 2000, « Galerie de France c/ L'Hoir et autres » ; *Légipresse* n° 180 1er avr. 2001 ; *RIDA* 2001, n° 188, p. 352, obs. André Kéréver.

Paris, 12 janv. 2000, *Larousse* ; *JurisData* n° 2000-129451.

Paris, 29 avr. 1998, n° RG 95/20729 ; *Sté Union de Banque à Paris UBP c/ Sté Kenzo ; JurisData* n° 1998-022161 ; *JCP G 1999*, IV, 1096.

Paris, 11 juin 1997 ; *Jurisdata* n° 1997-023239.

Paris, 21 nov. 1994, n° RG: 93/006575, *JurisData* n° 1994-024648.

Paris, 21 nov. 1994 ; *RIDA* avr. 1995, p. 374.

Paris 7 juin 1994, n° 93/018155 ; 94/021662 et *JurisData* n° 1995-023726.

Paris, 18 févr. 1993 : *D.* 1993, p. 397, obs. Issabelle Wekstein-Steg ; *RID* oct. 1993, p. 214.

Paris, 9 déc. 1992, *RIDA* avr. 1994, p. 228.

Paris, 24 nov. 1992 ; *RIDA* janv. 1993, p. 191 et 161, obs. André Kéréver.

Paris, 27 mai 1992, n° 90/19.500 et *JurisData* n°1992-021311.

Paris 14 nov. 1991 : n° 89.1377, 89.14176 ; *JurisData* n° 1991-024177.

Paris, 25 oct. 1991 ; *D*. 1993. somm. 93, obs. Claude Colombet; *Légipresse* 1993, III, p. 73, note Noguier.

Paris, 13 juin 1991, *D*. 1992, somm. p. 12, Claude Colombet.

Paris, 21 nov. 1990 ; *D*. 1991, p. 85, note Pierre-Yves Gautier.

Paris, 20 avr. 1989, *Mortureux de Faudoas c/ Sté Distrivet* ; *D*. 1989. IR, p. 177 ; *RIDA* 1990, n° 143, p. 317.

Paris, 24 nov. 1988, *Cah. Dr. auteur*, juin 1989, p. 4.

Paris, 12 nov. 1986 ; *JurisData* n° 1986-026669 ; *RIDA* janv. 1987, p. 247.

Paris, 30 sept. 1983 ; *D*. 1984, p. 290, obs. Claude Colombet

Paris, 10 mars 1983 ; *Gaz. Pal*. 1983, 2, p. 365, note Oser.

Paris, 17 juin 1976, *RTD com*. 1978, p. 105, obs. Henri Desbois.

Paris, 2 mai 1975 ; *JCP* 1979. II. 19110, note Ph. Leduc.

Paris, 10 mars 1970 ; *RIDA*, juill. 1970, p. 139.

Paris, 6 mars 1933 ; *Gaz. Pal*., 1933, p. 958.

Paris, 21 mars 1865, *Annales* 1865, p. 250.

Rennes, 4 juin 2024, n° 21/04257 ; *JurisData* n° 2024-009016.

Req., 3 août 1915, 00-02.378.

Req., 15 déc. 1920 ; *S*. 1922. 1. 17, note Bourcart.

Req., 9 juill. 1885 : *DP* 1886, 1, p. 310.

Req., 21 févr. 1883, *DP* 1883. 1. 217 ; *S*. 1884. 1. 361, note Labbe.

Soc., 11 mai 2016, n° 14-26.507 ; *Légipresse,* 2016, p.327.

Soc., 8 févr. 2006, n° 04-45.203, *Jean Ferrat* ; *JurisData* n° 2006-032093.

Soc., 12 avr. 2005, n° 03-21.095.

Soc., 10 juill. 2002, n° 99-44.224 ; *Jurisdata* n° 2002-015183 ; Christophe Caron, « Inaliénabilité du droit moral de l'artiste-interprète », *JCP* E 2002, n° 1642.

TA Versailles, 17 oct. 2003, n° 0102926, *Allary c/ Université de Paris XI* ; *JurisData n° 2003-225855*.

Trib. civ. Seine, 15 avr. 1964, *D.* 1964, p. 746, note Desbois.

Trib. civ. Seine, 19 déc. 1928, *aff. du Train de 8 h 47* » ; *DH* 1929, 79.

Trib. civ. Seine, 23 août 1883 ; *Gaz. trib.*, 24 août 1883.

Trib. de la Seine du 10 août 1883 ; *Gaz. des Trib.*, 11 août 1883.

Trib. civ. Seine, 5 août 1874 ; Repos, Pataille, 75.250.

Trib. com. Seine, 7e ch. 21 déc. 1933 ; *Le droit d'auteur*, n° 7, 15 juillet 1934, p. 78.

Trib. corr. Seine, 5 mai 1818 ; *Letellier, Journ. de la Librairie*, 4818, p. 423.

TF, 1re ch. civ., 14 juin 1990 ; ATF 116 II351.

TGI Avesnes-sur-Helpe, 13 juin 2018 ; *AJ fam.* 2018, p.674, obs. Julie Mattiussi.

TGI Bayonne, 15 nov. 2005 ; *D.* 2006, p. 785.

TGI Lille, 12 févr. 2015 ; *Légipresse* 2015, p. 356, note Alexandre Zollinger.

TGI Nanterre, 15 déc. 2006, « *Association UFC-Que Choisir c/ Stés Sony France et Sony UK Ltd* » ; *D.* 2007, p. 219, obs. Cédric Manara.

TGI Nanterre, 27 oct. 2005, *Cadet c/ SAS Éditions Milan et SA Gamma* ; *Juris-Data n° 2005-288686*.

TGI Nanterre, 19 janv. 2005, *Juris-Data* n° 2005-279499, *Comm. com. électr.*, 2005, com. 150, Christophe Caron.

TGI Paris, 3e ch., 2e sec., 16 sept. 2016, n° 14/03877.

TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 18 oct. 2009, *Sté Éditions du Seuil c/ Sté Google Inc.* ; *JurisData* n° 2009-016553.

TGI, Paris, 3e ch., 29 mai 2001 ; *Prop. Industr.* n° 4, avr. 2005, étude 11, Vincent Ruzek.

TGI Paris, 15 janv. 2015, n° 14/13168 ; *Lexbase Affaires* n° 419 du 9 avr. 2015, note Fabienne Fajgenbaum et Thibault Lachacinski.

TGI Paris, 28 mai 2009 ; *Légipresse*, 2009. II. 170, obs. Christophe Alleaume.

TGI Paris, 10 avr. 2009, n° 06/17778 ; « Chanteur Jordy : condamnation de Sony-BMG », *RLDI*, n° 48, 1er av. 2009.

TGI Paris, 30 mars 2007 ; *D.* 2007. 2370, note Judith Ickowicz.

TGI Paris, 26 juin 2006, *Légipresse* 2010, p. 242, note Charles-Edouard Renault.

TGI Paris, 6 déc. 2002, *Légipresse,* 2003, n° 202, III, p. 88, note Christophe Alleaume.

TGI Paris, 5 juill. 2000, n° 97/24872, *Matt Cooper c/ Société Ogilvy et Mather*.

TGI Paris, 19 juin 1998 ; *RIDA* avr. 1999, p. 410.

TGI Paris, JEX, 24 déc. 1996 ; *JCP G* 1997, II, 22855, note Putman.

TGI Paris, 17 janv. 1990, *Héritiers Boris Vian* ; *JurisData* n° 1990-040516.

TGI Paris, 06 déc. 1989, *Trust Company Bank c/ Régine Deforges et la Sté Editions Jean-Pierre Ramsay*.

TGI Paris, 7 nov. 1988 ; *Cah. dr. auteur*, févr. 1989, p. 9.

TGI Paris, 22 mai 1987, *Cah. dr. auteur*, janv. 1988, p. 13.

TGI, Paris, 30 sept. 1983, *D.* 1984, p. 289, obs. Claude Colombet.

TGI Paris, 13 déc. 1972, *D.* 1973, p. 410, note Jacques Ghestin et Phillipe Malinvaud.

TGI Paris, 11 janv. 1971 : *JCPG* 1971, p. 16, n° 697.

TGI, Paris, 8 mai 1969, *D*. 1970, somm. 7.

TGI St Omer, 3 mai 1989, *JurisData* n° 1989-603951 *; JCP N 1990, II, 89,* obs. Thierry Fossier.

TGI Paris, 3e ch., 2 juin 1988 ; *RIDA*, janv. 1989, p. 194.

TJ Draguignan, 6 juin 2024, n° 22/05821.

TJ Lille, 1re ch., 6 sept. 2024, n° 22/00505, *X c/ Communauté urbaine de Dunkerque*.

TJ Lille, 26 mai 2020, *Mme Y. c/ LIPS & CO Editions*.

TJ Nanterre, 28 juin 2024, n° 18/06332

TJ Paris, ord. réf., 11 sept. 2024, n° 24/50726.

TJ Paris, 17 mai 2024, n° 21/11783 ; *Comm. com. électro*. n° 7-8, juill.-août 2024, alerte 216, Cabinet Racine.

TJ Paris, 24 avr. 2024, n° 23/15682 ; *Dalloz actualité* 23 mai 2024, note Matthieu Berguig.

TJ Paris, 27 mars 2024, n° 22/04505 ; *JurisData* n° 2024-010361.

TJ Paris, 27 mars 2024, n° 21/04132, *Liquidated Google ; RTD Com*. 2024 p. 271, note Frédéric Pollaud-Dulian.

TJ Paris, 31 janv. 2024, n° 20/03574, *OGF c/ SACEM et SPRE* ; *Propr. intell*. 2024, n° 91, p. 47, obs. A. Lucas-Schloetter.

TJ Paris, 12 juill. 2023, n° 23/02616 ; *Légipresse* 2023, p. 456.

TJ Rennes, 2e ch. civ., 6 mai 2024, n° 22/01433, *Monsieur Y. c/ Sté Ouest-France ; Légipresse* 2024, p. 286.

Toulouse, 2e ch., 24 janv. 2001, *Arce* ; *JurisData* n° 2001-141007.

Versailles, 16 mars 2018, n° 15/06029.

Versailles, 15 févr. 2007, *F. C. c/ SA System TV* ; *Comm. Com. Électr.* 2008, Chron. 6, § 9, obs. Montels.

Versailles, 11 déc. 1997, *D.* 1999. somm. 63, obs. Claude Colombet.

Versailles, 28 sept. 1995, *JurisData* n°1995-046427.

Versailles, 24 févr. 1994, n° RG 10316/92. *RIDA*, juill. 1994, p. 1994.

Versailles, 15 déc. 1993 ; *D.* 1994, p. 132.

Versailles, 13 avr. 1992 ; *D.* 1993, p. 402, note Bernard Edelman.

Versailles, 13 févr. 1992 : *D.* 1993, p. 402, obs. Bernard Edelman.

Versailles 3 oct. 1990 ; *D.* 1990, p. 253.

Versailles, 7 janv. 1987 ; *D.* 1987. jur. 485, note Jean-Luc Aubert.

INDEX

(Les nombres renvoient aux numéros de paragraphes)

Abus de droit, 30, 188, 406, 409, 633, 711.

Action en contrefaçon, 33, 44, 54, 63, 842.

Adaptation, 91, 96, 100.

Animaux, (création) 26, 57, 58.

Bonne foi, 32, 238, 374, 402.

Cession, 14, 29, 125, 334, 337, 338.

Clause dite du « fur et à mesure », 315.

Clause résolutoire, 398.

Confirmation (contrat) 384.

Consentement et Autorisation (distinction), 429.

Consommateur, 295, 332, 373.

Contrat « 360° », 317.

Contrat à exécution successive, 317, 424, 426, 454.

Contrat de commande, 138, 343, 344, 533.

Contrat de louage d'ouvrage, 138, 343.

Contrat de louage de chose 423, 436.

Contrat de prestation de service 637, 638, 639.

Délégation de pouvoir, 636.

Dol, 79, 294, 297, 298.

Domaine public volontaire, 663.

Droit au respect de l'œuvre et restrictions, 800.

Droit de gage général, 648.

Droit de repentir 187, 246, 263, 302.

Droit de retrait 16, 117, 187.

Droit de saisie 649.

Enrichissement injustifié 881, 882.

Erreur 280.

Exceptions au droit d'auteur 746, 760, 778, 780.

Exception et Dépôt légal, 772.

Exception et Liberté d'information, 758, 762.

Exception et Liberté de création, 758, 767.

Exception et normes, 775.

Expropriation (utilité privée) 781, 782, 787, 790.

Expropriation (utilité publique), 791, 794, 796, 818.

Fiducie, 643, 644.

Folie (création), 207.

Gestion collective, 570.

Gestion collective facultative, 608, 610.

Gestion collective obligatoire, 615, 619, 620.

Habilitation familiale, 274.

Inexistence (sanction), 376, 380, 381.

Information (notion), 764.

Intelligence artificielle générative, 23, 885 et s.

Interopérabilité, 543 et s.

Journaliste (presse), 143, 145, 485.
L'écrit (preuve), 347 et s.
L'écrit (validité), 354 et s.
L'exécutant (rôle), 55, 56.
La déclaration d'absence, 726.
La gestion d'affaire, 736.
La présomption d'absence, 720, 725.
Le retour de l'absent, 727.
Les choses communes, 735.
Livre numérique, 468, 470, 471.
Livre numérisé, 471.
Livres indisponibles, 660 et s.
Machines (création), 57.
Mandat, 626 et s.
Mandat de protection future, 243 et s.
Mesures techniques de protection, 523 et s.
Œuvre anonyme, 78.
Œuvre audiovisuelle, 91, 155, 317.
Œuvre collective, 129 et s.
Œuvre composite, 89 et s.
Œuvre de collaboration, 128 et s., 168.
Œuvres futures (cession) 345, 645.
Œuvre orpheline, 695.
Œuvre pseudonyme, **78.**
Œuvres indisponibles, 658 et s.
Œuvres non-diffusées, 702.
Opt in, ***Opt out***, 466, 684, 693, 910.
Originalité (définition), 44 et s.
Originalité (preuve), 9, 68, 840, 841.
Parasitisme, 877.
Plagiat, 860 et s.
Préjudice moral, 393, 396, 870.

TABLE DES MATIÈRES

(Les nombres renvoient aux numéros de pages)

INTRODUCTION GÉNÉRALE..... 1

PARTIE I : L'APTITUDE AU CONSENTEMENT DE L'AUTEUR ET L'INTEGRITE DU CONSENTEMENT..... 25

TITRE 1 : LA PROTECTION DU CONSENTEMENT PAR LE DROIT DE LA PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE..... 27

Chapitre 1 : L'incidence de la qualité d'auteur sur la protection du consentement 29

Section 1 : La détermination de la qualité d'auteur dans le cadre de la création d'une œuvre 29

§1 : La détermination de la qualité d'auteur de l'œuvre initiale 29

A : LE ROLE DE LA CONCEPTION SUBJECTIVE DANS LA DETERMINATION DE LA QUALITE D'AUTEUR : LA CONDITION D'ORIGINALITE.....29

1°L'originalité, source du droit de propriété intellectuelle et du pouvoir de consentir..... 30

2° L'originalité, condition de la protection du consentement par l'action en contrefaçon..... 41

B : LE ROLE DE LA CONCEPTION OBJECTIVE DANS LA DETERMINATION DE LA QUALITE D'AUTEUR : LA CONDITION DE DIVULGATION.....44

§2 : La détermination du consentement de l'auteur dans le cadre d'une œuvre composite 50

A : LA PLACE DU CONSENTEMENT DE L'AUTEUR DE L'ŒUVRE ORIGINAIRE 51

B : LA PLACE DU CONSENTEMENT DE L'AUTEUR DE L'ŒUVRE DERIVEE 58

Section 2 : Le consentement du co-auteur dans le cadre de l'œuvre de collaboration 69

§1 : Le consentement de l'auteur dans le cadre d'une œuvre collective 70

A : LE CONSENTEMENT DE L'INITIATEUR DE L'ŒUVRE COLLECTIVE.....70

B : LE CONSENTEMENT DES CONTRIBUTEURS DE L'ŒUVRE COLLECTIVE.....73

§ 2 : Le consentement de l'auteur dans le cadre d'une œuvre de collaboration 78

A : LA REGLE DE L'UNANIMITE DANS LE CADRE DE L'ŒUVRE DE DE COLLABORATION.....79

B : LES EXCEPTIONS A LA REGLE DE L'UNANIMITE DANS LE CADRE DE L'ŒUVRE DE COLLABORATION..... 86

Conclusion du chapitre 1..... 89

Chapitre 2 : Le consentement de l'auteur comme condition de validité des contrats d'exploitation.... 91

Section 1 : L'auteur et l'aptitude au consentement 91

§1 : La titularité et le consentement en droit d'auteur.....92

§2 : Le consentement de l'auteur incapable mineur 98

A : LA PROTECTION DU CONSENTEMENT DE L'AUTEUR MINEUR 99

B : L'AUTONOMIE DU CONSENTEMENT DE L'AUTEUR MINEUR.....105

§3 : Le consentement de l'auteur majeur protégé.....117

A : LA VALEUR DU CONSENTEMENT DANS LE CADRE D'UNE SAUVEGARDE DE JUSTICE.....119

B : LA VALEUR DU CONSENTEMENT DANS LE CADRE D'UNE CURATELLE..... 126

C : LA VALEUR DU CONSENTEMENT DANS LE CADRE D'UNE TUTELLE.....131

Section 2 : L'auteur et l'intégrité du consentement.....141

§1 : L'exigence d'un consentement libre et éclairé de l'auteur.....141

A : L'ERREUR DE L'AUTEUR 142

B : LE DOL DU COCONTRACTANT DE L'AUTEUR 150
§2 : L'exigence d'un consentement libre et éclairé de l'auteur et la violence économique 157
A : LA VIOLENCE ECONOMIQUE DU COCONTRACTANT DE L'AUTEUR 157
B : LE FORMALISME DU DROIT D'AUTEUR ET LA VIOLENCE DU COCONTRACTANT 163
Conclusion du chapitre 2 : 167
TITRE 2 : LA PROTECTION DU CONSENTEMENT AU SEIN DES CONTRATS EN DROIT D'AUTEUR ET DANS L'ENVIRONNEMENT NUMERIQUE 171
Chapitre 1 : Le consentement au sein des contrats en droit d'auteur 173
Section 1 : Le formalisme et le consentement de l'auteur 173
§1 : Le formalisme du consentement de l'auteur 174
A : L'exigence d'un consentement écrit et personnel de l'auteur 174
B : L'exigence d'un formalisme, l'écrit à titre de preuve 179
C : L'exigence d'un formalisme, l'écrit à titre de validité 182
§2 : Les autres justifications à l'exigence de l'écrit 188
A : La condition de l'écrit, une exigence circonscrite 188
B : La sanction de l'inobservation de l'écrit 198
C : La confirmation comme solution 202
Section 2 : La spécificité du contrat de cession en droit d'auteur 204
§1 : L'incessibilité des droits moraux de l'auteur 204
A : L'influence du droit moral sur le contrat de cession 205
B : Les limites à la prééminence du droit moral 212
§2 : La licence, une qualification adaptée aux contrats en droit d'auteur 220
A : La notion de licence en droit d'auteur 220
B : La Licence, contrat respectueux du consentement de l'auteur 238
Conclusion du chapitre 1 250
Chapitre 2 : Le consentement de l'auteur au sein de l'environnement numérique 253
Section 1 : La résilience du droit d'auteur face au numérique 253
§1 : Le maintien du principe du consentement de l'auteur 254
A : L'exploitation numérique des œuvres de l'esprit 255
B : Le numérique face à la conception classique du droit d'auteur 261
C : L'adaptabilité des règles du droit de la propriété littéraire et artistique 265
§2 : Les incidences du numérique sur le consentement de l'auteur 279
A : Les atteintes au droit d'auteur par le numérique 280
B : Le traitement des atteintes au consentement et le numérique 286
Section 2 : Les mesures techniques de protection et le consentement de l'auteur 291
§1 : La technique au service du consentement de l'auteur 292
A : La definition des mesures techniques de protection 292
B : Justifications du caractère facultatif des mesures techniques de protection 299
§2 : Interopérabilité et sanction des mesures techniques de protection 304
A : Consentement de l'auteur et interopérabilité 304
B : L'insuffisance de la protection des mesures techniques et sanction 309
Conclusion du titre 2 313
PARTIE II : LES ATTEINTES AU PRINCIPE DU CONSENTEMENT DE L'AUTEUR 317

TITRE 1 : LES ATTEINTES ENDOGENES AU CONSENTEMENT DE L'AUTEUR 319
Chapitre 1 : Les atteintes au consentement de l'auteur et la gestion collective des œuvres de l'esprit 321
Section 1 : Le consentement de l'auteur et les types de gestion collective 321
§1 : Les justifications et les formes juridiques des sociétés de gestion collective 321
A : Les justifications du mécanisme de la gestion collective 322
B : L'incidence de la forme des organismes de gestion collective 325
§2 : Le consentement de l'auteur et le pouvoir des organismes de gestion collective 330
A : L'intérêt général, fondement du pouvoir de défense des droits de l'auteur ? 330
B : L'interaction des pouvoirs des organismes avec le consentement de l'auteur 334
Section 2 : Liberté du consentement et gestion collective des œuvres de l'esprit 337
§1 : Le paradoxe de la gestion collective et le consentement de l'auteur 338
A : Le cadre de la gestion collective facultative 338
B : Le cadre de la gestion collective obligatoire 341
§2 : Les enjeux de la qualification juridique de la gestion collective et les mécanismes de garantie 344
A : Les enjeux de la qualification juridique du mécanisme de la gestion collective 345
B : Les enjeux des mécanismes de garantie sur le consentement de l'auteur 359
Conclusion du Chapitre 1 : 365
Chapitre 2 : Les atteintes au consentement de l'auteur du fait du statut juridique de certaines œuvres 367
Section 1 : Le statut juridique des œuvres indisponibles et le consentement de l'auteur 367
§1 : La catégorisation des œuvres indisponibles 368
A : Le statut juridique des livres indisponibles 368
B : Le statut juridique des autres œuvres indisponibles 372
§2 : Le consentement de l'auteur et l'exploitation des œuvres indisponibles 376
A : Le consentement de l'auteur *a priori* 376
B : Le consentement de l'auteur *a posteriori* 380
Section 2 : Le statut juridique des œuvres orphelines et le consentement de l'auteur 386
§1 : L'œuvre orpheline et le consentement de l'auteur 386
A : Définition de l'œuvre orpheline 386
B : éléments de justification de l'œuvre orpheline 393
§2 : La qualification juridique du mécanisme de gestion des œuvres orphelines 400
A : les différentes qualifications applicables 400
B : Un contournement supplémentaire au droit d'auteur 410
TITRE 2 : LES ATTEINTES EXOGENES AU CONSENTEMENT DE L'AUTEUR 413
Chapitre 1 : Les atteintes admises aux droits de l'auteur 415
Section 1 : Les atteintes légales au consentement de l'auteur 415
§1 : Les exceptions au droit d'auteur 415
A : Définition et précisions sur la notion d'exception 415
B : le test des trois étapes ou triple test 418
§2 : Justifications et extension des exceptions en droit d'auteur 421
A : Les justifications des exceptions 421
B : L'extension des exceptions en droit d'auteur 432
Section 2 : Les exceptions au droit d'auteur : une forme d'expropriation ? 437

§1 : La qualification d'expropriation pour cause d'utilité privée 437
A : Précision de la notion d'expropriation pour cause d'utilité privée 438
B : Application de la notion au droit d'auteur 440
§2 : La qualification d'expropriation pour cause d'utilité publique 445
A : Le critère fondé sur la mission de service public 445
B : Le maintien indirect d'une expropriation pour cause d'utilité publique 451
§3 : L'expropriation par l'extinction de la durée de protection 463
A : La notion de domaine public 463
B : Le domaine public, une expropriation pour cause d'utilité publique 465
Conclusion du Chapitre 1 : 472
Chapitre 2 : Les atteintes non admises au consentement de l'auteur 477
Section 1 : Les atteintes frauduleuses au consentement de l'auteur 478
§1 : La violation du consentement de l'auteur par la contrefaçon 478
A : La notion de contrefaçon 478
B : Typologie des sanctions de la contrefaçon 489
§2 : La violation du consentement de l'auteur par le plagiat 495
A : La notion de plagiat 495
B : La sanction du plagiat 501
Section 2 : L'intelligence artificielle générative et l'atteinte au consentement de l'auteur 514
§1 : Le mécanisme de l'intelligence artificielle générative 515
A : Definition de l'intelligence artificielle 515
B : Le consentement des auteurs des œuvres prexistantes 518
§2 : Le statut de l'œuvre générée par l'intelligence artificielle 522
A : l'applicabilité de la législation actuelle 523
B : les contours du droit actuel 527
Conclusion du Chapitre 2 du titre 1 534
CONCLUSION GÉNÉRALE 537
BIBLIOGRAPHIE 541
BIBLIOGRAPHIE GENERALE ..... ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.
I-OUVRAGES GENERAUX, OUVRAGES SPECIALISES, THESES 541
A-Ouvrage généraux 541
B-Ouvrages spécialisés 545
C-Thèses et mémoires 547
II-ARTICLES DE DOCTRINES, REVUES, ENCYCLOPEDIES 548
III-LOIS, DECRETS, TEXTES INTERNATIONAUX 566
IV RECUEIL DE JURISPRUDENCES 571
INDEX 597
TABLE DES MATIÈRES 3