



Investissement et propriété intellectuelle

Anaïs Dépinoy

► To cite this version:

Anaïs Dépinoy. Investissement et propriété intellectuelle. Droit. Université de Lille, 2021. Français.
NNT : 2021LILUD002 . tel-03923961

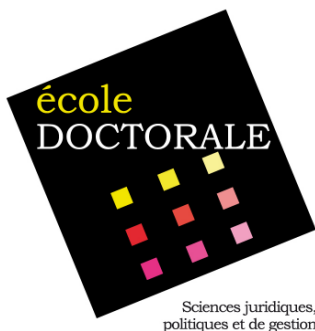
HAL Id: tel-03923961

<https://theses.hal.science/tel-03923961v1>

Submitted on 5 Jan 2023

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

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



Thèse délivrée par

L'Université de Lille,

N° attribué par la bibliothèque

—|—|—|—|—|—|—|—|—|—|

THÈSE

Pour obtenir le grade de Docteur en Droit privé et sciences criminelles

Présentée et soutenue publiquement par

Anaïs DÉPINOY

Le 15 octobre 2021

Investissement et propriété intellectuelle

JURY

Directeur de thèse :

Madame Édith BLARY-CLÉMENT, Professeure à l'Université de Lille

Membres du jury :

Monsieur Nicolas BINCTIN, Professeur à l'Université de Poitiers (*Rapporteur*)

Monsieur Jean-Michel BRUGUIÈRE, Professeur à l'Université de Grenoble (*Rapporteur*)

Madame Caroline LE GOFFIC, Professeure à l'Université de Lille

Madame Pilar MONTERO, Professeure à l'Université de Alicante

Monsieur Fabrice SIIRIAINEN, Professeur à l'Université de Nice-Sophia Antipolis (*Président*)

Remerciements

J'adresse de profonds remerciements à ma directrice de thèse, d'avoir accepté de diriger mes recherches. Sa confiance, sa bienveillance, son soutien, ses conseils et son écoute ont été d'un appui et d'une motivation précieux.

Je remercie sincèrement les membres du jury de soutenance, d'avoir aimablement accepté de siéger et de juger ce travail. J'en suis très honorée.

Que chacun des enseignants-chercheurs et des personnels de l'université, m'ayant notamment permis d'échanger sur l'expérience et les attentes du doctorat, soit également remercié du temps consacré, des conseils délivrés, et de la bienveillance témoignée.

Un complice merci aux camarades doctorants de l'ancien R2-27 B et du nouveau R2-09, ainsi qu'à ceux des autres équipes du CRDP et des autres universités, pour leur bonne humeur et leur solidarité.

Remerciements chaleureux aux amis juristes des débuts et de toujours. Merci de m'avoir soutenue et encouragée, du « Droit-Langue », jusqu'au doctorat.

Grand merci aux relecteurs et traducteurs dévoués et de tous horizons.

La présence des proches a été d'un appui indispensable tout au long de ces dernières années. Merci à chacun d'eux d'avoir à leurs façons su m'encourager.

Des remerciements particuliers à mes parents, ainsi qu'à ma tante et mon oncle, de m'avoir offert l'environnement qui me permettrait de me présenter aux portes du doctorat.

Gabriel, ça y est ! J'ai « fini d'écrire mon livre ». Ton impatience et ta curiosité d'enfant ont toujours été sources d'une grande motivation, merci !

À mon cher époux, des remerciements affectueux et infinis. Merci de ta présence, de ta grande patience à toute épreuve, et d'avoir toujours cru en moi.

Il n'existe pas de mot à la hauteur pour qualifier les remerciements à adresser tout spécialement à mon père pour son soutien. Merci de m'avoir inlassablement répété, depuis mes plus jeunes années, jusqu'à la dernière page :

« (I)mittit carbonem sed non studere signos ».

À la mémoire de mes chers grands-parents,

Table des abréviations

Al.	Alinéa
APD	Archives de Philosophie du Droit
Art.	Article
Avr.	Avril
Bibl.	Bibliothèque
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation : Chambres civiles
CA	Cour d'appel
Cah. dr. entr.	Cahiers de droit de l'entreprise
Cass. 1 ^{ère} civ.	Cour de cassation, première chambre civile
Cass. 2 ^e civ.	Cour de cassation, deuxième chambre civile
Cass. ass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
CCC	Revue Contrats Concurrence Consommation
CCE	Revue Communication Commerce Électronique
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Cf.	Confer/voir
Chron.	Chronique
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
Coll.	Collection
Comm.	Commentaire
Contra	Contraire
CPC	Code de procédure civile
CPI	Code de la propriété intellectuelle
CSPLA	Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique
D.	Recueil Dalloz
Déc.	Décembre
Dir.	Sous la direction de
Direct.	Directive
Doctr.	Doctrine
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
Éd.	Édition(s)
Égal.	Également
Fasc.	Fascicule
Févr.	Février
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid.	Ibidem

Id.	Idem
In	Dans
Infra	Ci-dessous
IR	Informations rapides du Recueil Dalloz
Janv.	Janvier
J.-Cl.	Juris-Classeur
JCP G	Juris-Classeur édition générale
JCP E	Juris-Classeur édition entreprise et affaires
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
JO	Journal officiel de la République française
Juill.	Juillet
Jur.	Jurisprudence
L.	Loi
Légicom	Revue du droit de la communication d'entreprise
LEPI	L'essentiel droit de la propriété intellectuelle
Loc. cit.	Loco citato
LPA	Les petites affiches
M	Monsieur
Mme	Madame
n°	numéro
Not.	Notamment
Nov.	Novembre
Obs.	Observation
Oct.	Octobre
Op. cit.	Opere citato
Ord.	Ordonnance
p.	Page/pages
pan.	Panorama
PI	Revue Propriétés Intellectuelles
PIBD	Propriété industrielle - Bulletin documentaire
PLA	Propriété littéraire et artistique
Préc.	Précité
Prop. Ind.	Revue Propriété industrielle
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
PUR	Presses universitaires de Rennes
RD Banc. et fin.	Revue de droit bancaire et financier
RDC	Revue des contrats
RDPI	Revue du droit de la propriété intellectuelle
Règl.	Règlement
Rép. civ. Dalloz	Répertoire de droit civil Dalloz
Rép. comm. Dalloz	Répertoire de droit commercial Dalloz
RIDA	Revue internationale de droit d'auteur

RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIDE	Revue Internationale de droit économique
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RLDConc	Revue Lamy Droit de la concurrence
RLDI	Revue Lamy Droit de l'immatériel
RRJ	Revue de la recherche juridique
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	Et suivants
Sept.	Septembre
SHFD	Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique du monde des juristes et du livre juridique
Somm.	Sommaire
spé.	Spécialement
Suppl.	Supplément
Supra	Ci-dessus
t.	Tome
TGI	Tribunal de grande instance
Trim.	Trimestre
V°	Voir
Vol.	Volume

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE - UNE PROTECTION DISCUTÉE

TITRE I - L'INCERTITUDE DE LA PROTECTION

- Chapitre 1 - L'exclusion de la protection
- Chapitre 2 - La révélation de la protection

TITRE II - L'ADÉQUATION DE LA PROTECTION

- Chapitre 1 - La technique privative de protection
- Chapitre 2 - La préférence pour la protection privative

SECONDE PARTIE - UNE PROTECTION REPENSÉE

TITRE I - LA (RE)LÉGITIMATION DE LA PROTECTION

- Chapitre 1 - La contestation de la protection
- Chapitre 2 - La justification de la protection

TITRE II - LE CHOIX DE LA PROTECTION

- Chapitre 1 - La nécessité d'exercice d'un choix de protection
- Chapitre 2 - La traduction juridique du choix de protection

INTRODUCTION

1. L'investissement dans la conception d'objets immatériels. La réalité de l'investissement dans la conception d'objets immatériels est omniprésente. L'investissement, spécialement de nature économique, est en effet une condition incontournable de l'existence et de la diffusion des objets immatériels d'ordres culturel, technique et scientifique, porteurs de progrès sociaux. De plus, l'opération d'investissement est de longue date au cœur des processus de création et de valorisation de tels objets¹. L'expansion de l'économie de l'immatériel², de même que l'épanouissement du secteur des industries créatives et innovantes au cours de ces dernières décennies³, semblent avoir intensifié son déploiement.

2. La protection juridique contre le risque inhérent aux activités d'investissements immatériels. Prolifiques et socialement nécessaires, les activités d'investissements dans les objets immatériels n'en sont pas moins économiquement risquées. Elles requièrent ainsi un encadrement juridique, afin d'organiser et de protéger les intérêts des différents acteurs. En conséquence, depuis la seconde moitié du 20^e siècle, le champ de la protection de la propriété intellectuelle a été considérablement étendu. Soucieux d'offrir une sécurisation aux intérêts des investisseurs dans une démarche d'incitation⁴, le législateur a mobilisé le système juridique de la propriété intellectuelle, afin d'encadrer juridiquement les activités d'investissements immatériels. Ce faisant, des objets immatériels, considérés comme les résultats d'opérations d'investissements économiques et/ou intellectuels, sont dotés d'un régime artificiel et exceptionnel de réservation privative.

¹ GAUDRAT (Ph.), « Les démêlés intemporels d'un couple à succès : le créateur et l'investisseur », *RIDA* oct. 2001, n° 190, p. 71.

² LÉVY (M.) et JOUYET (J.-P.), *L'économie de l'immatériel, la croissance de demain*, Rapport au ministre de l'Économie, Rapport de la commission sur l'économie de l'immatériel, 2006, <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/064000880.pdf>.

³ Sur les industries culturelles et créatives, cf. not. CHANTEPIE (Ph.) et LE DIBERDER (A.), *Révolution numérique et industries culturelles*, Repères, Paris : La Découverte, 2010 ; BUSSON (A.) et ÉVRARD (Y.), *Les industries culturelles et créatives*, Économie et stratégie, Paris : Vuibert, 2013 ; CAVES (R.), *Creative Industries – Contracts between Art and Commerce*, Cambridge and London : Harvard University Press, 2000 ; BOUQUILLION (Ph.) et LE CORF (J.-B.), *Les industries créatives et l'économie créative dans les rapports officiels européens*, Rapport pour le département des études, de la prospective et des statistiques du ministère de la Culture et de la Communication, 2010, http://www.observatoire-omic.org/pdf/1110743245Bouquillion_LeyCorf_Icrea_Europe_rapport_OMIC_1.pdf ; VIVANT (M.), « Pour une épure de la propriété intellectuelle », in *Propriétés intellectuelles, Mélanges André FRANÇON*, Paris : Dalloz, 1995, p. 415, spé. p. 421, n° 11 : « [...] les "industries culturelles" sont une réalité et l'industrie est parfois la condition même de la création ».

⁴ Sur la question de l'incitation à l'investissement, et des ressorts de la compétitivité du pays, cf. not. PELLERIN (F.) (Ministre déléguée aux PME, à l'Innovation et à l'Économie numérique), « Allocution d'ouverture », in *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle, 30^e anniversaire de l'IRPI*, Colloque de l'IRPI, t. 43, Paris : LexisNexis, 2014, p. XXI.

3. Illustrations. À titre d'illustration de la réaction juridique protectrice, il suffit d'identifier, sans prétendre à l'exhaustivité, la variété des dispositifs juridiques établis par le législateur au cours de la dernière décennie, dans le champ plus ou moins étendu de la propriété intellectuelle. Ainsi, à la frontière du champ de la propriété intellectuelle, a été consacré un dispositif légal de protection des secrets d'affaires, au sein duquel l'objectif de protection des investissements déployés dans la conception d'un objet immatériel, représentant une valeur économique, peut être décelé⁵. Dans le périmètre restreint de la propriété intellectuelle, a été institué un nouveau droit voisin du droit d'auteur visant à protéger l'investissement des éditeurs et agences de presses en lignes dans la conception et la diffusion de contenus⁶. En outre, les débats sur l'opportunité de concevoir un régime juridique spécifique de réservation des créations générées par une intelligence artificielle soulignent la nécessité de rentabiliser les investissements consentis dans la conception de ces objets⁷. Tous ces dispositifs laissent déjà entrevoir la prise en compte de la nécessité de protéger l'investissement.

4. Actualité. Par ailleurs, la nécessité de protéger juridiquement l'investissement dans la conception d'objets immatériels connaît une actualité nouvelle dans le contexte de la crise sanitaire actuelle, tout particulièrement dans le domaine de la santé. Cette crise sanitaire permet d'appréhender plus clairement les enjeux d'une telle protection, à la fois pour les investisseurs titulaires de droits de propriété intellectuelle et pour les tiers destinés à jouir des objets réservés. La lutte contre une épidémie passe par la conception de solutions innovantes préventives et thérapeutiques d'ordres médical et pharmaceutique. L'existence de celles-ci nécessite l'engagement d'opérations d'investissements par nature risquées⁸. Elles ont par ailleurs

⁵ Cf. Direct. (UE) 2016/943, 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, considérant n° 1 ; L. n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires, *JO* n° 174, 31 juill. 2018. Cf. égal. Art. 152-6 Code de commerce.

⁶ Cf. Direct. (UE) 2019/790, 17 avr. 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, considérants n° 54 et 60 ; L. n° 2019-775 du 24 juill. 2019 tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse, *JO* n° 0172, 26 juill. 2019. Cf. égal. Art. L218-4 CPI.

⁷ Au sujet du régime juridique de l'intelligence artificielle, cf. not. MERABET (S.), *Vers un droit de l'intelligence artificielle*, Coll. Nouv. Bibl. de thèses, vol. 197, Paris : Dalloz, 2020 ; VIVANT (M.), « Intelligence artificielle et propriété intellectuelle », *CCE* nov. 2018, Étude 18 ; GAUTIER (P.-Y.), « De la propriété des créations issues de l'intelligence artificielle », *Revue pratique de la prospective et de l'innovation* oct. 2018, Dossier 12 ; et au sujet d'un régime des créations qu'elle génère, prenant en compte le besoin de protection de l'investissement, cf. not., BENSAMOUN (A.), FARCHY (F.) et SCHIRA (P.-F.) (dir.), *Rapport final sur la mission « Intelligence et culture » du CSPLA*, 27 janv. 2020, spé. p. 43 et s., <https://www.culture.gouv.fr/Sites-thematiques/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Travaux/Missions/Mission-du-CSPLA-sur-les-enjeux-juridiques-et-economiques-de-l-intelligence-artificielle-dans-les-secteurs-de-la-creation-culturelle> ; BRUGUIÈRE (J.-M.), « Intelligence artificielle et droit d'auteur – Sortir de la science-fiction des "des machines/auteurs", entrer dans la réalité du droit des données », *CCE* juin 2020, Étude 11 ; BENSAMOUN (A.), « Création et données : différence de notions = différence de régime ? », *Dalloz IP/IT* 2018, n° 2, p. 85, spé. p. 89.

⁸ SÉNÉCAT (A.), « Covid-19 : faut-il libérer les brevets des vaccins pour en produire plus ? », *Le Monde* 9 févr. 2021, <https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2021/02/09/covid-19-faut-il-liberer-les-brevets-des-vaccins->

vocation à être réservées par un droit de propriété intellectuelle. À ce titre, et dans une démarche d'incitation⁹, la protection conférée a pour objectif la sécurisation des investissements engagés dans la conception de l'objet réservé¹⁰. Cette sécurisation se manifeste par des dispositions visant à favoriser la rentabilité de l'opération. Or, le monopole d'exploitation octroyé à l'investisseur sur le résultat innovant de son opération pose la question de l'accès des tiers à cet objet d'utilité sociale¹¹. À cet égard, la légitimité du dispositif de protection peut être mise en cause¹². La protection des vaccins luttant contre l'épidémie de Covid-19 par le brevet est ainsi accusée d'en limiter l'accès. Le propos n'est pas de discuter de cette hypothèse en particulier. Il est plus largement d'identifier la nécessité d'une réflexion à mener sur la fonction de protection de l'investissement dans la conception d'objets immatériels attribuable au droit de la propriété intellectuelle¹³.

5. La vocation du droit de la propriété intellectuelle à la protection des investissements immatériels. La question de l'effectivité et de l'efficacité d'un système juridique protecteur de ces secteurs d'activités, spécialement incarné par le droit de la propriété intellectuelle, mérite d'être sérieusement posée. La présente étude a précisément pour objet d'interroger la vocation actuelle de ce système juridique à la protection des investissements

[pour-en-produire-plus_6069314_4355770.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2020/02/article_0002.html) : « C'est, en effet, la perspective d'un possible retour sur investissement qui pousse les entreprises pharmaceutiques à tenter d'innover, parfois à perte. Dans le cas des vaccins, la recherche et développement peut se révéler particulièrement longue et coûteuse, sans garantie d'aboutir à un produit commercialisable. Derrière une tentative couronnée de succès se cachent souvent plusieurs échecs ».

⁹ GURRY (F.), « Propriété intellectuelle, innovation, accès et COVID-19 », *OMPI Magazine* juin 2020, https://www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2020/02/article_0002.html.

¹⁰ Le rôle de protection des droits de propriété industrielle, et particulièrement du droit de brevet dans l'incitation à l'investissement dans l'innovation, dans le cadre de la présente crise sanitaire, est mentionné plus ou moins explicitement par la doctrine de propriété intellectuelle. Cf., not. BRUGUIÈRE (J.-M.), CHIARINY (A.-C.) et CLAVIER (J.-P.) *et al.*, « Pour une politique du brevet au service de la santé publique », *JCP G* 2021, Libres propos 284, spé. p. 495 ; LEMARCHAND (A.), « Le vaccin contre le SARS-COV-2 comme bien public mondial : compatibilité avec les droits de la propriété intellectuelle », *Prop. Ind.* avr. 2021, Étude 7, spé. p. 12, n° 33 ; DHENNE (M.), « Covid-19 : l'espoir d'un "monde d'après" pour la propriété intellectuelle ? », *D.* 2020, p. 2257, spé. n° 9 ; LE STANC (Ch.), « Un an déjà », *Prop. Ind.* mars 2021, Repère 3.

¹¹ FAVREAU (A.), *L'objet de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé, Réflexion sur la valeur dans le droit des biens*, Thèse dactyl., Université de Grenoble, 2010 ; VIARD (C.-M.), *Accès aux médicaments et propriété intellectuelle*, Thèse dactyl., Université de Lille, 2017.

¹² GISCLARD (Th.), « Le droit des brevets à l'épreuve du SARS-COV-2 », *Prop. Ind.* mai 2020, Étude 10, spé. p. 9, n° 9.

¹³ Par ailleurs, la crise sanitaire met certainement la propriété intellectuelle toute entière à l'épreuve, et spécialement lorsqu'elle est appréhendée comme un système juridique protecteur des investissements. Cette mise à l'épreuve serait une illustration de la fonction en cause. Cf. not. GENDREAU (Y.), « Lettre du Canada. La pandémie s'invite en droit d'auteur », *PI* oct. 2020, n° 77, p. 143, spé. p. 158 ; CARON (Ch.), « La crise, le droit et le "neuvième jour" », *CCE* mai 2020, Repère 5 ; LE STANC (Ch.), « Coronavirus et propriété intellectuelle », *Prop. Ind.* mai 2020, Repère 5, et du même auteur, avec une position *a priori* plus nuancée, « Un an déjà », *loc. cit.* ; GISCLARD (Th.), « Le droit des brevets à l'épreuve du SARS-COV-2 », *loc. cit.* ; LE CAM (S.), « Les artistes-auteurs face à la crise du covid-19 », *Légipresse* mai 2020, n° 382, p. 279 ; ÉMILE-ZOLA-PLACE (E.) et PEREZ (H.), « Covid-19 – Le gouvernement ouvre les vannes de la copie privée et des irrépatriables », *Dalloz IP/IT* avr. 2020, n° 202, p. 206.

immatériels¹⁴, et ses perspectives d'avenir. À l'examen du droit positif, la question ne reçoit pas de réponse unanime. La protection, soumise à des vents contraires, est tout à la fois sollicitée et contestée¹⁵. Le sujet évolue dans un contexte profondément dialectique. Pourtant, une réflexion sur l'opportunité de la protection pourrait aboutir à une réponse plus constructive et encourageante¹⁶.

6. Plan. Le traitement du sujet suppose au préalable d'en exposer plus précisément l'objet (I), l'intérêt (II) et la méthode (III).

I. L'OBJET

7. La réception par le droit de la propriété intellectuelle du besoin de protection des investissements immatériels. Les univers de l'investissement et de la propriété intellectuelle doivent être identifiés et définis précisément (A), afin d'analyser les lieux de leur rencontre (B). Le champ positif et négatif de la présente étude pourra ainsi être formellement délimité (C).

A. Les univers de l'investissement et de la propriété intellectuelle

8. De l'économique et du juridique. L'investissement renvoie à un univers économique risqué suscitant un besoin de protection juridique (1). La propriété intellectuelle renvoie à un univers juridique tourné traditionnellement vers la protection d'une création intellectuelle (2).

1) L'investissement : un univers risqué suscitant un besoin de protection juridique

9. Une logique économique. L'étude de la notion d'investissement et de la réalité qu'elle recouvre implique d'identifier par quels éléments il peut être identifié. L'enchaînement des éléments constitutifs de l'opération d'investissement révèle qu'elle contient des particularités dans son fonctionnement, en faisant sa spécificité. L'investissement est un acte fondamental du

¹⁴ Pour un emploi de l'expression d' « investissement immatériel » et plus spécialement de « droit de l'investissement immatériel », cf. GRUNDELER (G.), *L'investissement (étude juridique)*, Coll. Droit des affaires, Aix-en-Provence : PUAM, 2017, p. 311 n° 288.

¹⁵ Cf. not., COHEN (D.), « La propriété intellectuelle, c'est le vol », *Le Monde* 7 avr. 2001, https://www.lemonde.fr/une-abonnes/article/2001/04/07/la-proprieete-intellectuelle-c-est-le-vol_170287_3207.html.

¹⁶ L'aboutissement de la recherche recèle en effet des enjeux tant pour le système juridique, que pour les intérêts des acteurs du secteur dont la réalité est étudiée. La recherche a particulièrement pour intérêt de proposer un moyen de conciliation entre les intérêts des investisseurs intellectuel et économique ainsi que ceux de tiers, dans le cadre global d'une quête d'intérêt général, au travers de la réservation juridique.

fonctionnement de l'économie de marché, aux côtés de la consommation et de la production. Il possède une logique propre, liée à sa nature, et renvoie à l'idée d'une recherche de profit, d'accroissement de richesses matérielles à obtenir au terme de la production de ses effets. L'investissement tend vers un objectif : la rentabilité. L'opération s'inscrit dans une dimension économique, car c'est une activité figurant parmi celles relatives « à la production, à la circulation et à la consommation des richesses dans un ensemble donné »¹⁷. Cette activité est présentée comme un moteur de la croissance et du dynamisme économique¹⁸. Malgré son importance au sein de la discipline économique, l'investissement n'y reçoit pas de définition unique, ni consensuelle. Les définitions sont variées, mais rendent compte d'éléments irréductibles. Il ressort ainsi de la plupart des définitions que l'action d'investir renvoie à la volonté de percevoir un profit, rendu possible par des opérations d'accroissement de capital¹⁹.

10. Un acte finalisé. La science économique envisage de façon générale l'investissement comme « 'l'échange d'une satisfaction immédiate et certaine, à laquelle on renonce, contre une espérance que l'on acquiert et dont le bien investi est le support'. L'échange d'une certitude contre une espérance... L'essence de l'investissement est là ! »²⁰. Détaché dans une certaine mesure de son terrain économique, et ainsi objectivé, l'investissement peut être défini comme *une opération d'engagement actuel et certain d'une valeur, dans un objet d'investissement, afin d'obtenir en retour un profit. Celui-ci est incertain, en raison de l'environnement qui l'entoure.*

11. L'engagement actuel et certain d'une valeur dans un objet d'investissement. L'investisseur est un agent économique engageant une valeur de façon certaine et actuelle²¹. Cette dernière est, la plupart du temps, de nature financière, ou du moins, évaluable en argent. En cela, l'investissement est un acte onéreux. Lorsqu'il engage cette valeur, l'investisseur s'en défait : il effectue une dépense. Celle-ci quitte alors son patrimoine. Néanmoins, à certains

¹⁷ CORNU (G.), Association Henri CAPITANT (dir.), *Vocabulaire juridique*, Coll. Quadrige, 9^e éd., Paris : PUF, 2013, p. 380, V^o économie : « ensemble de phénomènes, faits et activités relatifs à la production, à la circulation et à la consommation des richesses dans un ensemble donné ».

¹⁸ KOEHL (J.), *Les choix d'investissement*, Coll. Les topos, Paris : DUNOD, 2003, avant-propos, p. 9 ; CAUSSE (H.) et SINKONDO (M.) (dir.), *Le concept d'investissement, Regards croisés des droits interne, international et communautaire*, Bruxelles : Bruylant, 2011, p. V-VI.

¹⁹ BEITONE (A.), CAZORLA (A.), DOLLO (C.) et DRAI (A.-M.), *Dictionnaire de science économique*, 4^e éd., Paris : Armand Colin, 2013, p. 300, °investissement ; LEDAN (J.), *L'investisseur en droit privé et droit fiscal français*, Coll. Centre d'études fiscales, Aix-en-Provence : PUAM, 2009, p. 18 et s., n^o 3, pour une analyse à partir de la littérature économique, des différents sens de l'investissement.

²⁰ DARMON (G.), « Le concept d'investissement : détermination et incidence en droit des sociétés », in *Le concept d'investissement*, *op. cit.*, p. 87, spé., p. 88.

²¹ Envisageant cet acte d'engagement sous la qualification juridique d'« apport », cf. GRUNDELER (G.), *op. cit.*, p. 85, n^o 61.

égards, il est permis de considérer que cette valeur n'est pas véritablement, du moins à ce stade, abandonnée, car elle est placée dans un objet dont il attend la naissance en contrepartie²².

12. Le résultat d'investissement, objet de l'engagement. La valeur dont l'investisseur se départit est engagée dans l'espoir de la naissance d'un objet, que nous qualifions de « résultat d'investissement ». S'il naît, cet objet représente lui-même une valeur, souvent financière, ou d'une autre nature, mais potentiellement évaluable en argent. L'intérêt de son apparition réside dans la possibilité de l'investisseur de le valoriser par des actes d'exploitation. Sur la base de l'exploitation de ce résultat d'investissement, son auteur espèrera obtenir en retour un profit.

13. Le retour sur investissement, mobile de l'engagement. Le profit espéré, que nous qualifions de « retour sur investissement », peut par exemple être obtenu sous la forme de revenus périodiques en cas d'exploitation continue du résultat d'investissement, ou sous la forme d'une plus-value, si ce résultat fait l'objet d'une cession. Il est attendu par l'investisseur afin de compenser la dépense. En ce sens, le retour sur investissement s'analyse comme la contrepartie de l'acte d'engagement d'une valeur dans l'objet d'investissement. À son tour, le retour éventuellement perçu par l'investisseur présente une nature, la plupart du temps, financière. Il peut néanmoins présenter une autre nature, n'excluant pourtant pas qu'il puisse représenter un enrichissement pour l'investisseur.

14. Un retour futur incertain. La certitude initiale de l'opération laisse fatalement place à la seule espérance. Arrivée la phase d'attente du retour, l'investisseur ne peut plus qu'espérer la réalisation d'un profit futur. Il doit en effet composer avec l'incertitude. Rien ne lui garantit que le retour apparaîtra, car il dépend de facteurs extérieurs à sa volonté. L'opération est par nature risquée. Ces facteurs, à la fois favorables ou défavorables, peuvent s'illustrer au travers de la notion d'aléa. Les comportements de tiers, ou même, tout simplement, l'état de cet environnement, ont une influence sur l'issue de l'opération. Ainsi, un aléa que nous qualifions de positif, permettra à l'investisseur de bénéficier d'un retour profitable de son engagement, tandis qu'un aléa que nous qualifions de négatif, l'en empêchera. L'investissement est une opération à l'issue aléatoire, car son auteur est confronté à une chance de gain ou à un risque de perte²³. L'enchaînement des phases successives de l'opération fait ressortir des particularités la caractérisant.

²² LEDAN (J.), *op. cit.*, p.63 et s., pour qui un des critères essentiels de qualification de l'investisseur est sa volonté d'acquérir un bien – *contra*, GRUNDELER (G.), *op. cit.*, p. 101, n°106.

²³ BENABENT (A.), « Observations finales », in Association Henri CAPITANT, *L'aléa*, Coll. Thèmes & commentaires, Paris : Dalloz, 2011, p. 99, spé. p. 101 : « *ce qui fait l'essence de l'aléa, c'est la nécessaire balance entre risque de perte, d'un côté, et chance de gain, de l'autre côté : en droit (comme dans la vie en général d'ailleurs), l'un ne va pas sans l'autre, ils sont les corollaires nécessaires composant la structure même de l'aléa* ».

15. Une action et un résultat. La notion d'investissement peut désigner à la fois une action, et le résultat de cette action. Ainsi, le mot « investissement » peut être employé pour faire référence à un acte d'engagement d'une valeur dans un objet d'investissement, ou pour faire référence à cet objet lui-même. L'utilisation du terme pour désigner le résultat de l'opération nous semble cependant être un abus de langage. Ainsi, le terme investissement sera employé dans ces propos pour désigner la seule activité d'engagement d'une ressource, à l'exclusion de son résultat.

16. Une action contenant une part de subjectivité. L'investissement peut non seulement être appréhendé sous ses aspects objectifs, tels qu'ils viennent d'être présentés, mais aussi sous ses aspects subjectifs. Les éléments de qualification de la réalité que le terme désigne sont indiqués par le comportement de l'agent économique la mettant en œuvre. En effet, il suffit de songer au but de l'action menée, pour se rendre compte que la perspective d'enrichissement amène son auteur à agir. En s'engageant dans l'opération, l'agent révèle une intention lucrative qui lui est propre. De plus, et en connaissance de cause, il accepte au moment où il engage des valeurs, de perdre sa mise de départ²⁴. Il est un aventurier optimiste.

17. Le caractère diachronique de l'opération. Une des spécificités de l'opération d'investissement tient également à sa réalisation en deux temps : un temps de certitude, suivi d'un temps d'incertitude²⁵. Elle ne peut s'exécuter de façon complète, qu'au fur et à mesure de l'écoulement d'une certaine durée. L'engagement de la valeur dans un objet d'investissement se réalise à l'instant « t », tandis que le retour attendu n'apparaîtra qu'à un instant « t + 1 », s'il se produit. La naissance du retour ne peut donc que difficilement être concomitante avec la phase initiale de naissance du résultat d'investissement. En effet, cette phase est chronologiquement et nécessairement antérieure, pour que le résultat puisse être ensuite valorisé, et ainsi ouvrir une phase de rentabilité. Or, dépendant d'un environnement aléatoire, le retour attendu n'est qu'éventuel. L'investisseur ne peut savoir par avance si l'opération lui sera profitable. L'opération d'investissement est un pari sur l'avenir. Non seulement l'apparition du résultat d'investissement n'est pas garantie, mais lorsqu'il apparaît bien, il n'est pas certain qu'il permette d'obtenir un retour à la hauteur des attentes.

18. Une opération paradoxale : entre risque et sécurité. Le risque singularise l'investissement. Par définition, une telle opération n'offre aucune garantie et sollicite ainsi en

²⁴ CAUSSE (H.), « L'investissement, le président de la République et le droit », *D.* 2006, n°1, p. 4, spé. p. 5, désignant l'investisseur comme la « *personne qui mobilise des richesses, les affecte à un emploi durable encourageant ainsi un risque, en vue d'en tirer des revenus et, ou, une plus-value lors de la cession du "bien d'investissement"* ».

²⁵ Les termes « retour », « espérance », « incertitude », « attente », utilisés dans la définition de l'opération, témoignent de son caractère diachronique.

retour une protection. Il pourrait cependant paraître paradoxal que l'investisseur prétende à la sécurisation de son action, puisque l'engagement de l'investissement suppose que son auteur ait rationnellement dépassé son aversion au risque. Pourtant, c'est vers le droit que se tourne l'agent économique pour minimiser son risque, lequel lui octroie parfois une protection. En somme, l'intérêt de l'investisseur évolue entre un risque assumé et une recherche de protection. En un sens, alors que l'action est économique, la réaction attendue est juridique.

19. Définition du « risque d'investissement ». Compte tenu du caractère aléatoire de l'environnement entourant l'issue de l'opération d'investissement, son auteur recherche les moyens d'être prémuni contre le risque de ne pas obtenir le retour qu'il attend. Ce défaut de retour peut être imputable à la manifestation d'aléas négatifs représentés, par exemple, par les comportements des tiers. L'éventualité de non-retour peut être désignée par la réalisation de ce que nous nommons « risque d'investissement ». Il s'agit du risque, non seulement, de ne pas obtenir le profit attendu, mais aussi, de ne pas même récupérer la mise de départ. Ce risque a des effets sur le niveau des investissements, car l'investisseur pourrait être dissuadé de s'engager trop en avant dans cette aventure. Le risque d'investissement peut donc conduire à un « sous-investissement » non souhaitable pour le bon fonctionnement de l'économie et ses bienfaits sociaux. Ainsi, l'investisseur émet le besoin de voir sa situation sécurisée²⁶.

20. Recherche de sécurité par le droit. Le risque étant consubstantiel à l'opération d'investissement, et donc à sa qualification, on ne peut que difficilement les concevoir, si cette première en est amputée. Dès lors, il peut apparaître paradoxal de vouloir être protégé contre le risque et ses conséquences²⁷. La sécurisation de l'issue de l'opération empêcherait la constatation de l'existence et de la qualification de l'investissement. De plus, l'investisseur, lorsqu'il s'engage, accepte le risque et doit en principe en assumer les conséquences bénéfiques, comme défavorables à ses intérêts. Aussi, puisque le risque est inséparable de

²⁶ CORNU (G.), *op. cit.*, p. 942, V° sécurité : « 1. Situation de celui ou de ce qui est à l'abri des risques ; état qui peut concerner une personne, un bien. 2. Prévention de tels risques, mesures et moyens de protection tendant à prévenir la réalisation de ces risques, ensemble de précautions incombant à certaines personnes envers d'autres. 3. Compensation des risques réalisés, mesures tendant à compenser, chez la victime, la réalisation des risques. 4. Dans un sens abstrait, toute garantie, tout système juridique de protection tendant à assurer, sans surprise, la bonne exécution des obligations, à exclure ou au moins réduire l'incertitude dans la réalisation du droit ».

²⁷ *Ibid.* Les définitions du terme « sécurité » révèlent justement qu'il s'agit de prémunir quelqu'un ou quelque chose contre le risque, de garantir sa sécurité. On peut déjà à ce stade pressentir une certaine hypocrisie de la part des investisseurs sollicitant une protection de leur situation, afin d'obtenir le retour qu'ils attendent. En effet, l'investisseur est présumé avoir des affinités avec le risque. En initiant l'opération, il provoque le risque qu'il accepte d'assumer. En réalisant cette action, il renonce corrélativement et logiquement à la sécurité que lui procurerait une opération qui serait dénuée de risque.

l'investissement²⁸, le chasser reviendrait à neutraliser toute action²⁹. Pourtant, l'investisseur voit bien ses intérêts protégés par des mesures juridiques visant à évacuer le risque de l'opération et ses conséquences, malgré le doute existant quant à cette possibilité et son efficacité³⁰. Le désir de l'investisseur d'être assuré, au pire de rentrer dans ses frais, et au mieux d'en obtenir un profit, semble être entendu par l'ordre juridique.

21. Raisons de la protection juridique consentie. Malgré les difficultés à concevoir que l'investissement puisse être sécurisé, le droit tente toutefois de se donner cette tâche. Il est plutôt sensible au désir de protection émis par les investisseurs. Pourtant, il ne semble pas qu'il s'agisse là d'une de ses fonctions. Sur ce point, le débat portant sur l'opportunité de l'intervention de l'État dans le fonctionnement de l'économie trouve une illustration. L'investissement étant une opération ressortissant des activités économiques, sa régulation par le droit apporte elle aussi des critiques. La finalité générale poursuivie relève d'une idée d'incitation à cette opération. L'investissement est en effet supposé présenter des bienfaits pour la société, car la valorisation de son résultat contribue au bon fonctionnement du marché économique et au bien-être social. Le droit, lorsqu'il intervient dans le fonctionnement des processus économiques, œuvre ainsi dans un but général d'efficacité économique³¹. Pour inciter à l'investissement, le droit doit en assurer la promotion. À ce titre, il mobilise ses techniques, tout d'abord pour favoriser l'engagement des agents économiques dans une telle opération, puis en sécurisant son issue, notamment par l'élimination de l'aléa, cause du risque³². Il s'agit précisément de prémunir l'investissement contre la réalisation du risque d'investissement³³. Ce faisant, l'ordre juridique prend en charge à la fois les intérêts directs des investisseurs, mais aussi, incidemment, ceux de la collectivité.

22. Les moyens de la protection juridique de l'investissement. Afin de poursuivre l'objectif de maintien d'un niveau d'investissement optimal, l'ordre juridique se concentre essentiellement sur la protection directe des intérêts des investisseurs. Il s'agit de leur donner

²⁸ GOYET (Ch.), « Rapport de synthèse », in *Le concept d'investissement*, op. cit., p. 169, spé. p. 172 : « l'investissement se confond, en définitive, avec le risque dont il est inséparable ».

²⁹ BARBIER (H.), *La liberté de prendre des risques*, Coll. Institut de droit des affaires, Aix-en-Provence : PUAM, 2010, p. 62, n° 33 : « on ne peut délier le risque de l'action, il faut trancher : prendre le risque ou ne pas agir du tout », « chasser tout risque, c'est chasser toute action ».

³⁰ Dans notre société, que l'on qualifie volontiers de « société du risque », il existe, comme le relève le Professeur BÉNABENT une volonté générale de domestiquer celui-ci, et de le soumettre pour évacuer ses effets néfastes. Le droit en fait d'ailleurs une de ses missions. Cf. « Observations finales », loc. cit., p. 100.

³¹ GOYET (Ch.), loc. cit., spé. p. 172.

³² Ibid. : « Tout ce qui minore ce risque encourage l'investissement. C'est dire que le droit tend d'abord à stimuler ou à encourager la formation de l'investissement, puis à protéger l'investissement réalisé ».

³³ MOURY (J.), avant-propos, « Le risque », in *Rapport de la Cour de cassation*, 2011, https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/Rapport_CourCassation_2011.pdf, p. 77, spé. p. 81.

les moyens de défendre les bénéfices qu'ils pourraient obtenir de l'opération. Dans cette optique, il faut tout d'abord révéler que le droit s'intéresse effectivement à cette réalité, puis, plus techniquement, de quelle façon.

23. L'appréhension de l'investissement par l'ordre juridique. Bien que l'investissement soit une opération renvoyant à une réalité de nature fondamentalement économique, le droit s'y intéresse en l'appréhendant par son système. À l'étude de la discipline juridique, l'appréhension ne semble cependant pas s'opérer de façon autonome. L'investissement ne fait pas réellement l'objet d'une branche du droit spécifique, ni transversale. La réalité à laquelle il renvoie est appréhendée ponctuellement par différentes branches particulières du droit³⁴. Aussi, la réalité est parfois appréhendée juridiquement par le biais d'autres notions proprement juridiques³⁵. Cette réalité n'est pas l'objet de définition unanime en droit positif, pas plus qu'en doctrine. Cependant, sa définition tourne autour d'éléments irréductibles³⁶.

24. La conceptualisation juridique de l'investissement. Si l'appréhension juridique de l'investissement est sensible, ne serait-ce qu'en termes de définition, cela augure des difficultés dans la protection de la réalité à laquelle le mot renvoie, et surtout, de son issue. Afin de poursuivre l'objectif de protection, le droit doit tout d'abord conceptualiser juridiquement la réalité concernée et la notion économique d'investissement, de telle sorte qu'elles renvoient un minimum à une notion juridicisée, contenant une idée générale, mêlée à une finalité identifiée. Ainsi, l'identification d'un concept d'investissement, contenant sa définition, peut désigner *une situation de fait d'engagement de valeurs dans un objet déterminé, afin d'en obtenir en retour*

³⁴ Ainsi en va-t-il en matière de droit international, au sein duquel la notion et son régime de protection se sont développés de façon assez précoce par rapport aux autres branches du droit interne. Sur ce sujet, retraçant la réception juridique de l'investissement dans les différentes branches du droit, cf. GRUNDELER (G.), *op. cit.*, p. 21, n° 3 et s. L'auteur souligne la réception juridique de l'investissement dans le domaine tout spécialement du droit privé des affaires, et notamment en droit des sociétés, en droit financier, dans le droit de la concurrence, dans celui des contrats et de la responsabilité civile, ainsi que dans celui de la propriété intellectuelle. Pour une analyse du concept d'investissement dans ces différentes branches du droit, cf. l'ensemble des contributions in CAUSSE (H.) et SINKONDO (M.) (dir.), *Le concept d'investissement, Regards croisés des droits interne, international et communautaire*, *op. cit.* ; LE FUR (A-V.), « La protection de l'investisseur par le droit des biens. La notion de bien financier », *RD Banc. et fin.* nov. 2010, Étude 32 ; LUCAS (F.-X.) « Du contrat de société au contrat d'investissement », *RD Banc. et fin.* mars 2005, Étude 5, et du même auteur, *Les transferts temporaires de valeurs mobilières, pour une fiducie de valeurs mobilières*, Coll. Bibl. de droit privé, t. 283, Paris : LGDJ, 1997 ; MOKROWIECKI (M.), *La notion juridique d'investisseur sur le marché réglementé*, Thèse dactyl., Université Lille 2, 2001 ; TEHRANI, (A.), *Les investisseurs protégés en droit financier*, Coll. Bibl. Droit de l'entreprise, t. 88, Paris : LexisNexis, 2015 ; LEDAN (J.), *L'investisseur et droit privé et droit fiscal français*, Collection du centre d'études fiscales, Aix-en-Provence : PUAM, 2009 ; LAGARDE (X.), « L'acte d'investissement, Du contrat à l'acte juridique », in LE DOLLEY (E.) (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, Coll. Droit et économie, Paris : LGDJ, 2010, p. 281

³⁵ À ce sujet, cf. GRUNDELER (G.), *op. cit.*, p. 25, n° 4.

³⁶ Ils sont sensiblement les mêmes que ceux ayant déjà pu être mentionnés dans le champ économique. M. GRUNDELER, au terme de son étude, propose de l'investissement la définition suivante : « [...] un acte juridique par lequel une personne engage une valeur dont elle attend une rémunération liée aux profits tirés de l'exploitation » (*id.*, p. 412, n° 398).

un profit, lequel est incertain, à cause de l'existence d'un aléa. Ce dernier est susceptible de provoquer le risque, pour l'auteur, de ne pas obtenir le profit escompté en retour. Sur la base de cette définition, un régime juridique de protection peut être établi et appliqué³⁷.

25. Les éléments du régime juridique de protection de l'investissement. Le régime de protection de l'investissement tourne essentiellement autour de techniques visant à la fois à prévenir les occurrences et les causes du risque d'investissement, et, le cas échéant, à en réparer les conséquences. Pour mettre en œuvre un tel régime, il faut identifier deux temps d'action juridique. D'une part, le droit peut assurer la réservation privative ou extra-privative du résultat d'investissement au bénéfice de son auteur. La réservation doit ainsi permettre d'interdire aux tiers d'utiliser ce résultat pour en tirer profit³⁸. D'autre part, il est également opportun que le droit organise la protection de l'exploitation du résultat d'investissement, devant faire naître le retour attendu. L'enjeu est d'offrir, par son organisation juridique, un environnement optimal pour l'issue de l'opération. L'ordre juridique garantit ainsi à l'investisseur que les fruits attendus de l'exploitation de son résultat d'investissement lui reviennent effectivement³⁹.

2) La propriété intellectuelle : un univers juridique tourné vers la création intellectuelle

26. La création intellectuelle au cœur de la propriété intellectuelle. Un discours traditionnel et classique de la propriété intellectuelle considère qu'il s'agit d'un système juridique de protection des créations intellectuelles⁴⁰. La sollicitude à l'égard de la création intellectuelle à protéger transparaît aussi bien dans les différents fondements de la discipline, que dans ses fonctions et finalités. Si la présence et l'importance de la création intellectuelle sont constantes en son sein, l'existence de sa protection peut être utilisée à titre d'argumentation pour sonder l'objet de la discipline et des droits institués. L'examen de la place de la création intellectuelle dans la propriété intellectuelle, en tant que sa pierre angulaire, contribue à sa définition.

³⁷ Comme l'affirme M. GRUNDELER (*id.*, p. 32, n° 7) : « le rôle du droit en la matière devrait donc consister à protéger l'enrichissement attendu de l'investissement », la finalité de l'appréhension juridique de l'investissement résiderait alors, dans l'encouragement de « l'enrichissement de ceux qui acceptent de prendre le risque d'investir », (p. 128, n° 117). Par ailleurs, pour garantir à l'investisseur cet enrichissement, il semble logique que son régime juridique s'organise « essentiellement autour de l'idée d'orienter les profits découlant de l'investissement vers le patrimoine de l'investisseur », (p. 32-33, n° 7).

³⁸ *Id.*, p. 217, n° 206.

³⁹ *Id.*, p. 409, n° 396.

⁴⁰ Nous ne nous intéressons, à ce stade, qu'au droit d'auteur en propriété littéraire et artistique, et au droit des brevets en propriété industrielle.

27. Définition de la notion de « création intellectuelle ». La notion de création intellectuelle renvoie à la fois à une activité, une action, ainsi qu'à son résultat. En tant qu'action, la notion désigne l'activité d'un être humain produisant quelque chose de nouveau, par la mise en œuvre de ses qualités. Celui-ci met en mouvement une capacité de production, une force de travail, dans un objectif. En ce sens, la création se définit comme un « acte consistant à produire et à former un être ou une chose qui n'existait pas auparavant »⁴¹, ou encore comme un « acte qui consiste à produire quelque chose de nouveau, d'original, à partir de données préexistantes »⁴². Envisagée comme le résultat de cette action, la création peut à son tour être définie comme un « élément résultant de l'exercice du pouvoir qu'a l'homme de transformer, de renouveler quelque chose »⁴³, ou encore comme le « résultat de l'exercice du pouvoir qu'a l'homme de construire, de former, avec le concours d'une faculté spécifique, un produit qui s'insère parmi les choses déjà existantes »⁴⁴. La création, qualifiée d'« intellectuelle », met en exergue le fait qu'il s'agit d'une activité et d'un résultat procédant des facultés intellectuelles d'un être humain. En tant qu'action, la création intellectuelle suppose une activité de l'esprit de l'Homme. En tant que résultat de l'action, il s'agit de la chose résultant de l'esprit humain, présentant cette même nature. La création intellectuelle est donc une chose créative résultant de l'esprit humain, saisissable dans son aspect immatériel⁴⁵.

28. La place de la création intellectuelle dans les fondements de la propriété intellectuelle. L'examen des fondements de la propriété intellectuelle permet de saisir selon quel raisonnement la création intellectuelle en vient à être protégée par ce système. La construction d'un système de propriété intellectuelle procède de l'appréhension du processus de création intellectuelle. Pour reconnaître la réservation de l'objet intellectuel, le droit s'intéresse à la source de celui-ci : l'acte de création d'un Homme⁴⁶. D'une part, cet acte est perçu comme le fait générateur « naturel » de l'octroi d'une prérogative exclusive consentie *a posteriori* par l'institution juridique. D'autre part, en établissant un droit de réservation sur une

⁴¹ Définition en ligne sur le site Internet du CNRTL, °création, dans une acception dirigée en dehors de l'ordre humain.

⁴² *Ibid.*, dans une acception dirigée dans l'ordre humain.

⁴³ *Ibid.*, en parlant de ce qui résulte de l'exercice du pouvoir qu'a l'homme de produire quelque chose de nouveau, d'original, au terme d'un acte créateur (première acception).

⁴⁴ *Ibid.*, seconde acception.

⁴⁵ Nous emploierons la notion de « création intellectuelle », de façon générique, pour renvoyer, indifféremment, aux notions juridiques d'invention ou encore d'œuvre de l'esprit, mais aussi pour identifier d'autres objets à caractère créatifs, procédant d'une activité de création d'une personne, et constituant parfois l'objet de droits subjectifs de propriété intellectuelle (tels, les typologies de produits semi-conducteurs, les obtentions végétales, des interprétations personnelles, les dessins, les modèles, ...).

⁴⁶ GALLOUX (J.-C.), « Qu'est-ce que la propriété intellectuelle ? », in *Droits de propriété intellectuelle – Liber amicorum Georges BONET*, Coll. IRPI, t. 36, Paris : Litec, 2010, p. 199.

création intellectuelle, l'ordre juridique se réfère aussi à l'utilité que celle-ci représente pour différents individus qui y sont intéressés mais aussi, plus largement, pour la société. Dans chacune des sources matérielles naturaliste et utilitariste de la propriété intellectuelle, la création intellectuelle est bel et bien au centre des raisonnements⁴⁷.

29. Le fondement naturaliste. Avant la période de la Révolution française, la réservation d'une création intellectuelle n'était pas assurée légalement par un droit⁴⁸. La création intellectuelle ne faisait pas l'objet d'une protection autonome, ni consacrée. Il faut attendre les lois révolutionnaires pour constater l'intérêt porté à la réservation d'une création intellectuelle par un droit, tant dans le domaine littéraire et artistique, qu'industriel et technique. Le législateur institue à cette époque des dispositions au bénéfice des créateurs sur leurs créations, postérieurement à l'abolition des privilèges. Constituant la base du droit de la propriété intellectuelle tel que nous le pratiquons aujourd'hui, ces dispositions sont issues de différentes sources matérielles. Elles contiennent une dimension de droit naturel fondant leur existence⁴⁹. Dans une approche naturaliste, le législateur, avec le soutien de divers plumes véhiculant ces

⁴⁷ Comme l'exprime Madame la Professeure Mireille BUYDENS, le système de propriété intellectuelle ne repose pas uniquement sur ces deux types de fondements, mais aussi sur l'idée du « contrat social », et de l'« occupation », cf. not., *La propriété intellectuelle, La propriété intellectuelle, Évolution historique et philosophique*, Bruxelles : Bruylant, 2012, p. 258-402 ; POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, La propriété industrielle*, Coll. Corpus. Droit privé, Paris : Economica, 2011, p. 3, n° 8 et s., spé. p. 4, n° 8 : « Deux conceptions fédératrices des droits intellectuels peuvent être adoptées : la théorie de la récompense et le jusnaturalisme. Une fraction de la doctrine contemporaine opte même pour une troisième voie en mettant en avant l'investissement » (nous soulignons) ; STROWEL (A.), *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences, Étude de droit comparé*, Coll. Bibl. Faculté de Droit de l'Univ. Catholique de Louvain, t. 24, Bruxelles : Bruylant, 1993, p. 174, n° 132 et s. ; MARINO (L.), *Droit de la Propriété Intellectuelle*, Coll. Thémis droit, Paris : PUF, 2013, p. 23, n° 11.

⁴⁸ Les prémices du droit de la propriété intellectuelle, tel qu'on le connaît aujourd'hui, reposaient sur des privilèges octroyés par la royauté. Il ne s'agissait pas, à l'époque, de protéger une création et le rapport qu'elle entretient avec son créateur. Il s'agissait plutôt d'un mécanisme essentiellement économique, visant à indemniser la personne assurant l'exploitation et la diffusion d'une création en engageant, à ses risques, des frais. Il s'agissait également de réguler un marché des créations face aux phénomènes de contrefaçon et de diffusion des idées que la royauté ne légitimait pas. La création intellectuelle, qu'elle soit esthétique, littéraire ou utilitaire, et l'intérêt de son auteur n'étaient donc pas au centre des préoccupations dans le système des privilèges royaux. Aussi, corrélativement, le privilège n'était pas reconnu au créateur intellectuel mais à la personne assumant la diffusion et la reproduction de la création. Cependant, ponctuellement, et en réaction à certaines revendications et conflits, dans le courant du siècle des Lumières, se développent des idées tendant à reconnaître un statut à la création et aux intérêts de son auteur. Progressivement, le Roi en vient à consentir des privilèges directement, parfois, aux auteurs. Pour autant, l'idée de récompense et de protection de la création et de son auteur par la reconnaissance d'un droit au bénéfice de celui-ci n'est toujours à l'ordre du jour. Le privilège n'est pas un « droit » qui serait acquis, mais « une grâce fondée en justice ». Dans les discours philosophiques de l'époque, se développe toutefois l'idée qu'il faudrait reconnaître au créateur un droit sur le fruit de sa pensée et de sa faculté créatrice. Suite à l'abolition des privilèges royaux, le législateur consacrera ces idées dans des lois qui auront été inspirées des plumes de l'époque, se faisant défenseuses de la protection du fruit du génie de l'Homme.

⁴⁹ Sur le sujet, cf. not. GEIGER (Ch.), *Droit d'auteur et droit du public à l'information, Approche de droit comparé*, Coll. IRPI Le droit des affaires, t. 25, Paris : Litec, 2004, p. 20, n° 20 et s. ; CARON (Ch.), *Droit d'auteur et droits voisins*, Coll. Manuel, 5^e éd., Paris : LexisNexis, 2017, p. 8, n° 9 ; POLLAUD-DULIAN (F.), *La propriété intellectuelle, Le droit d'auteur*, Coll. Corpus. Droit privé, 2^e éd., Paris : Economica, 2014, p. 31, n° 16 ; LUCAS (A.), « Le rapport Le Chapelier : retour vers la conception jusnaturaliste du droit d'auteur français », in *Liber Amicorum Georges BONET, op. cit.*, p. 341.

idées, érige une propriété au bénéfice des individus sur le fruit de leur pensée. Celle-ci semble trouver sa légitimité dans le fait que la création est le fruit des activités intellectuelles de l'Homme. Ce dernier étant, d'une certaine manière, libre et propriétaire de lui-même, il a ainsi droit à la propriété de ce qu'il produit, ce produit étant de nature matérielle ou intellectuelle, et notamment d'ordre esthétique, littéraire, utilitaire, technique, industriel. Le fondement trouve un écho particulier s'agissant de la propriété littéraire et artistique, davantage qu'en propriété industrielle. Il a par ailleurs été relayé par une conception personnaliste : la prise en compte de l'importance de la personnalité de l'auteur servira en effet de fondement de cette propriété à partir de la seconde moitié du 19^e siècle⁵⁰.

30. Le fondement utilitariste. Le fondement utilitariste du droit de propriété intellectuelle est également tourné vers la considération d'une création intellectuelle. Il envisage le droit de propriété comme une technique utile à l'incitation à la création, dans l'intérêt de la société. Selon cette approche, la diffusion de la création intellectuelle et son utilisation par la société contribuent à son bien-être et à la satisfaction de ses besoins. En ce sens, octroyer un droit de propriété sur cet objet, à son créateur ou à une autre personne ayant contribué à son émergence, aurait un effet positif et incitatif dans sa production. L'approche utilitariste du droit de propriété intellectuelle repose également sur l'idée de contrat social⁵¹. En octroyant à une personne un droit de propriété exclusif et temporaire sur une création intellectuelle, en contrepartie du partage de celle-ci dans la société, cela lui permet d'en tirer des ressources⁵². Elle est ainsi incitée à entamer des processus créatifs. L'octroi d'un droit de propriété se justifie en ce qu'il est utile, à terme, pour la société⁵³. Ici, contrairement au fondement naturaliste, le droit de propriété ne préexiste pas. Fruit d'une construction juridique sociale et positive, il est délibérément institué par l'ordre étatique, dans le but d'inciter à la création pour satisfaire l'intérêt général⁵⁴. Le droit de propriété intellectuelle est alors un instrument adopté et mis en

⁵⁰ Le fondement dit « personnaliste » repose ainsi sur le lien unissant l'auteur à sa création. Il invite à considérer que l'œuvre est le reflet de la personne de son auteur. Elle en est le prolongement, ce qui justifierait que ce dernier puisse en disposer. Sur le sujet, cf. not. PFISTER (L.), « Histoire du droit d'auteur », *loc. cit.*, n° 38 et s. ; STROWEL (A.), *op. cit.*, p. 176 ; BUYDENS (M.), *La propriété intellectuelle, op. cit.*, p. 285 ; et sur l'approche personnaliste marginale du droit de propriété sur une invention, cf. not. LALLEMANT (A.), *Travail, création et propriétés*, Thèse dactyl., Université de Poitiers, 2012, p. 205 et s., n° 150 à 152 ; ROUBIER (P.), *Droit de la propriété industrielle, t. 1, op. cit.*, p. 53 ; POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, La propriété industrielle, op. cit.*, p. 3, n° 8 et s., spé. p. 5, n° 10 ; BUYDENS (M.), *La propriété intellectuelle, op. cit.*, p. 335.

⁵¹ BUYDENS (M.), *La propriété intellectuelle, op. cit.*, p. 264 : « L'utilitarisme, cependant, ne peut se penser sans le contrat social, et c'est dans la combinaison des deux que s'enracine (en partie) l'explication contemporaine de la propriété intellectuelle ».

⁵² En cela, l'idée d'efficacité économique n'est également pas étrangère à l'octroi d'un droit de propriété.

⁵³ Cf. STROWEL (A.), *op. cit.*, p. 236, n° 185.

⁵⁴ POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, La propriété industrielle, op. cit.*, p. 3, n° 8 et s., spé. p. 4, n° 8, qui évoque que la justification des droits de propriété intellectuelle peut recouvrer une forme de « récompense », qui, selon nous, s'inscrit ainsi dans la mouvance d'une justification utilitariste du droit de

œuvre au service d'une fin déterminée. Il n'est pas une fin en soi⁵⁵. Le fondement utilitariste de la propriété intellectuelle est mobilisé pour justifier la protection d'une création intellectuelle, tant en propriété littéraire et artistique⁵⁶, qu'en propriété industrielle⁵⁷. Il a surtout reçu historiquement un écho favorable en matière de propriété industrielle. Les différents fondements de la propriété intellectuelle ne sont pas exclusifs l'une de l'autre, mais cohabitent⁵⁸. Néanmoins, il faut bien reconnaître que certaines approches des fondements prévalent, dans chacune des branches considérées. Aussi, après avoir sommairement recensé sur quels fondements la propriété intellectuelle s'est construite, et en considération de la notion de « création intellectuelle », il convient désormais de rechercher les objectifs ayant menés, et menant encore, à sa construction et son évolution.

31. La place de la création intellectuelle dans les fonctions et finalités de la propriété intellectuelle. Remplissant une fonction par la mise en œuvre de ses mécanismes, la propriété intellectuelle poursuit des objectifs. Elle a, dans son existence et sa mise en œuvre, une fonction devant aboutir à la satisfaction de sa finalité⁵⁹. La propriété intellectuelle est un système juridique renvoyant à un ensemble de règles de droit instituant des prérogatives aux bénéficiaires

propriété intellectuelle en ce qu'il contribue à satisfaire une diversité d'intérêts : « *La loi n'accorde de tels droits qu'en fonction et dans les limites de l'utilité sociale qu'ils représentent* ». HADADDIN (S.), *Essai sur une théorie générale en droit d'auteur*, Thèse dactyl., Université de Poitiers, 2008, p. 316, n° 331.

⁵⁵ FARCHY (F.), « L'analyse économique des fondements du droit d'auteur : une approche réductrice pourtant indispensable », *PI* oct. 2006, n° 21, p. 388, spé. p. 293 : « *L'octroi de droits de propriété n'est pas une fin en soi (comme dans l'optique du droit naturel) mais un moyen, dont les vertus incitatives sont au service de la maximisation du bien-être social* ».

⁵⁶ PFISTER (L.), « Histoire du droit d'auteur », *loc. cit.*, n°43 ; GINSBURG (J. C.), « Histoire de deux droits d'auteur : la propriété littéraire et artistique dans la France et l'Amérique révolutionnaire », *loc. cit.*, spé. p. 130, p. 132, et p. 154 ; *contra*, cf. LUCAS (A.), « Le rapport Le Chapelier : retour vers la conception jusnaturaliste du droit d'auteur français », *loc. cit.* ; HADADDIN (S.), *op. cit.*, p. 78, n° 75 ; STROWEL (A.), *op. cit.*, p. 138, n° 108 et p. 242, n° 189 ; GEIGER (Ch.), *op. cit.*, p. 27, n° 26 et p. 39, n°35 et s. pour une critique.

⁵⁷ ROUBIER (P.), *Le droit de la propriété industrielle, t. 1.*, *op. cit.*, p. 67-68, sur l'idée de contrat social figurant dans la première loi du brevet d'invention, et p. 76, sur l'idée « *d'utilité sociale à l'envers de celle de droit naturel en tant que fondement* » ; POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, La propriété industrielle*, *op. cit.*, p. 3, n° 8 et s., spé. p. 94, n° 143 ; LALLEMANT (A.), *op. cit.*, p. 208, n°152.

⁵⁸ BUYDENS (M.), *La propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 293 ; GEIGER, *op. cit.*, p. 43, n° 38 ; et STROWEL (A.), *op. cit.*, p. 238, n° 186, pour un constat en matière de droit d'auteur.

⁵⁹ Fonctions et finalités peuvent ici être variées. Sur l'idée que l'identification d'une finalité d'un droit permet de saisir ce qu'il est et son utilité, sa justification, cf. not. VIVANT (M.), « De la finalité sociale des droits de propriété intellectuelle », in VIVANT (M.) (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Coll. Les grands arrêts, 3^e éd., Paris : Dalloz, 2020, p., du même auteur : « Intellectual property rights and their functions: determining their legitimate 'enclosure' », in ULLRICH (H.), DRAHOS (P.), et GHIDINI (G.) (dir.), *Kritika: Essays on intellectual property*, vol. 3, Edward Elgar Pub., 2018, p. 44, et « La propriété intellectuelle : nouvelles formes et nouveaux enjeux », *Sociétés politiques comparées*, 45, mai-août 2018, http://www.fasopo.org/sites/default/files/varia1_n45.pdf ; GEIGER (Ch.), « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », *D.* 2010, p. 510, et du même auteur : « La fonction sociale : clef pour comprendre, améliorer et adhérer aux droits de propriété intellectuelle », in VIVANT (M.) (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Paris : LGDJ, 2014, p. 79 ; TIROLE (J.), « Quelles finalités pour les propriétés intellectuelles ? », « Quelles finalités pour les propriétés intellectuelles ? », in FRISON-ROCHE (M.- A) et ABELLO (A.) (dir.), *Droit et économie de la Propriété Intellectuelle*, Coll. Droit et Economie, Paris : LGDJ, 2005, p. 3

de sujets de droit. Il s'agit de droits individuels de réservation de nature privative portant sur un objet intellectuel voire, moins strictement, immatériel. La fonction de ces prérogatives œuvre à l'établissement d'un environnement favorable à la réalisation d'objectifs identifiés, que nous concevons comme leurs finalités. Les objectifs causent l'existence des prérogatives remplissant une fonction⁶⁰.

32. Finalités de la propriété intellectuelle. L'objectif primordial, dont la satisfaction entraînerait celle d'autres finalités, est certainement celui de l'incitation à la création. En instituant ces droits exclusifs temporaires, l'État entend promouvoir l'activité créatrice, et surtout, l'émergence d'un résultat créatif. La création est génératrice de progrès social⁶¹, déclinable sous ses aspects notamment culturels, techniques, scientifiques et économiques. La justification du droit de la propriété intellectuelle tenant à son effet d'incitant à la création, on considère alors qu'il est « un droit "conditionné", "finalisé", "causé" par l'atteinte de certains objectifs »⁶². L'incitation à la création peut être présentée comme l'ultime objectif du droit de la propriété intellectuelle, mais ne doit pas néanmoins éclipser les autres. Cette discipline couvre en effet l'organisation et la protection des intérêts de différents acteurs intervenants dans le processus créatif. Si la propriété intellectuelle a pour fonction immédiate de protéger les intérêts du titulaire du droit exclusif, il n'en demeure pas moins qu'elle veille effectivement à la prise en compte des intérêts d'autres acteurs⁶³. Récompensé, et/ou rémunéré, le concepteur de la création est ainsi incité à poursuivre son activité⁶⁴, car il a conscience qu'elle lui apporte, en théorie, des ressources. En conséquence, la société sera en mesure de jouir de l'existence de ces créations, de leur multiplication, et de tous les bienfaits de différentes natures qu'elles représentent. La fonction protectrice de la propriété intellectuelle satisfait donc à la fois une finalité individuelle, mais aussi collective⁶⁵. Par ailleurs, la pluralité d'acteurs, intéressés à la production ou à l'utilisation de la création intellectuelle peut faire ressentir des intérêts parfois divergeant et contradictoires. Le droit, par définition soucieux de la satisfaction des intérêts individuels, mais aussi de l'intérêt général, s'efforce au sein de la propriété intellectuelle de les

⁶⁰ CARON (Ch.), *op. cit.*, p. 4, n° 4 : « *Le droit d'auteur, comme tous les droits de propriété intellectuelle est un droit causé. Cela signifie qu'il a une finalité, une cause et une raison d'être* » ; MARINO (L.), *op. cit.*, p. 102, n° 46, sur le concept de « droits-fonction ».

⁶¹ Cf. FAVREAU (A.), *op. cit.* ; du même auteur, « La valeur sociale des objets de la propriété intellectuelle », *RLDI* 2011/77, suppl., n° 2585, spé. p. 67, pour une définition de la notion de progrès.

⁶² GEIGER (Ch.), « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », *loc. cit.*, spé. p. 514.

⁶³ CARON (Ch.), *op. cit.*, p. 4, n° 4 ; STROWEL (A.), *op. cit.*, spé. p. 274, n° 212 et s.

⁶⁴ Sur la fonction d'incitation à la création dirigée tantôt vers le créateur, ou sur l'investisseur, cf. STROWEL (A.), *op. cit.*, p. 220, n° 176 et s. spé. p. 221-223.

⁶⁵ BERTRAND (A.), *Le droit d'auteur et les droits voisins*, 2^e éd., Paris : Dalloz, 1999, p. 79-80, n° 1. 6. ; sur la fonction sociale du droit d'auteur, MARINO (L.), *op. cit.*, p. 101, n° 46.

concilier et ce, à plusieurs égards⁶⁶. Toute la difficulté de la tâche réside néanmoins dans le maintien d'un subtil équilibre entre eux.

33. La propriété intellectuelle entre unité et diversité. L'examen des fondements, fonctions et finalités du droit de la propriété intellectuelle contribue à identifier son unité, autour du mobile de protection d'une création intellectuelle. D'autres indices en témoignent également. Toutefois, un certain nombre d'éléments révèle aussi l'irréductible diversité qu'elle contient⁶⁷. Ce constat peut faire douter de la place centrale qu'est supposée y occuper la création intellectuelle.

34. Les éléments d'unité de la propriété intellectuelle. Le simple recensement des ouvrages juridiques doctrinaux traitant du droit de la propriété intellectuelle suffit à constater l'existence d'une unité de cette discipline. L'étude unitaire de cette dernière s'opère ainsi par une analyse commune de la diversité de régimes juridiques protégeant les créations de l'esprit. Certains auteurs choisissent de mettre en exergue d'avantage l'unité de la discipline⁶⁸, plutôt que de l'étudier de façon sectorielle, sans pour autant nier ce dernier aspect⁶⁹. D'autres s'attachent également à discuter le caractère unitaire ou diversifié de la discipline⁷⁰. Force est de considérer que la discipline du droit de la propriété intellectuelle, malgré la diversité qu'elle contient, présente des lignes directrices fortes, en révélant une unité⁷¹. L'élément le plus solide soutenant l'idée d'une unité du droit de la propriété intellectuelle réside, sans doute, dans l'existence d'un code rassemblant l'ensemble des règles de droit relatives au régime juridique des biens intellectuels. Les droits de propriétés intellectuelles révèlent leurs points communs à l'étude de leur objet et de l'architecture du régime d'appropriation. Le large dénominateur commun est la nature immatérielle de l'objet. Les prérogatives instituées par les règles

⁶⁶ À titre d'illustration, il suffit de s'intéresser au caractère temporaire de la grande majorité des droits exclusifs consentis aux titulaires sur les créations intellectuelles. Aussi, l'existence d'exceptions légales ou jurisprudentielles au respect de prérogatives patrimoniales, notamment en droit d'auteur, participe de ce souci de conciliation des intérêts. Ainsi, en reconnaissant à un titulaire un droit exclusif temporaire sur une création intellectuelle, le législateur se soucie des intérêts des autres créateurs, du public, des exploitants, plus largement, de l'intérêt de la société. La tâche est également dévolue à la jurisprudence lorsqu'à l'occasion d'un contentieux qui lui est soumis en matière de propriété littéraire et artistique, et qui amènerait le juge à privilégier un intérêt, il est légalement tenu d'exercer la balance des intérêts par la mise en œuvre du « test des trois étapes ».

⁶⁷ POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, La propriété industrielle*, op. cit., p. 23 et s., n° 40 et s., exposant successivement les éléments de diversité, puis d'unité ; MARINO (L.), op. cit. p. 3, n° 2 sur la logique unitaire, puis évoquant une « inévitable diversité de la matière » ; RAYNARD (J.), « Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier », in *Mélanges offerts à Jean-Jacques BURST*, Paris : Litec, 1997, p. 527.

⁶⁸ Cf. par exemple MARINO (L.), op. cit., p. 3, n° 2.

⁶⁹ D'autres auteurs expriment simultanément le caractère diversifié et unitaire du droit de la propriété intellectuelle, cf. not. BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle*, Coll. Manuel, 6^e éd., Paris La Défense : LGDJ, 2020.

⁷⁰ ALMA-DELETTRE (S.), *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?*, Thèse dactyl., Université de Montpellier, 1999 ; colloque organisé par le CUERPI, le 28 novembre 2003 à Grenoble, « Propriétés intellectuelles : unité ou diversité. A la recherche d'un droit commun des propriétés intellectuelles », *JCP E, Cah. Dr. Entr.*, 14 oct. 2004, suppl. n° 4, spé. p. 13.

⁷¹ Il s'agit ici d'en présenter quelques-unes, sans prétendre à l'exhaustivité.

contenues dans ce code sont considérées en général comme de nature privative⁷². En tant que droits subjectifs conférant une exclusivité d'exploitation de l'objet intellectuel au bénéfice de son titulaire, les droits de propriété intellectuelle suggèrent justement, et à chaque fois, l'identification de certains éléments. Le droit de propriété intellectuelle se compose d'un objet de droit (la création intellectuelle), d'un titulaire de ce droit (sujet actif – la plupart du temps, le créateur ou son ayant-droit), ainsi que d'un pouvoir (le droit d'exclure autrui de l'usage non consenti de ce bien intellectuel), et enfin, d'une protection effective conférée par la sanction de la contrefaçon⁷³, ou du délit civil.

35. L'artificielle unité du droit de la propriété intellectuelle. L'étude plus poussée de la propriété intellectuelle révèle qu'en dépit des facteurs d'unité exposés plus haut, une certaine diversité subsiste⁷⁴. D'abord, des indices conduisent à se demander si l'objet de la protection est véritablement une création intellectuelle, ou si, à côté de celle-ci, le système ne réserverait pas d'autres objets, en considération d'autres critères. Le premier indice de la division du droit de la propriété intellectuelle réside dans l'existence, comme en témoigne la construction du code, de deux branches : propriété littéraire et artistique et propriété industrielle. De plus, ces branches se scindent elles-mêmes et respectivement, en sous-branches⁷⁵. Le constat de la diversité apparaît également dans le domaine de la propriété littéraire et artistique. Les biens immatériels faisant l'objet de sa protection ne sont pas seulement des créations intellectuelles entendues au sens strict. Certains droits portent moins sur une création intellectuelle, que sur le fruit d'un investissement financier, voire intellectuel⁷⁶. Ensuite, certains droits subjectifs de propriété intellectuelle, en plus de contenir communément une prérogative de nature

⁷² La nature du droit est par ailleurs, discutée, notamment du fait de sa limitation dans le temps.

⁷³ POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, La propriété industrielle, op. cit.*, p. 26, n° 50.

⁷⁴ Le droit de la propriété intellectuelle, oscillant entre éléments de diversité et d'unité, par l'emploi même de cette expression, « *ne doit pas, en tout cas, faire naître l'illusion de l'unité [...]* », LUCAS (A. et H.-J.) et LUCAS-SCHLOETTER (A.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^e éd., Paris : Litec, 2006, p. 29, n° 26, cf. ég. la suite de la citation.

⁷⁵ Au sujet de l'existence de différents droits de propriété intellectuelle réunis au sein de l'expression « droit de propriété intellectuelle », sont parfois employés, pour le désigner, les termes d' « *archipel* » (VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *Droit d'auteur et droits voisins*, Coll. Précis, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2019, p. 48, n° 27, citant FOYER (J.) et VIVANT (M.), *Le droit des brevets*, Paris : PUF, 1991, p. 9), d' « *hétérogénéité* » (POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, La propriété industrielle, op. cit.*, p. 23, n° 40), ainsi que l'expression « *les sept familles de la propriété intellectuelle* » (BINCTIN (N.), « Les sept familles de la propriété intellectuelle – Étude sur les personnages de références du CPI », in GEIGER (Ch.) et RODA (C.) (dir.), *Mélanges Johanna SCHMIDT-SZALEWSKI*, Coll. CEIPI, t. 61, Paris : LexisNexis, 2014, p. 49).

⁷⁶ L'observation se vérifie tant en propriété littéraire et artistique, qu'en propriété industrielle. Cf. not. ALMA-DELETTRE (S.), *op. cit.*, p. 52, n° 57 et s. Ainsi, les droits voisins du droit d'auteur ne protègent pas un objet procédant d'un acte strictement créateur de l'esprit humain, mais d'une interprétation, prestation personnelle, ou d'un acte de fixation matérielle. Aussi, on peut douter que le droit de marque protège, au travers du signe distinctif, le résultat d'une activité créatrice (cf. not. POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, La propriété industrielle, op. cit.*, p. 24, n° 45 et 46 ; LUCAS (A. et H.-J.) et LUCAS SCHLOETTER (A.), *op. cit.*, 3^e éd., p. 28, n° 26 ; BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, p. 694, n° 814).

patrimoniale, confèrent des prérogatives morales non limitées dans le temps à leurs titulaires. Il en va ainsi concernant le droit d'auteur, le droit de l'artiste-interprète, et le droit du brevet d'invention. Les autres droits de propriété intellectuelle n'en instituant pas, on remarque alors, une fois de plus, qu'il s'agit d'un argument de la diversité de la matière. Enfin, quand bien même les droits de propriété intellectuelle ont en commun d'être des droits exclusifs d'exploitation temporaires, ils se distinguent en ce que leur durée varie en fonction des régimes.

B. La rencontre des univers

36. La rencontre des univers en fait et en droit. Investissement et propriété intellectuelle sont naturellement amenés à se rencontrer au carrefour d'un processus de conception d'un objet immatériel incarné par une création intellectuelle (1). La difficulté de leur rencontre se pose particulièrement au sujet de son appréhension et de son traitement par le système du droit de la propriété intellectuelle (2).

1) La rencontre naturelle au carrefour de la création intellectuelle

37. Le télescopage de l'investissement et de la création intellectuelle. La propriété intellectuelle, univers essentiellement tourné vers l'appréhension d'une création intellectuelle, est amenée à rencontrer l'univers, essentiellement économique, de l'investissement. Ce dernier participe du processus créatif. C'est parce que la réalité du processus de création a des liens très proches avec l'investissement, voire, parce que l'investissement dans la création tend à se confondre avec ce processus créatif lui-même, que le droit de la propriété intellectuelle est sans doute, à son tour, amené à rencontrer l'investissement. En s'intéressant fondamentalement à la naissance et à la vie d'une création, le droit de la propriété intellectuelle est poussé à tenir compte des éléments permettant son existence, dans les règles de droit qu'il organise, dont l'investissement. Il s'agit à ce stade d'exposer en quoi l'importance de l'investissement dans l'activité de création aboutit à l'apparition d'un résultat d'investissement créatif, ou du moins immatériel. Ainsi, l'investissement se trouvant au cœur de l'activité de création et de son résultat, la création intellectuelle peut être appréhendée non seulement comme le résultat d'un investissement, mais aussi comme la base du retour attendu de l'opération.

38. L'investissement, condition de l'activité de création intellectuelle. La création, envisagée comme une activité aboutissant à la production d'un résultat, nécessite l'existence d'apports de différentes natures. Si l'activité d'investissement est par nature considérée comme

un phénomène économique, cette opération peut également présenter une nature intellectuelle. L'activité de création peut être réduite à une activité d'investissements intellectuels et/ou économiques. Une création intellectuelle, à son tour, peut être appréhendée comme le fruit d'apports intellectuel et/ou économique, de la part d'une personne, ou de personnes différentes.

39. Des investissements créatifs de différentes natures : les notions d'investissements intellectuel et financier. La naissance d'une création intellectuelle nécessite le rassemblement d'éléments de différentes natures procédant de différentes activités, qui s'organisent et se structurent. Ces éléments, pouvant se cumuler, ressortent de dimensions intellectuelles et financières : c'est la rencontre entre le monde de l'esprit et celui de l'argent. Si la création naît, sans aucun doute, et en premier lieu, de l'esprit créateur de l'Homme et de son investissement personnel, il n'en demeure pas moins que certaines requièrent également des investissements de nature financière. De plus, l'existence d'une création intellectuelle semble parfois résulter davantage d'une activité d'investissement économique, que d'un strict investissement intellectuel.

40. L'investissement de nature intellectuelle et ses étapes. L'expression « investissement intellectuel » doit être entendue comme le fait de « s'investir », d'investir sa personne, son humanité, sa spiritualité, en vue de quelque chose⁷⁷, et dans le sens synonyme d'un « apport » de soi dans un objet⁷⁸. L'investissement intellectuel, action tendue vers un objectif, est motivé par le souhait de son auteur d'en obtenir un retour satisfaisant. Il contient les mêmes étapes et particularités que l'investissement économique. Tandis que dans ce dernier, la valeur engagée

⁷⁷ L'emploi de l'expression « investissement intellectuel ou humain » peut être surprenant, dès lors que nous avons précédemment envisagé l'investissement comme une opération évoluant, par nature, sur le terrain économique. La qualification de l'investissement dans sa dimension « humaine - intellectuelle » est ainsi choisie délibérément pour démontrer que le développement d'une création requière deux choses qui fonctionnent selon les mêmes modalités. L'expression d'« investissement intellectuel » ne doit pas, dans ces développements, être entendue comme « un investissement dans l'Homme », mais dans le sens d'un investissement de nature intellectuelle, dans la conception d'un objet immatériel à dimension créative. Même si cette expression paraît contenir une contradiction, elle est néanmoins régulièrement employée dans les discours extra-juridiques et juridiques, employant l'expression, cf. not., BENGHOZI (P.-J.) et PARIS (Th.), « Évolutions économiques et nouveaux modèles de protection de la propriété littéraire et artistique », in *Réseaux* 1998, Vol. 16, n° 88-89, p. 11, spé. p. 14 ; LAHIRE (B.), *La condition littéraire, la double vie des écrivains*, Coll. Textes à l'appui/ laboratoire des sciences sociales, Paris : Éditions La Découverte, 2006, p. 47 ; HERSANT (G.), *L'investissement intellectuel*, Thèse dactyl. (sciences économique), Université de Toulouse, 1968, p. 67 ; HUGON (Ch.), *Le régime juridique de l'œuvre audiovisuelle*, Coll. Bibl. droit de l'entreprise, t. 31, Paris : Litec, 1993, p. 35, n° 41 ; BARBIER (H.), *op. cit.*, p. 511, n° 587, spé. p. 512 et p. 527, n° 609 ; LINANT DE BELLEFONDS (S.), *Droits d'auteur et droits voisins*, Coll. Cours, 2^e édition, Paris : Dalloz, 2004, p. 25, n° 76, et p. 26, n° 79 ; C. TILLOY, « Investissement et droit des propriétés intellectuelles. Panorama du droit positif français », in H. CAUSSE et M. SINKONDO (dir.), *Le concept d'investissement*, *op. cit.*, p. 131, spé. p. 161.

⁷⁸ Le terme d'investissement est d'ailleurs parfois employé pour désigner l'implication personnelle d'un sujet dans une activité, dans un projet. Cf. GAUDRAT (Ph.) et SARDAIN (F.), *Traité de droit civil du numérique, t. 1, Droit des biens*, Bruxelles : Larcier, 2015, p. 666, n° 1085, sur la notion d'investissement exigée pour caractériser le droit *sui generis* du producteur de base de données, et p. 679, n° 1104 ; GAUDRAT (Ph.), « Les démêlés [...] », *loc. cit.*, spé. p. 139, et p. 147.

est de nature essentiellement financière, du moins, évaluable en argent, dans l'investissement intellectuel, la valeur engagée est de nature intellectuelle et humaine : c'est l'Homme⁷⁹. Comme pour toute opération d'investissement, la phase d'engagement d'une valeur dans un objet présente une motivation, qui est, non seulement d'aboutir à la naissance d'un résultat, mais aussi de pouvoir en obtenir un profit satisfaisant de sa valorisation par des actes d'exploitation. La personne réalisant un investissement intellectuel est un investisseur, et par analogie, un créateur. Il attend en retour de la mise à disposition de ses facultés intellectuelles, un avantage, tenant lieu de motivation⁸⁰. Schématiquement, on retiendra que la motivation de l'investisseur intellectuel peut être d'ordre vocationnel et culturel et/ou économique et professionnel⁸¹.

41. L'investissement de nature financière et ses étapes. La création, pour voir le jour, a besoin de financement et ce, parfois, à double titre. D'une part, l'existence de certains types de créations nécessite des moyens financiers, autant qu'humains et intellectuels. La conception de ces créations implique des techniques dont le coût peut être considérable. D'autre part, lorsqu'il exerce son activité créatrice, l'Homme a besoin de ressources matérielles et financières pour vivre. Les schémas de processus créatifs peuvent être assez variés. Certaines créations intellectuelles, pour voir le jour, n'auront besoin que de la faculté créatrice de leurs auteurs. D'autres nécessiteront, en plus, des ressources financières en plus des ressources intellectuelles. Néanmoins, l'auteur d'une création intellectuelle ne nécessitant pas de coût important pour sa conception, a pourtant besoin de vivre pendant qu'il crée, ce qui implique des frais. En somme, la conception d'une création, à cause des particularités de son processus, nécessite des financements divers. Ceux-ci peuvent être assumés par le créateur lui-même⁸², s'il dispose des ressources adéquates et souhaite les employer, ou par des tiers⁸³. Des financeurs accepteront donc éventuellement d'assumer cette charge. Le financement du processus de création peut être interprété comme un « investissement ». Cette lecture suggère cependant que la personne finançant l'acte créatif en vue de la naissance d'un objet se place dans une perspective

⁷⁹ Cette valeur est issue de l'humanité même de son auteur, elle est donc de nature intellectuelle, humaine, spirituelle, culturelle. Il peut également s'agir de la mise à disposition par l'auteur, de ses capacités, de ses compétences de son travail, son savoir-faire, sa notoriété, bref, ses facultés créatrices.

⁸⁰ Cette dernière peut être de différents ordres, lesquels peuvent se cumuler.

⁸¹ VIVANT (M.) (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, Coll. Le droit en questions, Paris : Ellipses, 1997, p. 9 ; SAVATIER (R.), *Le droit de l'art et des lettres, Les travaux des muses dans les balances de la justice*, Paris : LGDJ, 1953, p. 18, n° 13 ; PARIS (Th.), *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, Sciences sociales et société, Paris : PUF, 2002, p. 124 ; BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, p. 22, n° 3 ; STROWEL (A.), *op. cit.*, p. 221, n° 176.

⁸² GAUDRAT (Ph.), « Les démêlés [...] », *loc. cit.*, p. 113.

⁸³ *Ibid.* ; HUGON (Ch.), *op. cit.*, p. 10, n° 6, raisonnant à partir de la conception et de la production d'œuvres audiovisuelles.

d'enrichissement spéculatif. Qu'il s'agisse du créateur lui-même ou d'un tiers, cette personne attendra un retour⁸⁴.

42. L'hypothèse d'une combinaison d'investissements. En tant qu'éléments nécessaires à la naissance d'une création intellectuelle, les investissements intellectuel et financier ont vocation à se combiner, donnant naissance à ce que nous nommons opération d'« investissements combinés ». La combinaison se manifeste tant à l'analyse de la création en elle-même, qu'au stade de sa diffusion et de son exploitation. Elle n'est d'ailleurs pas sans provoquer certaines difficultés pratiques et juridiques quant aux prétentions de ces deux types d'investisseurs. L'apport intellectuel d'un créateur suffit parfois pour faire apparaître certains types de créations⁸⁵. Néanmoins, l'investissement financier dans la création revêt la fonction de « catalyseur » pour certaines d'entre elles⁸⁶. Le constat de la nécessité d'un couplage de différents investissements, en vue de faire naître une création, se vérifie tant dans le domaine culturel et artistique qu'industriel, technique et scientifique⁸⁷.

43. Une combinaison révélatrice d'une dépendance et source de difficulté au stade de la valorisation du résultat. Il découle de la naissance de certaines créations requérant à la fois des investissements intellectuel et économique, une forme de dépendance entre ces deux fonctions, et le cas échéant, entre des acteurs différents⁸⁸. La combinaison des apports se révèle dans l'existence même de la création, résultat des investissements. Si l'un manquait, il n'y aurait pas création. La création, en tant que résultat d'investissement, est donc l'indice le plus significatif de la combinaison des investissements dont elle est le fruit. Au stade de la conception, il n'existe pas de grande difficulté dans leur conjugaison. On peut en trouver une raison dans le fait que si les investissements intellectuel et financier sont assumés par des personnes différentes, chaque type d'investisseur recherche ici, pour l'instant, la même chose : la naissance d'un résultat. En revanche, au stade la valorisation de celui-ci, la combinaison provoque des difficultés quant aux prétentions que ces acteurs font valoir sur le fruit de leur

⁸⁴ Celui-ci renvoie à un profit ou, du moins, à un avantage, de quelque nature qu'il soit.

⁸⁵ VIVANT (M.), « Pour une épure de la propriété intellectuelle », *loc. cit.*, spé. p. 241, n° 11 ; BINCTIN (N.), *Le capital intellectuel*, Bibl. droit de l'entreprise, t. 75, Paris : Litec, 2007, p. 439, n° 380 ; BARBIER (H.), *op. cit.*, p. 518, n° 594 ; FARCHY (J.), *Et pourtant ils tournent...*, Coll. Médias essais, Paris : INA, 2011, p. 7, et p. 25.

⁸⁶ Sur l'emploi de cette expression, voir GAUDRAT (Ph.), « Les démêlés [...] », *loc. cit.*, p. 135.

⁸⁷ La recherche-développement dans des secteurs scientifiques et industriels sont forts coûteux. Il s'agit déjà de se représenter les sommes nécessaires pour la conception de produits pharmaceutiques, de médicaments de solutions médicales et thérapeutiques. Les appels réguliers aux dons publics et privés pour apporter un soutien financier à la recherche dans ces domaines en témoignent. La création artistique connaît elle aussi des besoins. Ceux-ci se manifestent notamment par le fait que ce secteur de création implique des outils matériels, du temps, des hommes. Il en va ainsi des créations faisant appel aux outils informatiques et aux réseaux numériques, mais aussi des créations faisant intervenir des techniques ressortissantes de l'audiovisuel.

⁸⁸ BENGHOZI (P.-J.) et PARIS (Th.), *loc. cit.*, p. 15.

effort⁸⁹. Chacun d'eux entend tirer profit du retour sur investissement permis par l'exploitation du résultat qu'ils ont concouru à faire apparaître. Or, le retour qu'ils entendent obtenir peut se présenter sous différentes formes, et procéder de différents modes de valorisation de la création par des actes d'exploitations. Pour être en mesure de valoriser le résultat comme il l'entend, chacun des investisseurs prétend en avoir la disposition au travers de la titularité du droit de réservation. Leur partenariat devient conflictuel. La confrontation des intérêts des deux investisseurs se manifeste au stade de la réservation du résultat d'investissement⁹⁰. Elle peut aussi se manifester au stade de la perception du retour sur investissement, sur la question des modalités de son partage lorsqu'il existe, et sur celle de sa charge, lorsqu'il ne se produit pas. La difficulté est issue de la circonstance que les deux types d'investissements sont assumés par des personnes différentes, le cas échéant⁹¹.

44. Organisation des investissements combinés et propriété intellectuelle. Le droit de la propriété intellectuelle organise juridiquement la naissance et la vie des créations intellectuelles, tout en aménageant les intérêts des personnes concernées de près ou de loin, par ces objets. Dès lors, il est permis de supposer qu'il a également vocation à organiser la relation existante entre l'investisseur intellectuel et l'investisseur financier, au sujet de la réservation du résultat créatif, et sur celui du bénéfice attendu en retour⁹². À cet effet, encore faut-il que cette discipline s'attache à appréhender en tant que tel l'investissement, et sa place dans le processus de création intellectuelle⁹³. Or, il s'avère que le droit de la propriété intellectuelle ne s'intéresse à l'investissement, que si le résultat répond aux critères d'appropriation prévus par le droit positif⁹⁴.

45. La création intellectuelle, résultat et base du retour attendus de l'investissement. La mise en œuvre d'investissements intellectuel et financier doit aboutir à la naissance d'une

⁸⁹ GAUDRAT (Ph.), « Les démêlés [...] », *loc. cit.*, p. 151.

⁹⁰ *Id.*, p. 117, sur la réservation du résultat créatif, fruits d'une combinaison d'investissements intellectuel et financier, par le droit de la propriété intellectuelle : « *Puisque deux personnes, l'une par son apport financier, l'autre par son apport personnel, concourent à l'acte premier de réalisation de l'œuvre, le droit doit arbitrer et préciser qui doit recueillir la propriété intellectuelle* » ; dans le domaine cinématographique, cf. not. LYON-CAEN (G.) et LAVIGNE (P.), *Traité théorique et pratique de droit du cinéma français et comparé*, t. 1, Paris : LGDJ, 1957, p. 12.

⁹¹ En effet, lorsque les deux fonctions d'investissements sont assumées par une même personne, cette problématique de confrontation d'intérêts ne trouve pas de raison d'être. À ce sujet, cf. GAUDRAT (Ph.), « Les démêlés [...] », *loc. cit.*, p. 139 et s.

⁹² *Id.*, p. 151.

⁹³ Sur ce point, le droit de la propriété intellectuelle éprouve des difficultés, car il est très attaché, dans les droits de première génération, à ce que l'investisseur intellectuel soit sur le devant de la scène pour bénéficier de la réservation et du retour directement, en premier lieu. Néanmoins, les nouveaux droits octroyés, portant purement sur la réservation d'un résultat financier, permettent de protéger l'investisseur financier en premier plan. La protection de l'investissement par cette branche du droit ne semble donc pas très bien assumée.

⁹⁴ À ce titre, nous constaterons avec regret que l'investissement n'est donc pas toujours saisi en tant que tel, ni de façon officielle.

création intellectuelle, qui en est l'objet. Néanmoins, le fruit de la conjugaison de ces investissements peut ne pas apparaître, ou ne pas présenter de caractère créatif. Pourtant, l'existence du résultat créatif d'investissements conditionne la réalisation de l'objectif visé par l'investisseur lorsqu'il s'engage. De plus, l'incertitude caractérisant toute opération d'investissement a vocation à affecter également la venue du retour attendu par leurs auteurs, à l'appui de la valorisation du résultat.

46. La création intellectuelle, résultat éventuel d'investissements. Si l'incertitude caractérise la nature de l'opération d'investissement dans sa phase de retour, le résultat d'investissement n'est pas garanti lui non plus par avance. De plus, à supposer qu'il apparaisse, il est possible que le résultat ne soit pas conforme aux attentes de ses producteurs. Ainsi, la mise en œuvre d'investissements intellectuel et financier dans un projet scientifique de recherche-développement ne donnera pas nécessairement naissance à un résultat, du moins à un résultat positif. Si aucun résultat effectif n'apparaît dans cette hypothèse, on ne pourra que constater que les efforts consentis n'ont pas été productifs⁹⁵. En outre, si un résultat apparaît, il peut ne pas être considéré comme créatif. Tel serait le cas dans l'hypothèse d'un résultat simple fruit d'un investissement économique, si l'apport intellectuel n'aboutissait pas à lui donner un caractère véritablement créatif, mais seulement immatériel. La nature du résultat ne sera pourtant pas inintéressante, car il pourrait représenter une potentielle valeur économique à exploiter, satisfaisant l'intérêt de l'investisseur.

47. La création – résultat d'investissements, base du retour éventuel attendu. L'enjeu de l'apparition effective d'un résultat d'investissement réside dans la possibilité pour son auteur de jouir de perspectives de rentabilité de son opération. L'existence du résultat d'investissement créatif est la base du retour attendu de l'investissement. Elle en est la condition *sine qua non*. Le retour est en effet la cause profonde de la motivation de leur engagement dans une telle opération. Il procède de l'existence d'un résultat d'investissement et de sa valorisation par des actes d'exploitation. Cette exploitation se réalise par le biais de sa diffusion à un public, assorti, la plupart du temps, d'une contrepartie. La nature du retour attendu peut présenter différentes natures. De façon caricaturale, on pensera que l'investisseur intellectuel attend un retour en termes de notoriété, de diffusion de la connaissance et du savoir, de satisfaction à la contribution culturelle, ou encore au progrès scientifique. De même, on supposera que l'investisseur financier attend un retour de nature analogue à celle de la valeur qu'il a engagée précédemment.

⁹⁵ On pourrait peut-être identifier une des causes de la non-production du résultat attendu dans le manque d'inspiration du créateur intellectuel, cf. PARIS (Th.), « Organisation, processus et structures de la création », *Culture prospective* 2007/5, p. 1, spé. p. 3, tableau 1.

Il faut cependant dépasser ces visions, car l'investisseur intellectuel peut tout à fait attendre un retour économiquement intéressé, de même que l'investisseur financier n'attend pas exclusivement un retour de nature économique, mais aussi possiblement en termes d'image et de notoriété, de satisfaction de l'intérêt général, culturel et scientifique. Le retour sur investissement attendu de la valorisation du résultat créatif se présente donc sous des formes variées. Quand bien même le résultat d'investissement existerait, et ferait l'objet d'une valorisation dans le but de faire naître un retour, ce dernier peut ne pas se manifester, ou être décevant.

48. L'incertitude du bénéfice d'un retour : la soumission aux aléas positifs ou négatifs.

Les investisseurs à la production du résultat créatif sont soumis à une chance de gain ou à un risque de perte à l'issue de l'opération⁹⁶. Par ailleurs, que l'issue soit profitable ou non, en cas d'investissements combinés réalisés par des personnes différentes, devra s'organiser le partage, soit des gains, soit des pertes⁹⁷. Les investisseurs intellectuel et économique mettant en œuvre l'exploitation de leur résultat créatif, afin d'en tirer un retour, peuvent être confrontés à des aléas d'exploitation qui seraient de nature à en entraver l'apparition⁹⁸. Pour autant, c'est également cet environnement risqué, soumis aux aléas, qui permet le succès de l'opération, le cas échéant. Dans ce contexte, les investisseurs sont conduits à solliciter la protection du droit de la propriété intellectuelle.

2) La rencontre compliquée au stade de la traduction juridique

49. D'une rencontre naturelle à une rencontre troublante. La réponse juridique du droit de la propriété intellectuelle aux sollicitations des investisseurs est complexe. Ce système juridique peut en effet apparaître apte à la protection des investissements immatériels, mais

⁹⁶ Cf. not. PFLIEGER (S.), *La culture à quel prix ?*, Coll. La France de demain, Paris : Ellipses, 2011, p. 95 et s., sur l'incertitude de la création artistique.

⁹⁷ La difficulté sera donc de déterminer quelle part doit assumer chacun. Dans la relation de création, le droit de la propriété intellectuelle prévoit des règles qui semblent être pensées selon cet objectif (on songe notamment à la règle de la rémunération proportionnelle de l'exploitation des droits d'exploitations des œuvres de l'esprit, ou encore à celles des contrats d'exploitation du droit d'auteur).

⁹⁸ Les aléas sont la manifestation de la réalisation d'un risque. Ainsi, par exemple, lorsque l'investisseur intellectuel dévoilera sa création au public, si celle-ci ne rencontre par le succès escompté, il ne pourra bénéficier d'une notoriété. Dans cette hypothèse, l'aléa résiderait dans le fait que la création ne plaît pas au public. Le retour attendu par l'investisseur intellectuel dépend ainsi du goût et de l'intérêt du public pour cette création, lesquels ne peuvent être prévus à l'avance. Il en va de la même logique concernant la perception d'un retour par l'investisseur économique. Si la diffusion au public de la création résultant de son investissement financier, par des actes de valorisation et d'exploitation, ne rencontre pas de succès, le retour ne pourra pas naître. Ainsi donc, l'aléa pourrait résider dans un manque de recettes de ces actes d'exploitation, imputables à diverses causes. Les recettes de l'exploitation pourraient manquer ou être quasi absentes, si la création ne plaisait pas au public, ou si un tiers utilisait la valeur de cette création à son profit, sans respecter l'exclusivité de l'exploitation de la création qui pourrait avoir été reconnue à cet investisseur.

l'affirmation n'est pas évidente dans l'absolu, tant il éprouve des difficultés à assurer la traduction juridique de la réalité en cause. Cela se manifeste au stade de l'appréhension juridique de l'opération et à celui du traitement juridique des intérêts et problématiques en jeux. Le constat est déconcertant. Il invite à en sonder les manifestations et les raisons. Si l'investissement est une opération nécessaire à l'existence d'une création intellectuelle, et si la propriété intellectuelle évolue autour de l'appréhension d'une création intellectuelle, il y a alors tout lieu de penser que l'investissement devrait bien tenir une place au sein de la propriété intellectuelle. Reste à déterminer de quelle manière l'ordre juridique réceptionne précisément la relation entre ces deux univers, et quelle place est, peut et doit être attribuée à l'investissement dans le système.

50. Illustrations de la réception juridique imparfaite. La réception juridique de la relation entre investissement et propriété intellectuelle s'opèrerait au travers de la notion de création intellectuelle. Le droit de la propriété intellectuelle semble organiser le régime d'appropriation d'une telle création, sans considération de sa qualité de résultat d'investissements⁹⁹. Un objet ne reçoit la protection du système de la propriété intellectuelle, que s'il répond aux critères et conditions des catégories de droits. Ce faisant, on peut en déduire, à l'examen de ces critères, que les résultats d'investissements ne sont pas protégés en tant que tels, ou pas toujours¹⁰⁰. De plus, l'ensemble des régimes de titularité des droits de propriété intellectuelle ne tend pas directement, ni en tant que tel, à considérer l'investisseur à la conception de l'objet, comme le titulaire naturel de ce droit. Pourtant, et paradoxalement, il apparaît que de nouveaux droits subjectifs de propriété intellectuelle sont régulièrement consacrés, dans le but de protéger de tels résultats¹⁰¹.

51. Réactions et enseignements à tirer. Le droit de la propriété intellectuelle assure la réservation d'une création intellectuelle, mais pas de toute création intellectuelle, ni de tout objet présentant une nature immatérielle à dimension créative. Il en va ainsi, à plus forte raison,

⁹⁹ CAUSSE (H.), « L'investissement, le président de la République et le droit », *loc. cit.*, p. 4, : « les régimes et techniques de protection du code de la propriété intellectuelle dissimulent l'investissement. Voilà abordés les rapports entre « biens » et « investissements ».

¹⁰⁰ L'observation peut être menée, ne serait-ce qu'à l'analyse des conditions de protection d'une œuvre de l'esprit, en droit d'auteur (POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, Le droit d'auteur, op. cit.*, p. 120, n° 125), et d'une invention en droit des brevets. Ces conditions de protection ne renvoient pas directement aux caractéristiques du résultat d'investissement, ni à celles de sa source (POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, La propriété industrielle, op. cit.*, p. 3, n° 8 et s., spé. p. 28, n° 53), quand bien même une interprétation indirecte pourrait être menée en ce sens (GAUDRAT (Ph.), « Les démêlés [...] », *loc. cit.*, p. 147). En réalité, si l'œuvre de l'esprit et l'invention brevetée peuvent être considérées comme des résultats d'investissements, leur appréhension et traitement juridique sont conditionnés à des critères ne renvoyant pas explicitement à leur source qu'est l'investissement (GRUNDELER (G.), *op. cit.*, p. 298, n° 281, spé. p. 299).

¹⁰¹ Il est vrai, cependant, qu'il est permis de douter que les objets protégés renvoient à une création intellectuelle au sens strict.

de la réservation d'un résultat d'investissement. Puisque le droit de la propriété intellectuelle consacre comme objet de sa protection une création intellectuelle, il est logique que l'investissement et son résultat en soient *a priori* exclus. Si certains résultats peuvent effectivement recevoir la protection, tel n'est pas systématiquement le cas, de manière officielle ou officieuse, au regard de leur source et du caractère risqué de l'opération. En somme, la propriété intellectuelle assure imparfaitement la réservation de tout résultat d'investissement, condition de la protection de l'intérêt de l'investisseur. Les relations entretenues par l'investissement et le droit de la propriété intellectuelle indiquent néanmoins que le premier tient une place centrale, mais parfois pas toujours avouée dans le second. S'il est permis de pressentir que la propriété intellectuelle a pour vocation la protection des investissements immatériels, une recherche plus poussée conduit à douter d'une telle vocation unitaire.

C. La délimitation formelle du champ d'étude

52. Précision du périmètre du sujet. L'étude des rapports entre la réalité de l'investissement et celle de la propriété intellectuelle ne concerne pas toutes leurs occurrences, tant sur le plan factuel que juridique¹⁰². La délimitation des frontières de l'étude conduit à répondre aux questions de savoir quel investissement et quelle propriété intellectuelle sont concernés. Nous nous intéresserons particulièrement à la traduction juridique des rapports entre l'investissement immatériel et le droit de la propriété intellectuelle français. La présente étude a pour objet de rechercher la façon dont cette discipline juridique appréhende et traite la réalité des investissements intellectuels et économiques dans la conception d'un objet immatériel de nature créative. Nous examinerons de quelle manière la protection de ces investissements est assurée par le droit de la propriété intellectuelle, de telle sorte que, dans une démarche incitative, en termes socio-économiques, la rentabilité de l'opération soit favorisée.

53. Les investissements créatifs concernés. Seul le régime juridique de protection des investissements dans la *conception* d'un objet immatériel est concerné. En effet, n'est pas directement, ni en tant que tel, concerné par l'étude, l'examen du régime de protection des

¹⁰² Ainsi, par exemple, le droit international des investissements étrangers ne fera pas l'objet d'un examen, alors que ce régime recèle des aspects de protection des investissements immatériels. Sur le sujet, cf. not. BINCTIN (N.), « Le renouveau du contentieux international de la propriété intellectuelle », *Journal du droit international (Clunet)* avr. 2016, n° 2, Doctr. 3 ; du même auteur, cf. *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, p. 733, n° 1099 et s. ; GEIGER (Ch.), « L'Europe au carrefour des logiques : propriété intellectuelle et investissement, une dangereuse équation », *PI* avr. 2019, n° 71, p. 120 ; GRUNDELER (G.), *op. cit.*, p. 20, n° 3 et s. ; et sur les aspects de droit international des investissements étrangers en général, cf. not., DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, manuel, 3^e éd., Paris : Éditions A. Pedone, 2020 ; du même auteur, *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, Paris : Éditions A. Pedone, 2014.

investissements dans la *valorisation* et l'*exploitation* de la création, que peut assumer le droit de la propriété intellectuelle. En effet, le risque contre lequel il s'agit de prémunir l'investisseur réside aujourd'hui, plus qu'hier, davantage dans la phase d'investissement dans la conception d'un objet immatériel, que dans celle de sa valorisation¹⁰³.

54. Le droit de la propriété intellectuelle concerné. Ne sera concerné que le droit français de la propriété intellectuelle, y compris ce qu'il intègre du droit de l'Union européenne, à l'exclusion cependant du droit des autres États membres de l'Union européenne, du droit de la propriété intellectuelle dont l'application est confiée directement aux institutions de l'Union européenne, et du droit international. Toutefois, la démonstration fera nécessairement et ponctuellement référence à des normes supranationales, dès lors que le système normatif français de la propriété intellectuelle s'inscrit dans un ordre juridique supranational. En droit français de la propriété intellectuelle, la quasi-totalité des droits et régimes d'appropriation des objets intellectuels seront concernés, dans une démarche unitaire. Pourtant, certains d'entre eux seront davantage mobilisés que d'autres. Ainsi, les développements s'attacheront principalement à l'étude du droit d'auteur et du droit des brevets. D'autres droits et régimes nommés dans le Code de la propriété intellectuelle, comme par exemple les droits dits « voisins » du droit d'auteur ou les droits « voisins » de la propriété littéraire et artistique, présentent cependant également un intérêt pour la présente étude¹⁰⁴. Le droit des marques et autres signes distinctifs, en revanche, ainsi que le droit des dessins et modèles, seront étudiés de manière marginale¹⁰⁵.

¹⁰³ De plus, la sécurisation de l'intérêt de l'investisseur intervenant à la conception de cet objet œuvre également, indirectement, à la protection de son intérêt au stade de la valorisation. L'exclusivité de la réservation du résultat d'investissement a notamment pour raison d'être la sécurisation du retour sur investissement découlant de l'exploitation de l'objet conçu grâce à une opération risquée.

¹⁰⁴ Il en ira ainsi, des différents droits dits « voisins du droit d'auteur », ou « voisins de la propriété littéraire et artistique », dès lors qu'ils sont plus volontiers analysés comme ayant une fonction de protection de l'investissement dans un objet immatériel. À ce sujet, cf. not. BRUGUIÈRE (J.-M.), « Les droits voisins de la propriété littéraire et artistique », *PI* avr. 2012, n° 43, p. 161.

¹⁰⁵ Cette exclusion relative se justifie par plusieurs arguments. S'agissant, d'abord, du *droit des marques* (art. L711-1 et s. CPI), il faut signaler qu'il est difficile de le considérer comme un régime d'appropriation d'une création intellectuelle au sens strict. Il a souvent été considéré davantage, comme un outil de ralliement d'une clientèle, et de protection d'un opérateur économique, dans le champ de la concurrence économique. Aussi, si la plupart des droits de propriété intellectuelle peuvent être analysés comme des moyens d'assurer la protection des investissements consentis en vue de la *conception* d'un objet créatif, on peut douter que ce soit le cas pour le droit des marques. Celui-ci nous semble en effet intervenir davantage comme moyen de protection des investissements dans l'exploitation de la marque, plutôt que dans la conception de celle-ci. Il est néanmoins à signaler que la Cour de Justice de l'Union Européenne, a eu l'occasion, dans sa jurisprudence, de reconnaître au droit de marque, une fonction, douteuse, de protection des investissements, cf. not., CJCE, 18 juin 2009, C-487-07, *L'Oréal* : *JCP G* 2009, 180, note MARINO (L.) ; *JCP E* 2009, 2143, obs. CARON (Ch.) ; *Europe* 2009, Comm. 330 note IDOT (L.) ; *Prop. Ind.* 2009, Comm. 51, obs. FOLLIARD-MONGUIRAL (A.) ; *Dr. et patr.* oct. 2009, n° 185, p. 106 obs. VELARDOCHIO (V.) ; *Gaz. Pal.* 2009, somm. p. 3984, obs. GREFFE (P.), et 2010, jur. p. 2269, obs. NICOLELLA (M.) ; CJUE, 22 sept. 2011, C-323-09, *Interflora* : *D.* 2011, p. 2332, obs. MANARA (C.), et 2012, p. 1362, obs. DURRANDE (S.) ; *RTD com.* 2012, p. 103, note AZÉMA (J.) ; *JCP E* 2011, Chron. 1818,

55. Insistance sur la propriété littéraire et artistique. Enfin, si un large champ de la propriété intellectuelle sera examiné, c'est surtout le droit de la propriété littéraire et artistique qui sera au cœur des développements. En effet, l'intérêt et la problématique ressortant de l'étude des rapports entre investissements créatifs et propriété intellectuelle tiennent à l'inconfort ressenti à l'idée que la propriété littéraire et artistique puisse être considérée comme un système protecteur d'investissements. *A contrario*, le droit de la propriété industrielle est, de longue date, plus volontiers regardé comme un système protecteur des investissements dans l'innovation. Dès lors, ce dernier n'apparaîtra qu'à titre d'élément de comparaison et d'illustration. Il n'interviendra que pour interroger la possibilité de voir dans le droit de la propriété intellectuelle tout entier, une dynamique unitaire de protection de l'investissement.

n° 13 obs. CARON (Ch.) et 2012, Comm. 1058, note BOURGEOIS (M.), et Chron. 1174, n° 15 obs. VIVANT (M.) et MALLET POUJOL (N.) ; *Europe* 2011, Comm. 432, note IDOT (L.) ; *Gaz. Pal.* 2012, jur. p. 422 note MARINO (L.), et 2013, p. 3331, note MARINO (L.) ; *LEPI* nov. 2011 p. 6, obs. CLAVIER (J.-P.) ; *PI* 2012, n° 42, p. 63, note BONET (G.) ; *RLDI* 2011/76, n° 2497 obs. WERY (E.) et BRETEAU (L.), et n° 2509 obs. COSTES (L.) ; CJUE, 23 mars 2010, Aff. Jointes C-236/08, *Google France et Google Inc. c/ Louis Vuitton Malletier* : D. 2010, p. 885, obs. MANARA (C.), et p. 1971, obs. TREFIGNY (P.), et 2011, p. 908, chron. DURRANDE (S.) ; *RTD eur.* 2010, p. 952, obs. TREPPOZ (E.) ; *JCP G* 2010, 642, note MARINO (L.) ; *CCE* 2010, Comm. 70, obs. CARON (Ch.), et Étude 12, obs. BONET (G.) ; *Prop. Ind.* mai 2010, Comm. 31, obs. TREFIGNY (P.) ; *Gaz. Pal.* 2010, jur. p. 1090, note BRUNOT (V.), et p. 2113 obs. LE GOFFIC (C.), et p. 2269, obs. NICOLELLA (M.) ; *RLDI* 2010/60, n° 1980, note GRYNBAUM (L.), et 2010/61, n° 1999, note CASTETS RENARD (C.), C-237/08, *Google France c/ Viaticum et Luteciel* : D. 2010, p. 885, obs. MANARA (C.), et p. 1971, obs. TREFIGNY (P.), et 2011, p. 908, chron. DURRANDE (S.) ; *RTD eur.* 2010, p. 952, obs. TREPPOZ (E.) ; *JCP G* 2010, 642, note MARINO (L.) ; *CCE* 2010, Comm. 70, obs. CARON (Ch.), et Étude 12, obs. BONET (G.) ; *Gaz. Pal.* 2010, jur. p. 1090, note BRUNOT (V.), et p. 2113 obs. LE GOFFIC (C.), et p. 2269, obs. NICOLELLA (M.) ; *RLDI* 2010/60, n° 1980, note GRYNBAUM (L.), et 2010/61, n° 1999, note CASTETS RENARD (C.), C-238/08, *Google France c/ CNRRH et autres* : D. 2010, p. 885, obs. MANARA (C.), et p. 1971, obs. TREFIGNY (P.), et 2011, p. 908, chron. DURRANDE (S.) ; *RTD eur.* 2010, p. 952, obs. TREPPOZ (E.) ; *JCP G* 2010, 642, note MARINO (L.) ; *CCE* 2010, Comm. 70, obs. CARON (Ch.), et Étude 12, obs. BONET (G.) ; *Prop. Ind.* mai 2010, Comm. 31, obs. TREFIGNY (P.) ; *Gaz. Pal.* 2010, jur. p. 1090, note BRUNOT (V.), et p. 2113 obs. LE GOFFIC (C.), et p. 2269, obs. NICOLELLA (M.) ; *RLDI* 2010/60, n° 1980, note GRYNBAUM (L.), et 2010/61, n° 1999, note CASTETS RENARD (C.).

Ensuite, s'agissant du *droit des dessins et modèles*, au sens du Livre V du Code de la propriété intellectuelle (art. L511-1 et s. CPI), sa fonction de protection des investissements dans la conception de l'apparence d'un produit, semble pouvoir être étudiée au travers de cette fonction assumée également sur le fondement du droit d'auteur, quoi que cela puisse être discuté. Cette fonction de protection peut également être étudiée dans le cadre transversal de la propriété industrielle, en ce qu'elle en constitue notamment sa logique. Sur l'objectif de protection de l'investissement du droit des dessins et modèles, cf not. CJUE, 12 septembre 2019, C-683/17, *Cofemel – Sociedade de Vestuário contre G-STAR Raw CV* : D. 2020, p.1588, n° 4, obs. GALLOUX (J.-C.) et KAMINA (P.) ; *RTD eur.* 2019, p. 930, obs. TREPPOZ (E.) ; *RTD com.* 2020, p. 54, obs. POLLAUD-DULIAN (F.) ; *JCP G* 2020, Chron. 360, n° 43, p. 603, obs. BINCTIN (N.) ; *JCP E* 2019, 1590, obs. PORTRON (A.) ; *Europe*, nov. 2019, Comm. 449, obs. PERALDI-LENEUF (F.) ; *CCE* nov. 2019, Comm. 65, note CARON (Ch.), et 2020, Chron. 9, n° 1, obs. KAHN (A.-E.) ; *Prop. Ind.* nov. 2019, Chron. 10, n° 9, p. 24, obs. GREFFE (P.) ; *LEPI* nov. 2019, p. 2, obs. KAHN (A.-E.) ; *RLDI* 2019/163, n° 5571, obs. COSTES (L.) ; *PI* 2020, n° 74, p. 37, obs. BRUGUIÈRE (J.-M.), spé. n° 50, et les conclusions de l'avocat Général SZPUNAR (M.), présentées le 2 mai 2019, cf. n° 51, lequel expose que « [...] la protection [sui generis des dessins et modèles] a une durée suffisante pour permettre de rentabiliser l'investissement que constitue l'élaboration du dessin ou modèle [...] » et spé. n° 55, considérant que le droit des dessins et modèles « [...] protège l'investissement dans la création des dessins et modèles contre leur imitation par les concurrents [...] ».

II. L'INTÉRÊT

56. L'identification de la protection offerte à l'investissement immatériel par le droit de la propriété intellectuelle. Pour cerner l'intérêt du sujet, seront d'abord exposés les problèmes posés (A), puis seront soulignés les enjeux des éléments de réponse pouvant être apportés (B).

A. Les problèmes

57. Les raisons de la recherche. Le postulat de la recherche conduit à identifier et à formuler une problématique générale (1), ainsi que d'autres problématiques conséquentes et incidentes (2).

1) De l'expression d'un postulat à la formulation de la problématique générale

58. Postulat de la recherche. L'étude des rapports entre l'investissement et la propriété intellectuelle conduit au constat que l'investissement dans la conception d'objets immatériels peut certainement recevoir une protection par le droit de la propriété intellectuelle. Le postulat de la recherche tient donc dans l'hypothèse d'une vocation de cette discipline à la protection de l'investissement. Point de départ de la démonstration, le postulat doit encore être vérifié. L'examen de la place occupée par la protection de l'investissement au sein de ce système juridique peut conduire à des conclusions mitigées. En effet, la protection de l'investissement se situe à la fois dans, et en dehors, du droit de la propriété intellectuelle¹⁰⁶.

59. Formulation de la problématique générale. Ces conclusions liminaires invitent à formuler une problématique générale, dont les réponses témoignent de l'intérêt du sujet. Afin de vérifier la vocation du droit de la propriété intellectuelle à la protection de l'investissement dans la conception d'objets immatériels, il convient d'identifier précisément *quelle protection est effectivement offerte*.

60. Tendances des réponses. L'exercice de réponse à la problématique a de quoi déconcerter. Il est en effet difficile d'y apporter une réponse ferme et univoque. En fonction des différents publics auprès desquels la question a pu informellement être posée, la réponse

¹⁰⁶ À ce titre, ce système juridique semble souffrir d'une forme de schizophrénie, dès lors que son esprit serait fractionné (l'étymologie grecque du mot désigne un « *fractionnement de l'esprit* ». Le terme « *schizo* » signifie « *fractionnement* », et le terme « *phrenie* », « *esprit* » (définition du mot « *schizophrénie* » en ligne sur le site du CNRTL). Cf. *infra*, n° 78.

obtenue est rarement la même. Au public non-juriste : souvent l'étonnement. La propriété intellectuelle ne serait-elle pas faite seulement pour protéger la personnalité du créateur ? Au public créateur, artiste ou inventeur : des réactions variables en fonction des profils. Certains créateurs ne conçoivent absolument pas la matière comme un moyen de protection d'un investissement, tout du moins de nature économique. D'autres créateurs, dans la dimension économique ou intellectuelle de leur activité, reconnaissent que cette discipline est un outil juridique stratégique précieux, permettant d'assurer des positions et avantages concurrentiels. Au public juriste : une réaction plus mitigée. Il pourrait apparaître surprenant de poser la question de l'existence d'une telle protection alors même que, dans certains discours juridiques, l'idée est bel et bien présente. Cependant, l'existence de la protection n'est avancée que de façon assez timide et sectorielle. Il peut néanmoins être souligné que le propos tend à se développer dans les ouvrages juridiques doctrinaux, en parallèle de la multiplication de l'emploi de l'argument dans les sources législatives internes et européennes. Au demeurant, le constat laisse une impression d'inabouti¹⁰⁷. Par ailleurs, il est nécessaire de préciser que le sujet a déjà pu être traité en tant que tel ou de façon incidente¹⁰⁸. Or, les réponses favorables de l'ordre juridique aux sollicitations des investisseurs se sont multipliées ces dernières années. Ainsi, le constat peut être prétexte à étendre ou renouveler l'interrogation relative à la vocation de la discipline à assurer une telle protection.

2) Des problématiques incidentes et conséquentes

61. Nécessité de la formulation d'autres problèmes. La difficulté de répondre à la problématique générale implique la formulation de problématiques incidentes et conséquentes. Face à l'incertitude de la réponse, il s'agit de d'identifier en quoi et pourquoi la protection se trouve à la fois dans, et en dehors du système. Aussi, pour déterminer quelle protection le droit de la propriété intellectuelle offre à l'investissement, il est nécessaire de rechercher si cette discipline en assure effectivement la tâche, et de quelle manière. Les réponses à ces questions doivent pouvoir renseigner de manière générale sur l'existence de la protection. Une autre question pertinente tient également à l'évaluation et l'appréciation de cette existence. Pour juger

¹⁰⁷ Lorsque la thèse de la finalité de protection de l'investissement est évoquée, les développements ne sont pas très substantiels. L'argument semble saupoudré timidement à l'occasion du traitement de sujets bien plus larges, dépassant ce seul aspect.

¹⁰⁸ Cf. not., GAUDRAT (Ph.), « Les démêlés intemporels d'un couple à succès : le créateur et l'investisseur », *loc. cit.* (2001) ; MONELLI (Y.), *La protection juridique de l'investissement économique*, Thèse dactyl., Université de Montpellier, 1996 ; TILLOY (C.), « Investissement et droit des propriétés intellectuelles. Panorama du droit positif français », *loc. cit.* (2011) ; GRUNDELER (G.), *L'investissement, étude juridique, op. cit.* (2017).

l'état de la protection sous un regard critique, peuvent se poser les questions de savoir si elle est véritablement efficace et souhaitable. À leur tour, les réponses à ces interrogations conduisent à une nouvelle dynamique de réflexion. Celle-ci est davantage tournée vers l'avenir et la prospective. Faut-il protéger ? Il s'agit de soumettre l'idée de la protection à un jugement de valeur pour s'assurer de son caractère souhaitable et légitime¹⁰⁹. L'hypothèse d'un jugement de valeur favorable mène à la question de savoir comment protéger l'investissement à l'avenir.

B. Les enjeux

62. Les enjeux et apports de la recherche. L'analyse des enjeux de la recherche invite à identifier les bienfaits qu'apporteraient les réponses aux problèmes identifiés. L'existence d'enjeux théoriques et pratiques (1) contribue à traduire l'apport général de la recherche (2).

1) Les aspects théoriques et pratiques des enjeux

63. Réflexions sur la *ratio legis*, l'unité et la légitimité du droit de la propriété intellectuelle. De manière générale, l'enjeu théorique de l'étude et de ses apports participe de la quête périlleuse du sens du droit de la propriété intellectuelle. Il s'agit de sonder la rationalité de ce système juridique¹¹⁰. Cette dernière pourrait trouver ses bases dans une finalité de protection des investissements immatériels. La question de savoir si le droit de la propriété intellectuelle a vocation à assurer une telle protection se révèle être un prétexte pour tester également l'unité du système. L'étude pourrait mener à considérer le critère d'unité de la propriété intellectuelle au travers de sa fonction de protection de l'investissement. Ce critère constituerait ainsi une voie pour améliorer la cohérence du système. La recherche du sens et de l'unité de la propriété intellectuelle, au travers de son rôle dans la protection de l'investissement, permet également d'évaluer sa légitimité. À supposer que cette fonction soit effective, est-elle pour autant une garantie de sa légitimité ? Il s'agit alors d'interroger le caractère souhaitable de la protection. L'interrogation implique d'évaluer le niveau d'équilibre assuré entre les intérêts par le système. Les enjeux théoriques de cohérence et d'équilibre du traitement juridique des intérêts conflictuels concernés rejaillissent sur les enjeux pratiques.

¹⁰⁹ À cette occasion, devront être analysés deux types de problématiques fondamentales tenant au traitement de conflits entre trois genres d'intérêts. La question de la légitimité d'une telle protection se pose en effet dans le cadre de ces conflits opposant l'intérêt de l'investisseur économique à ceux du public et/ou de l'investisseur intellectuel.

¹¹⁰ BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique fondamentale et appliquée*, 3^e éd., Coll. Thémis droit, Paris : PUF, 2018, p. 264, n° 151, sur la *ratio legis* des textes.

64. Connaissance et efficacité socio-économique du droit. La garantie d'existence d'une protection est logiquement une condition de sa possibilité de mise en œuvre. L'assurance d'une protection effective ou la connaissance de son absence permettent aux sujets de droit d'être informés du niveau de prise en charge de leurs intérêts. L'information s'avère cruciale en pratique pour eux, comme pour les autres acteurs du monde juridique. Il s'agit en effet d'être en mesure de prévenir l'existence de conflits, d'en anticiper ou d'en traiter les conséquences. Les justiciables peuvent ainsi gagner en sécurité juridique. L'enjeu est de garantir la lisibilité, la prévisibilité et l'intelligibilité du système juridique lui-même. De plus, l'assurance d'une sécurité matérielle des intérêts des justiciables aspirant à une protection peut découler de celle d'une sécurité juridique¹¹¹. Afin que le système juridique puisse efficacement remplir sa tâche d'organisation des intérêts, il convient préalablement de s'assurer de l'effectivité des règles de droit. La connaissance de l'existence d'une telle protection, ainsi que la réflexion quant à une meilleure protection, emportent des enjeux non seulement pour l'investisseur, mais aussi pour les tiers. Si cette protection existe et se justifie dans une démarche d'incitation à l'investissement, c'est également parce qu'elle est supposée emporter des conséquences bénéfiques pour le bien-être collectif. Encore faut-il qu'elle puisse être jugée socialement et économiquement efficace. La certitude d'un système efficace de protection des investissements emporterait des effets bénéfiques dans le dynamisme des secteurs d'activités concernés¹¹².

2) L'apport général

65. Proposer une place certaine à la protection de l'investissement dans le droit de la propriété intellectuelle. La recherche de la vocation du système juridique de la propriété intellectuelle à la protection de l'investissement immatériel aboutit à des réponses incertaines. L'étude se propose d'analyser les termes de cette protection, en menant une lecture de la discipline à l'aune de cette fonction. L'analyse, fondée sur un exercice de conceptualisation juridique des réalités concernées, offre ainsi une lecture renouvelée du système. Au terme de l'étude, le but est d'être en mesure de déterminer de façon certaine quelle place attribuer à l'investissement et sa protection au sein de la propriété intellectuelle. L'apport de la thèse réside dans la proposition de résolution des problématiques posées par la considération de la fonction de protection de l'investissement par ce système. Cette protection, dans son existence, est

¹¹¹ Un manque de sécurité juridique pourrait procéder de l'incertitude relative à l'accueil de l'intérêt des investisseurs au sein du système de la propriété intellectuelle.

¹¹² Elle pourrait être un appui précieux pour l'épanouissement du secteur des industries créatives et innovantes, ainsi que celui de ses différents acteurs.

problématique et fait l'objet de critiques, car elle serait de nature à provoquer ou à entretenir des conflits entre intérêts, lesquels ne seraient dès lors pas arbitrés en équilibre. De plus, la protection envisagée tendrait à provoquer l'incohérence du système. Or, à l'appui du concept d'investissement immatériel, l'identification des problématiques et leurs voies de résolutions peuvent être renouvelées. Ce concept permet en effet d'expliquer et de repenser le système de la propriété intellectuelle, et l'accueil pouvant y être réservé à la protection de l'investissement. Il conduit à proposer une nouvelle organisation de la discipline, basée sur un exercice de renouvellement des catégories juridiques, aboutissant à la proposition de nouvelles qualifications juridique des réalités, et de régimes adaptés. L'exercice est lui-même fondé sur le choix préalable d'une finalité de la réaction juridique. Les exercices de conceptualisation de la réalité et de renouvellement des catégories juridiques conduisent à l'attribution d'une place choisie et certaine de la protection de l'investissement au sein de la propriété intellectuelle. Ce faisant, le problème lié à la conciliation des intérêts des investisseurs et du public, au stade de la réservation d'un objet immatériel, ainsi qu'à celui de sa valorisation, peut être résolu dans le sens d'un rééquilibrage et d'une mise en cohérence. La thèse ne plaide pas tant pour davantage de protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle, que pour une meilleure reconnaissance de cette finalité. Elle peut ainsi être appréhendée comme un essai de théorie générale et spéciale, positive et prospective, du droit de la propriété intellectuelle, en tant que système juridique voué à la protection des investissements intellectuel et/ou économique dans des objets immatériels.

III. LA MÉTHODE

66. Exercice de conceptualisation juridique d'une réalité. Préalablement à l'examen du droit positif de la propriété intellectuelle, considéré dans sa fonction de protection des investissements immatériels, il était déterminant d'analyser d'abord le sujet sur le terrain extra-juridique. Ainsi, ont été recensés les enseignements des disciplines extra-juridiques s'intéressant également à l'objet d'étude, telles la sociologie, l'économie, l'histoire et la philosophie. L'enjeu était de s'imprégner de la réalité des processus d'investissements dans des objets immatériels, et d'identifier les attentes des acteurs du secteur. Ensuite, ont dû être mobilisés les outils juridiques permettant de traduire le sujet et ses problématiques. Une démarche d'appréhension juridique des réalités concernées devait être entamée, pour identifier comment les problématiques pouvaient être traitées et résolues. S'est donc mis en place un

exercice de conceptualisation juridique¹¹³. Son résultat fonde l'architecture de l'étude¹¹⁴. Il a procuré les outils d'analyse du sujet et de construction de la démonstration.

67. Effet opératoire du concept. De façon liminaire, nous cherchions à identifier et à expliquer la façon dont s'organise le champ de la création, et plus précisément, le processus d'investissement dans la conception d'objets immatériels. À cet effet, il s'agissait d'esquisser les bases de l'appréhension juridique de cette réalité et des aspirations de ses acteurs. Nous avons pu en dresser un schéma passant par la conceptualisation. Pour rechercher comment le droit, et de façon plus spécifique le droit de la propriété intellectuelle appréhende et traite les intérêts et objectifs du secteur, nous avons identifié un concept juridicisé d'investissement immatériel. Ainsi, ce concept désigne *l'opération d'apports intellectuel et/ou économique dans la conception d'un objet immatériel, parfois à dimension créative, et représentant une valeur exploitable. L'objet est qualifiable de résultat d'investissement*¹¹⁵. *L'espoir de l'investisseur de percevoir un retour incertain sur investissement naissant de l'exploitation du résultat constitue le mobile de son engagement. L'opération étant risquée, son auteur sollicite la protection juridique de son intérêt.* Les composantes et caractères de l'opération conceptualisée doivent permettre de déterminer fidèlement et efficacement la qualification et le régime juridique déclinables de l'activité étudiée et de son résultat.

68. Identifier la finalité du concept. Au-delà du pur exercice de conceptualisation juridique de la réalité, il fallait surtout en dégager une finalité. Il convenait de trouver la ligne directrice du concept devant transparaître dans le régime juridique qui lui est attaché. Il s'est alors révélé que la finalité du concept traduisant la réalité concordait avec une fonction attribuée au droit de la propriété intellectuelle, par certains discours. Il s'agit, dans une perspective incitatrice, de protéger l'opération d'investissement contre le risque de non-retour. Dans ce cadre, la protection consiste à favoriser la rentabilité de l'opération.

69. Le concept, outil d'analyse du droit positif et du droit prospectif. Au travers de l'exercice de conceptualisation, l'enjeu était de comprendre quelles sont les attentes des acteurs du secteur, et comment le droit les appréhende. L'analyse permettait de faire le point sur l'état

¹¹³ Sur la conceptualisation juridique, cf. not., BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique fondamentale et appliquée*, op. cit., p. 42, n° 24, et p. 110, n° 59 et s. ; CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Coll. Méthodes du droit, 2^e éd., Paris : Dalloz, 2016, p. 322, n° 519 et s. ; ROUVIÈRE (F.), « La conceptualisation du droit positif : question de méthode », *RRJ* 2020-3, n° spé., p. 1341 ; AUDIT (P.-E.), « Une controverse oubliée : la place du raisonnement conceptuel en droit », *RRJ* 2020-3, n° spé., p. 1557.

¹¹⁴ L'exercice n'est pas retranscrit en tant que tel dans l'étude, mais il en a été la condition. Son produit est néanmoins disséminé dans la définition des termes et du champ du sujet.

¹¹⁵ L'existence du résultat d'investissement implique parfois une combinaison d'investissements de différentes natures. Le phénomène étudié ne renvoie pas à une réalité invariable : il est ambivalent. La pluralité de schémas d'investissements possible doit aboutir à la construction d'un régime juridique en tenant compte.

du droit positif, pour tester sa fidélité aux réalités. L'objectif, à terme, était d'évaluer si l'environnement juridique est favorable à la prospérité et l'efficacité économique de ce secteur d'activité. Il en est ressorti un certain nombre de difficultés. Le régime juridique est rempli de lacunes, de contradictions, et donc d'incompréhensions, dont il n'est pas possible de se satisfaire. Le but de la thèse, en plus de proposer un essai d'explication juridique de la réalité du secteur étudié, est d'identifier des pistes d'amélioration de l'appréhension et du traitement juridique de tous les intérêts en cause¹¹⁶. La construction d'un concept d'investissement immatériel permet précisément de renouveler la vision du sujet, de ses problématiques et des réponses à apporter.

70. Émergence des approches objective et subjective de la protection. L'exercice de conceptualisation a conduit à analyser l'investissement immatériel et sa traduction juridique sous des approches objective et subjective. L'approche *objective* de l'investissement renvoie à la phase d'engagement d'une valeur en vue de la naissance du résultat. L'approche *subjective* renvoie aux attentes de son opérateur : obtenir un retour pourtant incertain. Ces deux approches étaient transposables sur le terrain de l'accueil juridique pouvant leur être réservé. Toute la démonstration juridique est imprégnée de cette double dynamique. En droit positif et en droit prospectif, la protection de l'investissement peut en effet être étudiée à la fois sous l'angle *objectif* et sous l'angle *subjectif*¹¹⁷. Sur le terrain juridique, le premier renvoie à la question de la réservation du résultat d'investissement. Le second renvoie à la question de la titularité du droit de réservation et au régime de répartition des suites de l'investissement. Ces deux approches de l'opération et de sa protection permettent d'identifier et de résoudre les conflits existants entre trois catégories d'intérêts que sont ceux de l'investisseur économique, de l'investisseur intellectuel et du public.

71. Analyse de l'état et de l'avenir du droit de la propriété intellectuelle. L'exercice de conceptualisation juridique de la réalité de l'investissement immatériel offre une trame pour analyser les termes de sa protection juridique, en droit positif et en droit prospectif. L'analyse en droit positif est l'occasion de retracer l'histoire, la philosophie et la technique de la protection. Il en ressort toutefois un bilan assez mitigé, menant au constat d'une existence

¹¹⁶ Le régime juridique de l'investissement immatériel, au sein du droit de la propriété intellectuelle, doit alors consister en une protection des perspectives de rentabilité de l'opération d'investissement, profitable non seulement à l'investisseur, mais également au tiers.

¹¹⁷ Le plan de la thèse aurait pu être construit selon ces deux axes. Il aurait cependant impliqué de nombreuses répétitions. En effet, les approches objective subjective de la protection sont amenées à se recouper. De plus, il aurait fallu, dans chacun des axes, aborder à la fois les aspects positifs et prospectifs. Nous avons donc été conduite à adopter un plan bilan/perspective. Ce dernier présentait l'avantage d'offrir une approche plus vive et dynamique au traitement du sujet.

paradoxale de la protection. Celle-ci étant discutée, le bilan est à la fois déceptif et encourageant. Les indices de l'existence et de la possibilité technique de la protection invitent, en effet, à envisager des perspectives d'avenir, en posant les jalons d'un futur droit de la propriété intellectuelle. Celui-ci serait possiblement et explicitement protecteur de l'investissement. L'enjeu est de formuler les raisons et les moyens d'une protection repensée. Cette dernière doit être promue à l'avenir, car au-delà d'être techniquement adéquate, elle peut se révéler légitime. L'analyse du caractère souhaitable de la protection aboutit à la formulation des termes de sa promotion. La conclusion intermédiaire d'une protection socialement souhaitable invite à étudier les moyens plus techniques d'une protection devant être choisie pour sortir du paradoxe entraînant des incertitudes. L'analyse critique du caractère souhaitable de la protection indique qu'il faut reconstruire un système de protection de l'investissement plus solide, tenant compte des aspects positifs à conserver, et des défauts à surmonter. L'étude s'achève ainsi par une justification de la nécessité d'exercer un choix de protection, ainsi que par des propositions de régime prospectif du droit de la propriété intellectuelle protecteur de l'investissement.

72. Annonce de plan. Pour identifier *quelle protection le droit français de la propriété intellectuelle offre à l'investissement*, l'analyse sera menée dans une dynamique, d'abord de droit positif, puis de droit prospectif. La protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle étant *discutée (Première partie)*, elle mérite d'être *repensée (Seconde partie)*.

Première partie – Une protection discutée

Seconde partie – Une protection repensée

PREMIÈRE PARTIE - UNE PROTECTION DISCUTÉE

73. Une protection débattue. Le droit de la propriété intellectuelle protège-t-il les investissements consentis dans la conception d'un objet immatériel ? Le cas échéant, comment s'y prend-il ? L'examen de la vocation du système juridique de la propriété intellectuelle à assurer une telle protection aboutit au constat qu'elle est, en l'état du droit positif, discutée. En effet, la recherche de la place occupée par le souci de protection de ces investissements ne conduit pas à des réponses certaines. Rencontrant des difficultés, cette recherche relève d'une véritable aventure. Une telle fonction de protection par cette discipline n'est pas acquise de façon unanime. L'examen des différents discours du droit et sur le droit révèle que la protection est débattue et contrastée. Il apparaît dès lors frustrant de ne pas être en mesure de déterminer de façon claire si oui, ou non, le droit de la propriété intellectuelle protège l'investissement dans la création, et plus largement, dans des objets immatériels.

74. Une protection incertaine. À vrai dire, il est envisageable d'affirmer qu'une telle volonté de protection existe, mais qu'elle n'est peut-être pas complètement assumée. La protection apparaît incertaine. Différentes lectures de la discipline conduisent à remarquer que, soit la protection tend à être repoussée de son champ, soit elle y a toute sa place. La difficulté tient à l'existence de discours tendant à ne pas voir de façon traditionnelle, ni prioritaire dans cette discipline, un système de protection de l'investissement en question. Pourtant, cette vision n'est pas la seule pouvant être affirmée. D'autres aspects du droit de la propriété intellectuelle indiquent que cette discipline est faite pour protéger l'investissement économique et/ou intellectuel à la conception d'objets immatériels. Le fait est que, l'objectif visé et les moyens mobilisés semblent avoir été étouffés au cours de l'histoire, mais qu'ils rejaillissent progressivement.

75. Une protection adéquate. Dépasant la question de l'état de la réception de la protection, une recherche de l'aptitude du mécanisme du droit de propriété intellectuelle aboutit à constater que la technique employée est adéquate. Quand bien même des règles juridiques rejettent la possibilité d'une protection, une force pousse dans la direction d'un accueil effectif. En ce sens, la protection de l'investissement par cette discipline semble presque irrésistible. L'accès à la protection par cette technique pourrait bien être inéluctable. Rien ne paraît pouvoir résister à l'attraction de l'outil du droit de la propriété intellectuelle, pour assurer la rentabilité de l'opération d'investissement dans la conception d'objets en résultant, et ainsi réservés privativement.

76. Plan. En somme, la protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle est discutée parce que paradoxalement, elle est, d'une part, incertaine (**Titre I**), et d'autre part, adéquate (**Titre II**).

TITRE I – L’INCERTITUDE DE LA PROTECTION

77. Une protection *a priori* exclue. De prime abord, la protection de l’investissement par le droit de la propriété intellectuelle peut sembler rejetée. Pourtant, certains indices tendent à prouver le contraire, si bien que la protection en devient incertaine. La difficulté d’identifier la place occupée par la protection de l’investissement au sein du système viendrait de l’existence de différentes positions sur le sujet dans les discours juridiques. Ainsi, un discours traditionnel voit dans la propriété intellectuelle un moyen, non de protéger l’investissement, mais de s’attacher à la protection de la création et de son créateur. Cependant, des recherches plus poussées tendent à révéler que cette dernière approche, qui serait présente dès les origines de la matière, n’est pas la seule existante. Selon la conception que l’on se fait du droit français de la propriété intellectuelle, la fonction de protection de l’investissement attribuée peut apparaître tantôt rejetée, tantôt accueillie.

78. Une protection progressivement révélée. Un discours traditionnel du droit de la propriété intellectuelle, et sur ce système, conduit à le considérer comme tourné vers la prééminence de la fonction de protection de la création intellectuelle en tant que telle. De nombreuses illustrations témoignent cependant du contraire. En effet, la protection de l’investissement en droit positif se révèle progressivement. Depuis principalement la seconde partie du 20^e siècle, la fonction de protection de l’investissement poursuivie est davantage mise en avant. L’évolution démontre que, à partir d’un statut de protection *a priori* exclue, le souci de sécuriser l’opération d’investissement force progressivement les portes du système à s’ouvrir davantage à lui. La protection de l’investissement semble traditionnellement exclue, tandis qu’en même temps, elle est progressivement révélée. Il en résulte l’hypothèse de soumission de la discipline à une forme de déni voire, même, de schizophrénie¹¹⁸, vis-à-vis de l’accueil qu’elle réserve à une telle protection. Il s’agit de démontrer en quoi la protection, à la fois exclue et accueillie, est incertaine.

79. Plan. L’incertitude de la protection s’illustre en analysant les termes de son exclusion (**Chapitre 1**), et ceux de sa révélation (**Chapitre 2**).

¹¹⁸ Cf. *supra*, note n° 106.

Chapitre 1 – L'exclusion de la protection

80. Une exclusion *a priori*. Une vision humaniste et personnaliste du droit de la propriété intellectuelle veut que cette discipline ne soit pas présentée comme un système visant à protéger, en tant que tel, l'investissement purement économique, pas plus que les investissements économique et intellectuel combinés. Dans cette conception, le système est en effet construit en considération de la protection d'une création intellectuelle, selon des critères tenant à cet objet, et posés par le droit positif. Les critères traditionnels d'intégration des catégories originelles de la propriété intellectuelle ne témoignent pas, en principe, d'une prise en compte de l'investissement créatif pour en réserver le résultat. Cela s'explique par différentes raisons. Dans ce cadre, l'objectif de protection de l'investissement, spécialement économique, dans la conception d'une création ou d'un objet immatériel, apparaît *a priori* exclu.

81. Une exclusion à relativiser. Toutefois, d'autres conceptions plus favorables à l'objectif de protection de l'investissement, comportent des indices semblant indiquer qu'un accueil est néanmoins réservé à cette protection. L'examen des critères de protection, ainsi que les fondements et évolutions de la discipline diffusent des indices laissant à penser que l'investissement, soit-il intellectuel ou financier, y est bien pris en compte. L'exclusion est donc, *a posteriori*, à nuancer. Cela se manifeste à la fois à l'étude des origines, de la diversité de la propriété intellectuelle, et à celle des perspectives futures. L'exclusion traditionnelle et *a priori* doit, ainsi, être nuancée, tant dans le domaine de la propriété industrielle, que dans celui de la propriété littéraire et artistique. L'enjeu de la démonstration sera d'identifier en quoi et pourquoi l'investissement se trouve à la fois « dans » et « en dehors » de la propriété intellectuelle.

82. Plan. Renvoyant traditionnellement à un système de protection d'une création intellectuelle, la propriété intellectuelle tend à exclure la protection de l'investissement. Il convient d'abord d'examiner la teneur de cette exclusion (**Section 1**). Cependant, il est nécessaire d'exposer, ensuite, les indices révélant la nuance d'une telle exclusion (**Section 2**).

Section 1 – La teneur de l'exclusion

83. Manifestations et raisons de l'exclusion de la protection de l'investissement. Le droit de la propriété intellectuelle n'est pas traditionnellement présenté comme un système visant à protéger, en tant que tel, l'investissement purement économique, pas plus que les investissements économique et intellectuel combinés. Le système est en effet construit en

considération de la protection d'une création intellectuelle, selon des critères tenant à cet objet, et posés par la loi et la jurisprudence.

84. Plan. La protection de l'investissement, ainsi exclue, est alors reléguée aux portes de la propriété intellectuelle. Il s'agit d'en examiner les manifestations **(I)**, avant d'en explorer plus précisément les raisons **(II)**.

I. Les manifestations

85. Une protection de l'investissement reléguée. *A priori*, la protection de l'investissement est exclue des objectifs et des fondements la propriété intellectuelle. Cette dernière peut en effet témoigner, au travers de l'analyse du droit positif, d'une certaine ignorance à l'égard du processus d'investissements économiques tendant à la production d'objets immatériels, voire même intellectuels **(A)**. Néanmoins, la protection peut être offerte par d'autres techniques juridiques alternatives **(B)**.

A. L'ignorance vis-à-vis de l'investissement

86. La question de l'appréhension d'un phénomène économique par le droit. Fondant son système et reconnaissant l'objet de sa protection en considération d'un acte et d'un objet qualifiés de « création intellectuelle » strictement entendus, le droit de la propriété intellectuelle témoignerait d'un désintérêt à l'égard du processus d'investissement¹¹⁹**(1)**. Ce désintérêt pourrait certainement trouver une de ses causes dans le fait que l'investissement est, par essence, un processus économique, tandis que la propriété intellectuelle ne s'intéresserait qu'à l'appréhension et la réservation du résultat d'un processus ontologique. De plus, cette considération soulignerait la problématique de l'intervention de l'ordre juridique dans le fonctionnement d'un processus économique, ainsi que celle de la difficulté et des conséquences de l'intégration d'un raisonnement économique, au sein des règles juridiques **(2)**.

1) Le désintérêt à l'égard d'un processus économique

87. Manifestation dans l'objet de la protection. Traditionnellement, le droit de la propriété intellectuelle exclut l'investissement économique de son champ de protection. En effet, il privilégie la protection d'une création intellectuelle et de son créateur. Tel est le cas

¹¹⁹ TILLOY (C.), *loc. cit.*, spé. p. 136, n° 8 et s. et p. 141, n° 17 et s. : « Le choix initial du législateur de placer l'investissement en dehors du droit de la propriété intellectuelle a déterminé les lignes directrices des régimes énoncés par le Code. »

d'après des justifications naturalistes et personnalistes de la discipline, et ce, sous des conditions légales et jurisprudentielles précises. La source économique de la création intellectuelle n'est dès lors pas prise en compte juridiquement¹²⁰. On en conclut ainsi aisément que cette discipline ne s'intéresse pas aux processus d'investissements, soient-ils dirigés vers l'existence d'une « création intellectuelle »¹²¹. Seuls les caractères de la création intellectuelle définis en droit positif importent pour faire naître la protection privative conférée par les droits de propriété intellectuelle. On pourrait cependant nuancer la vigueur de cette indifférence, en interprétant la substance des critères subjectifs de protection¹²², comme étant la projection d'un certain investissement intellectuel du créateur. La seule source productive du processus créatif prise en compte par le droit, pour conférer une protection, serait l'esprit créateur de l'Homme. En droit d'auteur, dans sa conception classique et de principe, seule importe la source humaine de cet objet et ses caractères requis, pour identifier l'objet du droit. Dès lors, la question du financement de l'objet réservé importe peu¹²³. Il n'existe en théorie aucune prise en compte du mérite pour protéger une création, qu'elle ait nécessité de lourds investissements ou non, de quelques natures soient-ils¹²⁴.

88. Manifestation dans l'identité du bénéficiaire de la protection. Ces idées transparaissent lorsqu'il s'agit d'identifier le titulaire d'un droit portant sur une création, résultats d'investissements combinés, répondant aux critères de protection posés par la loi. En une telle hypothèse, le droit est initialement attribué au créateur intellectuel. En ce sens, le principe en la matière veut que l'auteur soit titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre de l'esprit qu'il a créée, peu important qu'elle ait été financée sur les investissements d'un tiers¹²⁵. Le contexte financier et social de production de la création n'influe pas, en principe, sur le régime

¹²⁰ GRUNDELER (G.), *op. cit.*, p. 295, n° 277 : « En France, les droits de propriété intellectuelle ne sont pas envisagés comme la récompense d'un investissement. [...] » et, p. 299, n° 281 : « [...] Le fait que l'œuvre soit le fruit d'un investissement important est sans incidence sur sa protection. »

¹²¹ POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, La propriété industrielle*, *op. cit.*, p. 3, n° 8 et s., spé. p. 28, n° 53, sur l'« exclusion de l'investissement comme critère de protection ».

¹²² Par exemple, la conception subjective de l'originalité en droit d'auteur. À ce sujet, cf. *infra*, n° 167 et s.

¹²³ TILLOY (C.), *loc. cit.*, p. 137, n° 20, citant un jugement précisant que « la propriété des droits incorporels d'auteur n'est [...] pas attaché aux conditions économiques de production de l'œuvre mais [...] à l'acte de création [...] », (TGI Nanterre, 13 déc. 2000 : CCE févr. 2001, Comm. 13, note CARON (Ch.)), et p. 146, n° 25 : « Il apparaît, par conséquent, que les droits de propriété intellectuelle traditionnels ne définissent pas précisément l'investissement. Cela se comprend car ces monopoles ont, dans un premier temps, pour seul objet les résultats déterminés d'une recherche ou d'un travail de création, mais ils ne s'attachent pas aux efforts économiques consentis. Investir, ce n'est pas créer, mais mettre à la disposition d'un tiers – initialement, le concepteur ou le créateur- les moyens nécessaires à l'acte de création puis à son exploitation. »

¹²⁴ Cf. art. L112-1 CPI : « Les dispositions du présent 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. »

¹²⁵ TILLOY (C.), *loc. cit.*, p. 141, n° 18 et s. : « Le choix opéré en faveur du créateur par les premiers droits de propriété intellectuelle a corrélativement placé en retrait les intérêts des investisseurs », et p. 142, n° 20.

de titularité¹²⁶. L'idée est sensiblement la même en matière de droit des brevets, mais dans une très moindre mesure¹²⁷.

2) *L'exercice d'intégration d'une réalité économique dans le champ juridique*

89. Le juridique à l'épreuve de l'économique. L'exclusion traditionnelle de la protection de l'investissement du champ du droit de la propriété intellectuelle peut trouver des explications dans la difficulté d'intégrer dans le champ juridique, une notion désignant une réalité de nature économique. Aussi, l'« investissement » n'est pas une notion propre au droit de la propriété intellectuelle¹²⁸. Peut-être faut-il y voir un lien avec l'apparente antinomie existante entre les univers de l'investissement et de la propriété intellectuelle. Le premier peut être considéré, plutôt par nature économique, et centré sur l'efficacité de la production de valeur de même nature. Le second, au contraire, serait davantage de nature juridique, et tourné vers l'appropriation d'une « création intellectuelle ». La propriété intellectuelle est, comme son expression l'indique, tournée vers l'esprit, tandis que l'investissement est tourné vers l'économique, l'intérêt matériel, la spéculation¹²⁹. Par ailleurs, il peut apparaître que le terrain de protection de l'investissement pourrait plus judicieusement être assuré par un dispositif traitant des intérêts économiques, commerciaux et industriels tel que le droit de l'entreprise, le droit commercial, le droit de la concurrence. Une telle réflexion peut être menée avec force, seulement en considérant que la propriété intellectuelle et les objets qu'elle protège ne ressortent pas spécifiquement d'une dimension économique. Cependant, il ne faut pas négliger la circonstance, selon laquelle les objets réservés par un droit de propriété intellectuelle évoluent sur un marché. Ils représentent des valeurs, notamment économiques, faisant l'objet d'échanges sur ce marché entre opérateurs économiques. Le positionnement du résultat immatériel d'investissement sur un marché suggère qu'il a été produit par un ou des investisseurs, assumant la fonction d'offre, à destination de consommateurs, assumant quant à eux une fonction de demandeurs. L'octroi de prérogatives patrimoniales d'exploitation sur la plupart des objets protégés témoigne également de cette dimension économique. C'est par le biais de celles-ci que l'objet de la protection peut être exploité et ainsi valorisé au service du bien-être social.

90. Liberté économique versus monopole juridique. Les droits exclusifs sur ces objets, en tant que monopoles d'exploitation, doivent être considérés comme des exceptions au

¹²⁶ Art. L111-1 CPI.

¹²⁷ Art. L611-6 et L611-7 CPI.

¹²⁸ TILLOY (C.), *loc. cit.*, spé. p. 136, n° 7.

¹²⁹ SAVATIER (R.), *Le droit de l'art et des lettres, op. cit.*, p. 35, n° 39.

principe de la liberté de la concurrence dirigeant le fonctionnement du marché¹³⁰. À ce titre, le législateur pose des conditions pour la réservation privative des objets ayant vocation à évoluer sur un marché. Au sein de ce dernier, chacun doit pouvoir se servir d'un objet, d'une valeur, comme il l'entend, tout en respectant la liberté et les droits des tiers. La protection des objets immatériels par un monopole d'exploitation doit donc être limitée, afin de permettre au plus grand nombre d'en jouir sans barrières. Là, gît une des raisons pour lesquelles il ne peut être considéré que tout résultat d'investissement fasse automatiquement l'objet d'un droit de propriété intellectuelle¹³¹. En posant des conditions légales de protection, le législateur institue ainsi des filtres justifiés par la poursuite de l'intérêt général, renvoyant à un souci d'équilibre.

91. Juridicisation de l'économie et économisation du juridique. Intégrer de manière absolue l'investissement et sa protection dans le champ de la propriété intellectuelle reviendrait à intégrer une réalité économique figurant au sein d'une notion de même nature, au sein d'une discipline juridique employant sa propre terminologie. Intégrer la réalité économique dans le champ juridique impliquerait ainsi de juridiciser un concept économique. La tâche n'est pas des moindres. La mutation se vérifie néanmoins régulièrement dans différentes branches du droit. Il n'empêche qu'un tel processus emporte des risques. En effet, à vouloir innover une branche juridique d'une philosophie empreinte par essence de logique économique, on risquerait de déformer les fondements d'une matière qui ne reposerait, officiellement et justement pas, sur l'économie, mais principalement, sur le droit naturel. Aussi, l'accueil de l'investissement économique au sein du droit de la propriété intellectuelle revient, une fois de plus, à l'instar d'autres secteurs, à reconnaître une intervention de l'État, au travers de l'ordre juridique, dans le fonctionnement de l'économie. La remarque peut s'inscrire dans une dynamique de dénonciation de l'entrave au principe de liberté de la concurrence dans l'économie de marché, au sein d'une société connaissant *a priori* une économie de type libéral. Le droit de propriété intellectuelle, en tant que monopole d'exploitation, restreint en effet le principe de libre concurrence.

92. De l'exclusion du droit d'exception au recours au droit commun. Le droit subjectif de propriété intellectuelle est un droit réel temporaire qui porterait, appliqué à l'investissement, sur le résultat d'investissement. Il en assurerait la réservation privative de façon temporaire et exceptionnelle. Présentant certains avantages pour l'investisseur économique ou intellectuel, il lui permet de protéger le fruit de son opération et le profit qui en est espéré de sa valorisation, en excluant les tiers de pouvoir l'utiliser sans son autorisation. Ici réside essentiellement

¹³⁰ BARBIER (B.), *op. cit.*, p. 524, n° 604.

¹³¹ TILLOY (C.), *loc. cit.*, p. 140, n° 15.

l'intérêt de l'investisseur à être reconnu titulaire du droit subjectif de réservation sur le résultat d'investissement. Cependant, tout investisseur à la création ne peut automatiquement en bénéficier, car la loi impose des critères de protection spécifiques pour la naissance d'un tel droit, emportant un régime de titularité qui y est lié. Le titulaire, par principe, est le créateur entendu au sens strict. Si ce droit spécial n'est pas officiellement, ni transversalement, d'un grand secours à l'investisseur pour protéger le fruit de son effort et de sa prise de risque, celui-ci peut néanmoins se tourner vers le droit commun, aux fins de protéger le fruit de son investissement et le retour qu'il en attend¹³².

B. L'existence de techniques juridiques alternatives

93. La réservation du résultat d'investissement par le droit commun des obligations civiles. Si le droit de la propriété intellectuelle ne semble pas avoir pour fonction originelle, ni officielle, d'assumer la charge de protection de l'investissement, les intérêts des auteurs de l'opération peuvent néanmoins être traités par d'autres techniques juridiques¹³³. Cela pourrait expliquer en partie l'exclusion de la protection de l'investissement du champ de la propriété intellectuelle. Les techniques fondées sur le secret et sa protection contractuelle (1), ainsi que sur la responsabilité civile (2), déclinable sous la forme de différentes actions en justice, peuvent être successivement envisagées.

1) La protection par le secret et le contrat

94. Option entre secret et droit de réservation réel. Le droit de propriété intellectuelle, en tant que droit subjectif de nature réelle, connaît une certaine attractivité des détenteurs de valeurs entendant en obtenir la réservation exclusive, afin qu'elles ne puissent être utilisées par les tiers sans autorisation, et ainsi éviter qu'elles ne soient détournées. Ces valeurs, fruits d'investissements, sont en effet la base permettant à l'investisseur d'obtenir un retour de son investissement. Ce droit permet alors, dans une certaine mesure, de leur garantir un minimum le retour qu'ils attendent, en empêchant les tiers d'en profiter. Néanmoins, cette technique juridique n'est pas la seule offerte à l'investisseur pour protéger son résultat et son retour sur investissement. Certains détenteurs de résultat d'investissement peuvent se diriger, par choix,

¹³² *Id.*, p. 143, n° 20, et p. 146, n° 25.

¹³³ BLARY-CLÉMENT (E.), « La patrimonialisation des informations, du savoir-faire et des investissements » in BLARY-CLÉMENT (E.) et PLANCKEEL (F.) (dir.), *Le patrimoine de l'entreprise : d'une réalité à un concept juridique ?*, Bruxelles : Larcier, 2014, p. 105, spé. p. 115 et s.

ou à défaut de pouvoir bénéficier d'un droit privatif¹³⁴, vers la protection offerte par le droit commun des obligations¹³⁵. Dans un premier temps, il peut se tourner vers la voie du secret, en ne dévoilant pas l'existence de sa valeur, ou seulement à l'égard d'un nombre limité de personnes. Il peut également assortir le caractère confidentiel du secret d'une protection juridique via la technique contractuelle.

95. La confidentialité, mode alternatif de protection du fruit de l'investissement. Le secret est un mode de protection primaire du résultat d'investissement et du retour attendu¹³⁶. Présentant différents avantages¹³⁷, son efficacité est aussi tirée de la possibilité d'assurer juridiquement le caractère confidentiel par l'outil contractuel. La confidentialité du résultat d'investissement possède certains avantages par rapport au bénéfice d'un droit subjectif réel de propriété intellectuelle pouvant présenter des inconvénients.

96. Inconvénient de la protection par un droit de propriété intellectuelle. Lorsqu'il est attribué à l'investisseur, le droit subjectif de propriété intellectuelle sur le résultat d'investissement implique sa communication au public, afin qu'il puisse en jouir, sous certaines conditions. En effet, en échange de l'octroi d'une prérogative lui permettant de défendre et de sécuriser son résultat et son retour sur investissement, l'investisseur doit communiquer son résultat à un public. En droit d'auteur, on parlera de divulgation, lorsqu'en droit des brevets, on parlera de dépôt ayant pour effet de communiquer l'invention brevetée au public¹³⁸. On considère en effet que le droit de propriété intellectuelle est octroyé, selon la thèse contractualiste, en échange de l'offre au public de la chose protégée et de son utilisation permise sous conditions. Or, une telle hypothèse permettrait aux tiers de s'en servir pour en détourner éventuellement les utilités, et ainsi entraver la perception par l'investisseur du retour attendu.

97. L'avantage du secret. Le caractère confidentiel du secret présente alors l'avantage de pouvoir exploiter le résultat d'investissement¹³⁹, sans que les tiers en aient connaissance et ne puissent ainsi détourner les fruits de l'exploitation, d'une façon limitée. Détenant secrètement

¹³⁴ À la fois dans le domaine littéraire et artistique (VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *Droit d'auteur et droits voisins*, Coll. Précis, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2019, p. 41, n° 24 ; POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, Le Droit d'auteur*, Coll. Corpus. Droit privé, 2^e éd., Paris : Economica, 2014, p. 138, n° 145 et s.), mais aussi technique et industriel (RAYNARD (J.), PY (E.) et TRÉFIGNY (P.), *Droit de la propriété industrielle*, Coll. Manuel, Paris : LexisNexis, 2016, p. 90, n° 183.

¹³⁵ VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 42, n° 24 et s.

¹³⁶ POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, La propriété industrielle, op. cit.*, p. 447, n° 854, sur le rôle du secret dans la protection du savoir-faire.

¹³⁷ MOUSSERON (J.-M.), *Traité des brevets, L'obtention des brevets*, CEIPI, Paris : Librairies techniques, 1984, p. 23, n° 19 et s., sur le régime de droit commun qu'est le secret pour assurer réservation et commercialisation du savoir-faire.

¹³⁸ RAYNARD (J.), PY (E.) et TRÉFIGNY (P.), *op. cit.*, p. 90, n° 183.

¹³⁹ C'est le cas en matière de protection du savoir-faire, cf. not. POLLAUD-DULIAN (F.), *La propriété industrielle, op. cit.*, p. 243, n° 848, à propos de l'absence de droit privatif protégeant le savoir-faire.

le résultat, l'investisseur peut gérer la façon dont il sera utilisé par les tiers, sans devoir le communiquer à un public. Pour autant, afin d'être efficace¹⁴⁰, ce mode de protection a besoin d'une technique assurant effectivement, et juridiquement, le caractère confidentiel.

98. Le contrat, outil de garantie du secret. Pour être exploité et faire naître un profit, le résultat d'investissement doit être révélé à un minimum de personnes ayant vocation à intervenir dans sa conception et/ou son exploitation¹⁴¹. Or, afin d'éviter que ces personnes ne portent atteinte au caractère secret de l'objet, l'investisseur doit bénéficier d'une protection juridique de la confidentialité. La technique contractuelle offre une telle garantie¹⁴². Par le biais de clauses¹⁴³, l'investisseur, détenteur du résultat qu'il entend garder secret dans une certaine mesure, est créancier d'une obligation de ne pas entraver le caractère confidentiel de cet objet, à l'égard d'un débiteur, qu'il soit salarié, prestataire, ou partenaire commercial¹⁴⁴.

99. Opportunité du droit personnel dans la protection de l'investissement. L'obligation contractuelle préservant le secret présente un double avantage du point de vue des intérêts de l'investisseur¹⁴⁵. Le premier tient au fait que le contrat permet de reconnaître un certain type de pouvoir de l'investisseur sur le résultat de son opération, se rapprochant de l'effet de la réservation privative. Le second réside dans le fait que le lien contractuel permet à l'investisseur d'être créancier d'une obligation de ne pas faire¹⁴⁶. Il s'agit de ne pas porter atteinte au caractère confidentiel du résultat, ce qui aboutirait, le cas échéant, à sa diffusion. Une telle diffusion contribuerait à empêcher la perception par l'investisseur du retour qu'il attend de l'exploitation. En protégeant de la sorte les intérêts de l'investisseur, le droit commun des contrats permet

¹⁴⁰ FOYER (J.) et VIVANT (M.), *Le droit des brevets*, Coll. Thémis droit, Paris : PUF, 1991, p. 9.

¹⁴¹ SKRZYPNIAK (H.), *La réservation du savoir-faire : l'apport du contrat*, Thèse dactyl., Université Lille 2 Droit et santé, 2014, p. 33, n° 36, et p. 29, n° 30.

¹⁴² AZÉMA (J.) et GALLOUX (J.-Ch.), *Droit de la propriété industrielle*, Coll. Précis, 8^e éd., Paris : Dalloz, 2017, p. 720, n° 1052, en matière de savoir-faire.

¹⁴³ Telles des clauses de confidentialité, ou de non-concurrence ; POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, La propriété industrielle*, *op. cit.*, p. 449, n° 857 ; en matière de protection contractuelle du savoir-faire, AZÉMA (J.) et GALLOUX (J.-Ch.), *op. cit.*, p. 721, n° 1053 et s.

¹⁴⁴ Ces relations contractuelles peuvent notamment revêtir la forme de contrat de communication de savoir-faire, de transfert de technologie.

¹⁴⁵ Sur la question de la réservation par l'outil du droit des obligations et spécialement du contrat, cf. not. SKRZYPNIAK (H.), *op. cit.* ; FABRE (R.), *Le know how, sa réservation en droit commun*, Coll. CEIPI, Strasbourg : Librairies techniques, 1976 ; LUCAS (A.), *La protection des créations industrielles abstraites*, Paris : Librairies techniques, 1975 ; MOUSSERON (J.-M.), *Traité des brevets, L'obtention des brevets*, *op. cit.*

¹⁴⁶ L'investisseur, au travers d'un droit personnel, peut exiger de son cocontractant de *ne pas faire quelque chose* : ne pas commettre d'acte qui l'empêcherait de percevoir le retour sur investissement normalement attendu. L'investisseur attend de son débiteur qu'il s'abstienne. L'engagement de ne pas faire permet d'éloigner la réalisation d'un comportement qui serait préjudiciable à l'apparition du retour sur investissement au profit du détenteur du résultat d'investissement. Dans l'hypothèse toutefois où cette obligation serait mal exécutée ou pas exécutée du tout, l'investisseur créancier de l'obligation de ne pas faire serait en mesure d'en faire sanctionner le non-respect, par une action en responsabilité contractuelle, sous réserve de la réunion des conditions nécessaires à la réparation. En cela, le droit subjectif de nature personnelle offre à l'investisseur un moyen de protéger ses intérêts.

d'inciter celui-ci à investir¹⁴⁷, et ainsi de contribuer au développement de nouveaux objets et au progrès, satisfaisant les intérêts du public et plus largement de la société. En somme, le contrat, outil de prévision, permet à l'investisseur d'assurer à la fois la réservation du résultat d'investissement, ainsi que la valorisation de ce dernier, devant aboutir à la naissance plus paisible du retour sur investissement attendu.

100. Du droit personnel à la responsabilité civile. Aussi, hors du champ contractuel, la mise en œuvre du fondement de la responsabilité civile permet à l'investisseur de défendre la valeur du résultat d'investissement qu'il détient¹⁴⁸. La protection découle de la possibilité de réparation de l'éventuel dommage que lui causerait l'utilisation de ce résultat par un tiers, concurrent ou non. On relèvera à ce titre l'effet dissuasif de l'existence d'une telle technique, ainsi que la conséquence tenant à la reconstitution de monopoles non privatifs.

2) La protection par la responsabilité civile

101. Protection résiduelle. Le résultat d'investissement ne peut parfois faire l'objet d'un droit privatif de propriété intellectuelle. Pour protéger ses intérêts, l'investisseur bénéficie néanmoins et possiblement, de la protection résiduelle qu'offre le mécanisme universel de la responsabilité civile¹⁴⁹. Ce fondement de droit commun a servi de base à l'élaboration par la jurisprudence et la doctrine d'actions en concurrence déloyale ou en parasitisme. Celles-ci permettent à l'investisseur de voir réparer un préjudice qui découlerait de comportements des tiers, entravant la perception d'un retour sur investissement¹⁵⁰. Le propos se vérifie à la fois en ce qui concerne des résultats d'investissements constituant une simple idée¹⁵¹, ou présentant une nature esthétique, artistique, littéraire informationnelle, technique, scientifique¹⁵². L'utilisation du droit commun de la responsabilité civile permet, comme le droit commun des contrats, d'inciter à l'investissement en préservant un minimum les intérêts de l'investisseur¹⁵³. Il est possible de considérer qu'au sein de ces actions, et surtout de celle en parasitisme, l'existence de l'investissement et son souci de rentabilité y occupent une place fondamentale.

¹⁴⁷ SKRZYPNIAK (H.), *op. cit.*, p. 385, n° 604, sur l'aptitude du contrat à inciter à l'investissement dans la création, tout en ménageant les intérêts à la fois de l'investisseur et du public.

¹⁴⁸ VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 41, n° 24.

¹⁴⁹ ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, Coll. Thémis droit, 2^e éd., Paris : PUF, 2013, p. 179, n° 18, spé. p. 180 ; LE TOURNEAU (Ph.), *Le parasitisme*, Paris : Litec, 1999, p. 19, n° 23.

¹⁵⁰ Not. sous les traits de l'action en parasitisme des investissements. Pour un exposé de la fonction de protection de l'investissement des actions fondées sur le fondement de la responsabilité civile, cf. GRUNDELER (G.), *op. cit.*, p. 276, n° 258 et s. ; TILLOY (C.), *loc. cit.*, p. 144, n° 21 et s.

¹⁵¹ POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, Le droit d'auteur, op. cit.*, p. 138, n° 145.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ GRUNDELER (G.), *op. cit.*, p. 275, n° 257.

102. Utilité technique du recours au fondement universel de la responsabilité civile.

L'enjeu de la mise en œuvre du fondement de la responsabilité civile est double. En sanctionnant par la réparation l'utilisation dommageable du résultat d'investissement au détriment de l'investisseur¹⁵⁴, ce fondement permet justement de prévenir ces comportements par crainte de la sanction. Il a ainsi des effets similaires au droit privatif¹⁵⁵. Par imitation, il agit comme un droit de réservation privatif assurant l'appropriation¹⁵⁶. De la sanction dérive ainsi la réservation. Le recours au fondement à un effet de reconstitution de monopole de propriété intellectuelle¹⁵⁷. Cela emporte néanmoins des critiques¹⁵⁸, notamment car le droit de la responsabilité civile délictuelle permet ainsi d'aller à l'encontre de la libre utilisation de principe des objets¹⁵⁹. Ces derniers appartiennent en effet au domaine public, voire, à un fond commun¹⁶⁰, parce que le législateur a spécialement entendu ne pas les considérer comme des objets de réservation privative¹⁶¹. Protéger des résultats d'investissements ayant vocation à faire partie du domaine public, ou plus largement dans le fond commun, par une action fondée sur la responsabilité civile va, en quelque sorte, à l'encontre d'un principe de libre utilisation de ce qui n'est pas protégé, délibérément, par un droit privatif¹⁶². Pourtant, la jurisprudence a pu admettre que ce fondement serve de base à une action par une personne qui « ne peut se prévaloir d'un droit privatif »¹⁶³. Si l'admission d'une telle action¹⁶⁴, pour protéger

¹⁵⁴ MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.) et REVET (Th.), « De la propriété comme modèle », in *Mélanges offerts à André COLOMER*, Paris : Litec, 1993, p. 281, spé. p. 297, n° 42 : « Les actes créateurs de confusion, les violations de secret, les copies (serviles ?), la plupart des actes de parasitisme rencontrés ont en commun une victime : l'investisseur, et une technique : détourner certaines recettes des investissements qui les avaient permises. Le détournement d'investissement est la faute ; la « dérive de la clientèle » est un dommage... parmi d'autres. »

¹⁵⁵ *Ibid.*, sur le lien entre la mise en œuvre de la responsabilité civile et les fonctions de réparation, de sanction, et de réservation.

¹⁵⁶ *Id.*, p. 298, n° 43 ; GRUNDELER (G.), *op. cit.*, p. 295, n° 276 *in fine*, et plus généralement, p. 275, n° 257 et s.

¹⁵⁷ BURST (J.-J.), « La reconstitution des "monopoles" de propriété industrielle par l'action en concurrence déloyale ou en responsabilité civile : mythe ou réalité ? », in *Mélanges Paul MATHÉLY*, Paris : Litec, 1990, p. 93.

¹⁵⁸ Pour une synthèse des critiques de l'utilisation de la responsabilité civile fondant l'action en parasitisme comme fonction notamment de réservation, BARBIER (H.), *op. cit.*, p. 525, n° 606 et s. ; PASSA (J.), « Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique », *D.* 2000, chron. p. 297.

¹⁵⁹ DESJEUX (X.), « Le droit de la responsabilité civile comme limite au principe de la liberté du commerce et de l'industrie », *JCP E* 1985, II, 14490.

¹⁶⁰ BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 700, n° 1050 et s.

¹⁶¹ VIVANT (M.), « L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles », in *Mélanges Christian MOULY*, Paris : Litec, 1998, p. 441, spé. p. 451 et p. 455.

¹⁶² *Id.*, 455, n° 8.

¹⁶³ Cass. com., 15 juin 1983, n° 81-15.936 : *Bull. civ.* IV, n° 174 ; *Gaz. Pal.* 1984, 1, somm. p. 28, note DUPICHOT (J.) ; Cass. com. 22 oct. 2002, n° 00-14.849, *SA Go Sport / SA Decathlon* : *Bull. civ.* IV, n° 149 ; *D.* 2002, p. 3142, obs. CHEVRIER (E.), et 2003, p. 1031, obs. SERRA (Y.) ; *JCP G* 2003, II, 10038, note MAINGUY (D.) ; *JCP E* 2003, 493, note MAINGUY (D.) ; CCC janv. 2003, Comm. 6 obs. MALAURIE-VIGNAL (M.) ; *PI* 2003, n° 6, p. 85, obs. PASSA (J.) ; Cass. com. 26 mai 2004, n° 03-10.399 : *Légifrance* ; *JCP E* 2004, 1739, n° 2, obs. CARON (Ch.) ; Cass. com., 14 févr. 2012, n° 10-27.873, *Société DCM Friesland : Légifrance*.

¹⁶⁴ Pour un exemple de refus, cf. not. Cass. 1^{ère} civ., 22 juin 2017, n° 14-20.310 : *Bull. civ.* I, n° 152 ; *RTD com.* 2017, p. 885, obs. POLLAUD-DULIAN (F.) ; *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 597, note LECOURT (A.) ; *JCP G* 2017,

l'investissement, fait l'objet de souhaits de conditionnement à titre de restriction de sa portée¹⁶⁵, il y a tout lieu de penser qu'elle a encore de beaux jours devant elle¹⁶⁶.

103. La fonction de réservation du résultat d'investissement et de ses fruits. Le mécanisme de la responsabilité civile impose à tout individu de ne pas agir et de ne pas causer de dommages à autrui fautivement, sous peine de devoir réparer le dommage causé. Transposé à la situation de l'investisseur, ce mécanisme revient à exclure tout acte fautif des tiers sur l'objet d'investissement et sur les fruits de son exploitation¹⁶⁷. En cela, le mécanisme de la responsabilité civile assumerait une fonction de réservation de l'objet - résultat d'investissement. Les effets sont en effet similaires à ceux d'une réservation de nature privative ou personnelle. Là où le droit réel interdit aux tiers d'utiliser l'objet d'investissement sans le consentement du propriétaire, la responsabilité civile interdit aux individus de se comporter de telle sorte qu'il en résulte un dommage pour l'investisseur, vis-à-vis du résultat de son opération. Du point de vue de la réservation par un droit personnel, les effets sont également similaires. En effet, là où, dans le droit personnel, le créancier peut exiger de son débiteur de ne pas porter atteinte à l'objet de son investissement, la mise en œuvre d'une action sur le fondement de la responsabilité civile dissuade, par crainte de la sanction, les tiers de se comporter de manière dommageable. Un tel comportement, vis-à-vis du résultat de l'opération, provoquerait un préjudice éventuellement réparable et tenant à la non-perception du retour attendu de l'investissement. En matière de sanction du parasitisme, la faute serait assimilable à un acte de détournement des investissements, tandis que le préjudice trouverait une manifestation dans le défaut de retour sur investissement attendu. En définitive, il en ressort que personne n'est en droit d'utiliser le résultat d'investissement, sauf à le faire sans commettre fautivement de dommage à l'égard de l'investisseur dont l'intérêt serait lésé¹⁶⁸. Par le biais des actions en concurrence déloyale ou en parasitisme des investissements¹⁶⁹, le fondement de la

1282, note DECOCQ (G.) ; *JCP E* 2017, Chron. 1418, n° 8, obs. BALLOT-LÉNA (L.) et DECOCQ (G.) ; *CCE* sept. 2017, Repère 8, obs. CARON (Ch.) ; *CCC* 2017, Comm. 197, note MALAURIE-VIGNAL (M.) ; *LEPI* nov. 2017, n° 111a4, p. 5, obs. CHATRY (S.). V° égal. LE TOURNEAU (Ph.), « L'illustre Gaudissart était visionnaire ! De la nécessité de protéger les idées apportant un avantage concurrentiel, soit indirectement par le parasitisme, soit de préférence par un droit sui generis spécifique à créer », *CCE* oct. 2017, Étude 16.

¹⁶⁵ Cf. not., FRION (J.-J.), « Présentation d'une approche renouvelée de l'agissement parasitaire : critère de la valeur ajoutée substitué à celui de l'investissement », *CCC* juill. 2002, Chron. 15.

¹⁶⁶ Sur cette hypothèse, cf. not. Ph. LE TOURNEAU, « L'illustre Gaudissart était visionnaire ! [...] », *loc. cit.*

¹⁶⁷ DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.) et BLARY-CLÉMENT (E.), *Droit commercial, Actes de commerce, fonds de commerce, commerçants, concurrence*, Coll. Précis Domat droit privé, 12^e éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2019, p. 495, n° 655.

¹⁶⁸ Au sein de l'action en parasitisme, l'assimilation possible de la faute au détournement des investissements, ainsi que l'assimilation du préjudice au non-retour sur investissement, permettent d'aboutir, par imitation, à la réservation du résultat d'investissement.

¹⁶⁹ Dans le cadre de cette action fondée sur la responsabilité civile, le parasitisme est considéré comme une faute consistant à se placer dans le sillage d'autrui afin de tirer profit de ses investissements ou de sa notoriété. C'est la

responsabilité civile délictuelle est un moyen de reconnaître à l'investisseur¹⁷⁰, *a posteriori*, « un droit exclusif sur le résultat de son investissement »¹⁷¹. À ce titre, il serait possible d'en conclure que ce fondement constitue une forme de « droit commun de la protection de l'investissement »¹⁷².

104. Lacunes. Toutefois, et par certains égards, les techniques extra-privatives alternatives de protection ne semblent pas suffisantes aux yeux des investisseurs. C'est ainsi que, sous l'effet des pressions exercées grâce à leur puissance économique auprès des institutions politiques, ils influencent les législateurs pour tenter d'arracher une protection de leurs intérêts¹⁷³. La protection convoitée est de l'ordre de la maîtrise exclusive du résultat d'investissement. Néanmoins, la solution d'une protection sur le fondement du droit de la propriété intellectuelle n'est pas si évidente. En effet, le droit de la propriété intellectuelle est présenté tel un « dogme » tourné vers la protection d'une création intellectuelle strictement entendue. Celui-ci s'accroche à la tradition de ses fondements naturalistes et humanistes, excluant ainsi *a priori* la protection de l'investissement. Pourtant, la protection de l'investissement, assurée par la technique fondée sur la responsabilité civile, a présidé à l'instauration de certains droits subjectifs de propriété intellectuelle afin, précisément, de protéger le résultat d'un investissement et le retour attendu, et ce en tant que tels¹⁷⁴. En définitive, si l'existence d'une protection possible de l'investissement sur les fondements extra-privatifs illustre l'exclusion de la protection du champ de la propriété intellectuelle, elle pourrait également en constituer une cause. Il s'agit à

captation du fruit des investissements d'un tiers qui est fautive. Cette faute peut se manifester par le fait de la reproduction de ce résultat ou de sa revente ; Cass. com., 9 juin 2015, n° 14-11.242, *Sté Cora c/ Sté Auchan : Légifrance* ; D. 2015, pan. p. 2535, obs. PICOD (Y.), et p. 2526, obs. Centre dr. de la conc. Y. SERRA ; CCC 2015, Comm. 200, note MALAURIE-VIGNAL (M.) ; Prop. Ind. sept. 2015, Repère 8, obs. LE STANC (Ch.), et Chron. 9, obs. LARRIEU (J.), l'arrêt précise que « *Le parasitisme consiste, pour un opérateur économique, à se placer dans le sillage d'une entreprise en profitant indûment de sa notoriété ou de ses investissements* » ; GRUNDELER (G.), *op. cit.*, p. 286, n° 269 et s., et p. 294, n° 276, « *La faute de parasitisme serait alors cohérente avec l'image que le terme évoque : elle consisterait à se nourrir de la substance d'un tiers en détournant le retour qu'il attend de son investissement* » ; VIVANT (M.), « L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles », *loc. cit.*, spé. p. 451, sur le parasitisme, mentionnant l'arrêt de la CA de Paris du 18 mai 1989 (RG n° 87-005510, *Parfums Ungaro* : D. 1990, p. 340, obs. CADIET (L.), et somm. p. 75, obs. SERRA (Y.) ; JCP G 1990, I, 3478, n° 3, obs. EDELMAN (B.) ; JCP E 1989, II, 15611, n° 3 obs. AZEMA (J.)), au sujet d'un cas d'imitation : « *Une telle manière d'opérer n'appelle pas seulement un blâme d'ordre moral car elle vise à profiter des frais d'études et de mise au point assumés par le concurrent et à s'en faire une arme contre lui, en même temps qu'elle évite le risque d'un échec de la commercialisation dans la mesure où celle-ci porte sur un produit proche d'un autre dont on sait qu'il a les faveurs du public ; en fait il s'agit d'un parasitisme économique qui à l'instar du parasitisme observé dans le règne végétal ou animal, s'analyse en une prise de la substance de l'autre ainsi appauvrie et parfois même conduite au dépérissement* » (nous soulignons).

¹⁷⁰ MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.) et REVET (Th.), *loc. cit.*, p. 282, n° 5.

¹⁷¹ GRUNDELER (G.), *op. cit.*, p. 293, n° 276, spé. p. 295.

¹⁷² *Id.*, p. 276, n° 257.

¹⁷³ LE STANC (Ch.), « La propriété intellectuelle dans le lit de Procuste : observations sur la proposition de loi du 30 juin 1992 relative à la protection des "créations réservées" », D. 1993, p. 4, spé. p. 4, n° 3.

¹⁷⁴ AZZI (T.), « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », RTD civ. 2007, p. 227.

ce stade d'explorer plus précisément les motifs possibles d'exclusion de la protection de l'investissement du champ de la propriété intellectuelle.

II. Les raisons

105. Exploration des motifs de l'exclusion *a priori*. L'exclusion traditionnelle de la protection de l'investissement du champ de la propriété intellectuelle trouve des explications dans la force de la justification classique du système. Celle-ci est en effet tournée vers une considération humaniste de l'acte créateur, placée au centre du système. Une telle force dans la justification traditionnelle du système, et davantage dans sa branche littéraire et artistique, conduira à parler de dogme. S'accrocher au dogme « humaniste », innervant classiquement le droit de la propriété intellectuelle, implique de refouler du champ de la protection le résultat de tout investissement (A). Assez logiquement, dès lors, la justification de l'exclusion de l'investissement peut trouver également sa source dans un souci de maintenir un domaine public suffisamment consistant, pour satisfaire l'intérêt de tous (B).

A. La vigueur d'un dogme tourné vers l'humanisme de l'acte créateur

106. L'attachement à un dogme centré sur l'acte créateur d'un Homme. L'exclusion de la protection de l'investissement du champ de la propriété intellectuelle se justifie par le fait que l'acte créateur d'un Homme est mis en avant pour fonder et justifier ce système. Cette conception, et la force qui y est attachée, amènent parfois à évoquer l'existence d'un « dogme » (1). Par définition, il en découle un certain attachement se manifestant par l'exigence d'une continuité de cette justification et de ses principes directeurs. L'acception éventuellement péjorative du terme « dogme » amène également à constater que l'attachement en question provoque des difficultés dans l'évolution nécessaire de la propriété intellectuelle (2).

1) Le dogme traditionnel : l'acte créateur au centre du fondement du système

107. Existence et définition du dogme. Un dogme peut être défini comme une « proposition théorique établie comme vérité indiscutable par l'autorité qui régit une certaine communauté »¹⁷⁵. Appliqué à la justification et à la philosophie personnaliste du système de la propriété intellectuelle, le dogme conduit à identifier la position centrale de la source humaine

¹⁷⁵ Définition du mot « dogme » en ligne sur le site du CNRTL, et selon une nuance plus péjorative, « affirmation, thèse, opinion émise sur le ton de la certitude absolue et imposée comme une vérité indiscutable ».

de la création intellectuelle. L'acte créateur d'un Homme est en effet traditionnellement considéré comme le fait générateur du droit de réservation de propriété intellectuelle, spécialement en propriété littéraire et artistique. C'est en fonction de cette considération que le droit de la propriété intellectuelle aurait été historiquement construit. Certes, cette justification n'est pas exclusive en la matière. Néanmoins, à plusieurs égards, elle occupe une place prépondérante. L'idée d'un dogme tourné vers la protection d'une création intellectuelle, en considération du lien qu'elle entretient avec son auteur, traverserait les deux branches de la propriété intellectuelle. Elle a cependant trouvé un terrain plus favorable dans le droit d'auteur¹⁷⁶, que dans le droit du brevet¹⁷⁷. L'importance presque indiscutable prise par cette justification au fil du temps conduit à l'emploi du terme de dogme¹⁷⁸.

108. Effet sur les critères d'intégration de la catégorie du droit d'auteur. L'importance du dogme humaniste a naturellement des effets sur la substance des critères permettant aux créations intellectuelles d'intégrer la catégorie des œuvres de l'esprit¹⁷⁹. Il suffit de mettre en avant la conception traditionnelle du critère d'originalité de la forme d'expression de la création intellectuelle. L'originalité doit en effet, selon une telle approche, révéler une subjectivité : elle est caractérisée par la présence de l'« empreinte de personnalité » apportée par l'auteur à sa création. L'existence d'un volet moral contenu dans les prérogatives du droit d'auteur témoigne également de l'importance du lien existant entre l'œuvre et son auteur. Ces éléments sont hérités du fondement personnaliste du droit d'auteur développé au cours du 19^e siècle. À ce titre, est parfois employée l'expression de dogme « personnaliste » ou « humaniste ».

109. Conséquence vis-à-vis du statut de l'acte d'investissement et de son résultat. L'existence de ce dogme a pour conséquence l'exclusion de l'investissement du système de la propriété intellectuelle, à la fois en tant que fondement, mais aussi en tant qu'objet des droits subjectifs. L'investissement, *a fortiori* de nature économique, est refoulé par le dogme, car pour offrir une protection, celui-ci ne se préoccupe pas du contexte économique de la création

¹⁷⁶ La loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique a d'ailleurs été présentée comme une « loi pétrie d'humanisme », cf. DESBOIS (H.), *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd., Paris : Dalloz, 1978, p. 206, n° 173.

¹⁷⁷ Il semble en effet que cette approche humaniste (naturaliste-personnaliste) de la justification ait cessé d'être centrale dans la branche du droit de la propriété industrielle à partir de la loi de 1844. À partir de cette date, le fait générateur du droit de brevet sur une invention ne réside plus dans le fait créateur de l'inventeur, mais dans un acte de dépôt. La logique utilitariste présentée précédemment sert alors de justification et de fondement essentiel du droit de la propriété industrielle, et plus précisément du brevet.

¹⁷⁸ GALLOUX (J.-Ch.), « Qu'est-ce que la propriété intellectuelle ? », *loc. cit.*, spé. p. 212, dénonçant la « profanation du sanctuaire de la création que devrait figurer le droit de la propriété intellectuelle » ; SIRINELLI (P.), « Brèves observations sur le « raisonnable » en droit d'auteur », in *Mélanges André FRANÇON, Propriétés intellectuelles*, Paris : Dalloz, 1995, p. 397, spé. p. 400.

¹⁷⁹ *Ibid.*

intellectuelle¹⁸⁰. Cependant, l'exclusion pourrait être relativisée, si l'on envisage l'acte de création comme un acte d'investissement intellectuel, et la création intellectuelle, comme résultat intellectuel de cette opération. Au demeurant, même s'il existe des indices de l'idée de protection de l'investissement, ne serait-ce que dans sa dimension intellectuelle, une telle protection ne semble pas placée officiellement au centre du système. Par ailleurs, il ressort de ces raisonnements que l'investisseur économique n'a *a priori* pas vocation à être titulaire d'un droit de propriété intellectuelle, tout du moins de manière initiale. La qualité de titulaire est en effet classiquement reconnue à la personne ayant fait œuvre de création intellectuelle.

2) *L'attachement au dogme : le souci de continuité du fondement humaniste*

110. Les manifestations de l'attachement. La force du dogme exprime un attachement aux principes originels fondant la propriété intellectuelle sur la base de considérations naturalistes, humanistes et personnalistes. Cet attachement révèle à son tour un souci de continuité se manifestant à plusieurs titres. Il risquerait d'aboutir à une inaptitude du système à s'adapter aux évolutions de la réalité qu'il appréhende et qu'il traite. L'attachement se manifeste, par exemple, au travers du recensement des qualificatifs mobilisés pour présenter la dimension humaniste des droits de propriété intellectuelle. Les qualificatifs de « classique », ou « traditionnel »¹⁸¹, sont ainsi employés. De plus, les termes utilisés pour identifier les fondements, justifications et finalités des droits de propriété intellectuelles, ainsi que les catégories et critères de protection, renvoient à la conception humaniste de la propriété intellectuelle, et particulièrement de celle du droit d'auteur. L'attachement à cette philosophie de la propriété intellectuelle sert également de fonction, de guide, pour savoir s'il est possible de faire entrer de nouveaux objets dans le champ de la protection. L'exclusion de l'investissement du champ de la propriété intellectuelle découle, sans surprise, de l'attachement à la place de l'acte créateur et de l'objet en résultant, ainsi que du lien entretenu avec l'auteur, au sein du dogme humaniste.

111. La présence marginale de la notion d'investissement dans la loi. L'attachement au dogme humaniste de la propriété intellectuelle, excluant en principe la protection de tout investissement et de son résultat en tant que tels, transparait lorsque l'on recherche les

¹⁸⁰ BUYDENS (M.), *La protection de la quasi-crétation, Information, publicité, mode, photographies documentaires et esthétique industrielle... Droit belge, Droit allemand, Droit français*, Coll. Création Information Communication, Bruxelles : Larcier, 1993, p. 274.

¹⁸¹ Sur le mot « tradition », se rapportant à l'idée et au fait de transmettre de façon continue, de génération en génération, un savoir, par exemple. Sur le sujet cf. not. STATHOULIAS (A.), *De l'équilibre : contribution à l'étude du droit d'auteur*, Thèse dactyl., Université Lille 2 Droit et santé, 2015, spé. p. 1064.

occurrences de cette protection au sein du Code de la propriété intellectuelle. Le régime du droit *sui generis* du producteur de base de données utilise le terme « investissement » pour expliquer qu'il s'agit d'une des conditions de la naissance de cette prérogative¹⁸². Aussi, la notion d'investissement est utilisée dans le cadre de la prise en compte des économies d'investissements du contrefacteur, pour calculer les modalités de réparation d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle, dans l'action civile en contrefaçon¹⁸³. Le régime juridique du nouveau droit voisin des éditeurs et agences de presse en ligne évoque également la notion d'investissement¹⁸⁴. Le peu d'occurrences du terme d'investissement dans la loi, et spécialement dans le Code de la propriété intellectuelle, témoigne de la place marginale occupée, en quelque sorte officiellement, par cette réalité au sein de la discipline.

112. L'absence relative de la notion d'investissement dans les productions doctrinales.

Selon une même méthode de recherche au travers des sources du droit, l'absence de la notion d'investissement, dans les index alphabétiques des ouvrages de doctrine traitant du droit de la propriété intellectuelle, est cohérente avec l'attachement au dogme humaniste¹⁸⁵. L'absence de la notion d'investissement traitée en tant que telle est plus franche dans les ouvrages les plus anciens¹⁸⁶. Elle est plus nuancée dans les sources doctrinales plus récentes¹⁸⁷. Il semble que la prise en charge ponctuelle voire, progressive, depuis une quarantaine d'années, de l'investissement au travers de certaines dispositions, explique cette évolution.

¹⁸² Art. L341-1 et L342-5 CPI.

¹⁸³ Cf. par exemple, art. L331-1-3 CPI, pour la contrefaçon du droit d'auteur.

¹⁸⁴ Art. L218-4 CPI.

¹⁸⁵ Le traité de la propriété littéraire et artistique ne référence pas le terme en index dans sa dernière édition (LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 5^e éd., Paris : LexisNexis, 2017).

¹⁸⁶ DEBOIS (H.), *Le droit d'auteur en France*, op. cit. ; ROUBIER (P.), *Le droit de la propriété industrielle*, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1952 (t. 1), 1954 (t. 2.).

¹⁸⁷ Alors même que le droit de la propriété industrielle, et plus spécialement le droit des brevets peuvent être volontiers analysés comme des modes de protection de juridique de l'investissement, on peut s'étonner de l'absence de référencement de la notion par exemple, dans l'index d'un Traité de droit de la propriété industrielle (par exemple, PASSA (J.), *Droit de la propriété industrielle*, t. 2 : *Brevets d'invention, protections voisines*, Coll. Traité de droit de propriété industrielle, Paris : LGDJ, 2013). Le même constat peut être fait s'agissant des manuels (cf. AZÉMA (J.) et GALLOUX (J.-Ch.), *Droit de la propriété industrielle*, op. cit.). Quelle conclusion en tirer ? Les référencements du terme investissement dans les index des ouvrages doctrinaux ne se justifieraient qu'au regard de la présence, même marginale, du terme dans la loi essentiellement ? C'est certainement un élément d'explication. C'est plutôt dans les ouvrages généraux sur le droit de la propriété intellectuelle, ou paradoxalement *a priori*, dans les ouvrages de propriété littéraire et artistique, que le terme est davantage présent. (En ce sens, cf. not. VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., renvois à au moins 14 entrées ; BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle*, op. cit., renvois à au moins 16 entrées ; CARON (Ch.), *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., renvois à au moins 16 entrées).

113. Les critiques de l'atteinte au dogme : reflet d'un attachement. La vigueur du dogme humaniste s'affiche dans les regards critiques fréquemment jetés sur l'idée¹⁸⁸, et le fait¹⁸⁹, d'extension de la protection du droit de la propriété intellectuelle, à des objets n'ayant rien à voir, ou plus grand chose, avec le fruit d'un acte créatif. Le constat vaut tant dans le domaine de la propriété littéraire et artistique, que dans celui de la propriété industrielle. La critique semble encore plus vive s'agissant du droit d'auteur car la propriété industrielle contient de façon plus affirmée, ou moins dissimulée, l'idée de protection d'un retour sur investissement.

114. Vers un détachement du dogme humaniste. Le critère d'originalité, permettant à un objet d'obtenir la protection du droit d'auteur, est parfois présenté comme un critère souple qui a su s'adapter aux nouveaux visages des créations, nés des évolutions des technologies et des contextes de leur conception. Pourtant, la faculté d'adaptation prêtée à ce critère l'éloigne déjà d'un attachement au dogme humaniste, sur lequel reposerait notoirement le droit de la propriété intellectuelle, et tout du moins, la propriété littéraire et artistique. À ce titre, il peut être constaté que le législateur préféra laisser la jurisprudence assouplir les critères, plutôt que de reconnaître de façon franche que la philosophie de la protection a évolué¹⁹⁰. Semblant indéfectible, l'attachement au fondement humaniste donne le sentiment d'une dissimulation, d'un étouffement d'une force nouvelle apparaissant ou réapparaissant au sein de la matière, laquelle est incarnée par la protection de tout fruit d'investissement. Ce ressenti procède certainement du fait que l'on ne veut pas affirmer, « trop ostensiblement »¹⁹¹, le passage de la protection d'une création intellectuelle, à celle de l'investissement et de son résultat. La réticence vient certainement du statut de dogme du fondement humaniste de la protection d'un acte créateur. À terme, il conviendra sans doute de se saisir du souci de protection de l'investissement, pour

¹⁸⁸ GAUDRAT (Ph.), « Pour une propriété intellectuelle épurée », in *Mélanges en l'honneur du Professeur André LUCAS*, Paris : LexisNexis, p. 325 ; EDELMAN (B.), « Les bases de données ou le triomphe des droits voisins », *D.* 2000, p. 89.

¹⁸⁹ Certains auteurs s'appliquent à dénoncer les dérives dont souffrent les lignes directrices de la matière, ce qui témoigne d'un certain attachement aux principes directeurs de la matière tels qu'ils ont été établis à l'origine. Cela donne le sentiment de traduire une volonté que les choses demeurent en l'état ou en reviennent à leur fonctionnement initial, à ce sujet, pour une critique, cf. not., VIVANT (M.), « Pour une épure de la propriété intellectuelle », *loc. cit.*, spé. p. 417, n° 3 ; est également dénoncé une pénétration du modèle d'appropriation de la propriété industrielle dans celui de la propriété littéraire et artistique, le premier étant un modèle tourné vers l'appropriation des fruits du travail, tandis que le second se veut être un modèle d'appropriation de la création. Ces deux modèles, sur différents points de fonctionnement, se distinguent. Cf. à ce sujet not. GAUDRAT (Ph.), « Les créations et le droit : balade dans l'espace et le temps », in ZOLLINGER (A.) (dir.), *La création, entre droit, philosophie et religion*, Coll. Actes et colloques, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2016, p. 11 ; LALLEMENT (A.), *Travail, création et propriétés*, Thèse dactyl., Université de Poitiers, 2012.

¹⁹⁰ Nous estimons qu'il serait mieux avisé de prendre acte de ces évolutions, pour repenser et réorganiser le système, afin de le rendre plus conforme aux attentes des réalités.

¹⁹¹ GRUNDELER (G.), *op. cit.*, p. 213, n° 291 : « Paradoxalement, bien qu'il soit présenté comme la « clé de voûte du système », l'investissement n'a pas été érigé par le législateur en critère d'attribution de ces droits exclusifs. Cette absence s'explique certainement par la volonté de ne pas afficher trop ostensiblement le passage d'un droit exclusivement fondé sur la création à un droit fondé sur l'investissement ».

lui aménager ouvertement une place au sein de la propriété intellectuelle¹⁹². Que la protection doive se situer dans, ou en dehors de cette discipline, c'est un choix franc qu'il s'agira d'exercer, et dont devrait découler des lignes directrices claires de la matière, afin de garantir une cohérence. Aussi, le choix de la place à attribuer au souci de protection de l'investissement devra tenir compte du souci de consistance suffisante du domaine public.

B. La consistance suffisante du domaine public

115. La nécessité d'un domaine public, motif de l'exclusion de l'investissement du champ de la protection. En tant que droits exclusifs temporaires, les droits de propriété intellectuelle confèrent à leurs titulaires un pouvoir sur l'objet de la prérogative. Il s'agit d'un droit d'exception. Telle est la raison pour laquelle le législateur pose un régime restrictif de protection de certains objets, tendant à empêcher la protection automatique de tout résultat d'investissement. La règle de principe en matière d'appropriation d'objets immatériels et intellectuels veut en effet que ceux-ci soient à la libre disposition de tous. Néanmoins, sur des motifs légitimes, les règles de réservation privative sont instituées de façon exceptionnelle. Les objets ne faisant pas ou plus l'objet d'un tel droit subjectif appartiennent alors, selon les formules, à un fonds commun¹⁹³, ou au domaine public¹⁹⁴. L'existence de ce dernier procède d'objectifs de justice et d'équilibre entre les intérêts. La nécessité d'existence d'un domaine public tend ainsi à expliquer l'exclusion *a priori* de la protection de l'investissement.

116. « Fonds commun » ou « domaine public ». Le « fonds commun » serait constitué « de techniques connues, d'idées, de thèmes ou de styles, d'informations, de données scientifiques ou naturelles, de méthodes, d'événements historiques, d'éléments de folklores... »¹⁹⁵, ne répondant pas aux critères posés pour faire l'objet d'un droit de propriété intellectuelle. Le « domaine public », quant à lui, ne comprendrait que les créations ayant fait l'objet d'un tel droit, mais dont le terme a été atteint¹⁹⁶. La notion de domaine public ne recouvre donc que partiellement celle de fonds commun, ce dernier comportant, au-delà des objets n'étant plus appropriés, ceux ne pouvant l'être¹⁹⁷.

¹⁹² VIVANT (M.), « Pour une épure de la propriété intellectuelle », *loc. cit.*, spé. p. 421-422, n° 12 : « *Comment serait-il choquant, tout dogmatisme mis de côté, de reconnaître à l'entreprise sans laquelle il n'y aurait pas de création de tirer profit de celle-ci ?* ».

¹⁹³ VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 191, n° 146, préférant employer la notion de fonds commun là où nous employons celle de domaine public, cf. la note n° 6.

¹⁹⁴ CORNU (G.), *op. cit.*, V° domaine public, p. 362-363 ; CHOISY (S.), *Le domaine public en droit d'auteur*, Coll. Droit des affaires, Propriété intellectuelle, t. 22, Paris : Litec, 2002.

¹⁹⁵ POLLAUD-DULIAN (F.), *La propriété intellectuelle, Le droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 58, n° 48.

¹⁹⁶ BINCTIN, (N.) *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 700, n° 1052.

¹⁹⁷ MARINO (L.), *op. cit.*, p. 105, n° 47, spé. p. 108, sur la distinction entre les deux notions.

117. Intérêt et objectif du domaine public. La non-appropriation de ces éléments implique qu'ils sont utilisables par quiconque, sans nécessité d'autorisation préalable à solliciter ni obtenir¹⁹⁸. Il s'agit d'une illustration du principe de liberté. L'intérêt de l'existence de ce que nous préférons envisager sous le terme de « domaine public », transversal à l'ensemble des droits de propriété intellectuelle, réside dans le fait qu'il satisfait différents objectifs. Il permet de garantir le respect de différents droits et libertés reconnus comme fondamentaux, ainsi que l'intérêt général, au-delà des intérêts particuliers. La situation de certains objets, ne bénéficiant pas ou plus d'une protection par un droit de propriété intellectuelle, offre en effet la possibilité à tout à chacun d'en bénéficier sous différentes formes. Ces objets sont accessibles, appartenant à la fois à chacun et à personne. Le régime de liberté d'utilisation se révèle bénéfique notamment pour la communauté des créateurs ayant besoin de bénéficier d'un fonds leur permettant de s'appuyer sur sa consistance pour développer ses propres créations¹⁹⁹. L'existence du domaine public et son régime contribuent ainsi au respect des libertés d'expression ou de la concurrence²⁰⁰. Ce faisant, l'existence du domaine public œuvre au maintien d'une forme d'équilibre entre les intérêts, à la fois des titulaires de droits de propriété intellectuelle sur certains objets, et des autres individus soient-ils individuels ou collectifs²⁰¹. Le droit de la propriété intellectuelle organise ainsi une forme de règle de priorité dans la satisfaction des intérêts des personnes pour qui l'objet présente une quelconque utilité économique, scientifique ou culturelle.

118. Le résultat d'investissements et le domaine public. Le simple résultat d'investissement(s), ne répondant pas aux critères requis par le législateur pour bénéficier d'un droit privatif, a vocation à figurer dans le domaine public. À vouloir intégrer davantage de fruits d'investissements dans le champ de la protection du droit de la propriété intellectuelle, cela reviendrait à restreindre le domaine public, et à empêcher la satisfaction des intérêts, précisément, que l'existence du domaine public et de son régime assument²⁰². Pourtant, certains fruits d'investissements, n'étant traditionnellement pas protégés par un droit de propriété

¹⁹⁸ Si l'objet a préalablement fait l'objet d'une protection par un droit de propriété intellectuelle, dont la durée du droit patrimonial a atteint son terme, il conviendra néanmoins de veiller au respect du droit moral de l'auteur ou de l'inventeur, qui, lui, est perpétuel. Néanmoins, la mise en œuvre de cette prérogative de droit moral ne doit pas avoir pour effet de recréer un monopole.

¹⁹⁹ MARINO (L.), *op. cit.*, p. 105, n° 47, spé. p. 108.

²⁰⁰ VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 178, n° 163, et p. 473, n° 463, sur les justifications technique, économique et sociale de la temporalité du volet patrimonial du droit d'auteur.

²⁰¹ CARON (Ch.), *op. cit.*, p. 327, n° 344.

²⁰² GEIGER (Ch.), *op. cit.*, p. 270, n° 313 : « Si l'investissement est présent depuis toujours au sein de la matière, d'autres justifications garantissaient à la propriété intellectuelle une dimension dynamique en refusant l'appropriation de l'information, celle-ci pouvant être réutilisée par tout autre créateur, le tout au bénéfice du développement collectif de l'intérêt général ».

intellectuelle, font leur entrée dans le champ de protection. Ils quittent alors celui du domaine public²⁰³. Ce changement se manifeste par un assouplissement des critères d'intégration des catégories existantes, ou par la création de nouvelles catégories et droits. Une telle évolution fait ainsi craindre un éclatement de la logique dite originelle de la réservation par le système des droits de propriété intellectuelle. Le phénomène est dénoncé fréquemment. Inversement, se développe une dynamique prenant le contre-pied de cette extension et sollicitant une dilatation des frontières du domaine public. La consistance du domaine public se trouve prise entre deux tendances : l'extension ou la restriction²⁰⁴. Le souci de protection de l'investissement dans les objets immatériels n'y semble pas étranger. En conclusion, il peut être présagé de la tendance de l'extension du champ de la protection ou, inversement, de la tendance à l'appauvrissement du domaine public, que l'exclusion *a priori* de l'investissement mérite d'être nuancée.

Section 2 – L'exclusion à nuancer

119. Une exclusion relative : indices et enseignements. L'exclusion d'une fonction de protection de l'investissement du droit de la propriété intellectuelle doit être nuancée²⁰⁵. Tant dans le domaine de la propriété littéraire et artistique que de la propriété industrielle, l'idée d'appréhension de l'investissement intellectuel ou économique dans la conception d'objets immatériels n'est pas étrangère. L'exclusion n'est donc pas absolue. Le propos s'illustre au travers différents indices. De plus, ces derniers pourraient bien ouvrir la porte au constat du développement d'une dynamique de protection de l'investissement assurée par le droit de la propriété intellectuelle²⁰⁶. En ce sens, la protection de l'investissement apparaîtrait comme un élément, si ce n'est l'élément d'unité de la discipline, autour d'une réalité transcendante.

120. Plan. Sur la base d'indices d'une exclusion nuancée de la protection de l'investissement du champ de la propriété intellectuelle (I), l'hypothèse de l'unité de la discipline autour de l'objectif de sécurisation de l'investissement peut être interrogée (II).

²⁰³ À cet égard, dénonçant une « irrésistible décadence », cf. CARON (Ch.), « L'irrésistible décadence du domaine public en droit de la propriété intellectuelle », in *Études offertes à Jacques DUPICHOT : Liber amicorum*, Bruxelles : Bruylant, 2004, p. 61 ; sur la défense du domaine public, cf. BUYDENS (M.), *La propriété intellectuelle, Évolution historique et philosophique*, Bruxelles : Bruylant, 2012, spé. p. 439 et s.

²⁰⁴ POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, Le droit d'auteur*, op. cit., 2014, p. 58, n° 48-50.

²⁰⁵ GRUNDELER (G.), op. cit., p. 295, n° 277, soulignant « La relative indifférence du droit de la propriété intellectuelle à l'égard de l'investissement », et, p. 296 ; pour le même constat, cf. TILLOY (C.), loc. cit., p. 131 et p. 147, n° 26 et s.

²⁰⁶ BLARY-CLÉMENT (E.), « La patrimonialisation des informations, du savoir-faire et des investissements », loc. cit., p. 109 et s.

I. Les indices d'une exclusion nuancée

121. L'investissement en germe. Des indices de l'exclusion nuancée de l'investissement du champ de la propriété intellectuelle se retrouvent dans les logiques respectives de la propriété littéraire et artistique et de la propriété industrielle. L'appréhension du résultat d'investissement comme objet de droits de propriété intellectuelle est, de longue date, contenue en germe dans chacune de ces branches. Il s'agit tantôt d'appréhender un investissement intellectuel, tantôt un investissement économique pour en assurer la protection. Ces types d'investissements peuvent être également appréhendés au travers du résultat de leur combinaison. Une lecture de la propriété littéraire et artistique sous le prisme de la protection d'un investissement de nature intellectuelle peut être menée (A). Il en va également ainsi de la propriété industrielle, pouvant faire l'objet d'une interprétation en tant que technique de protection d'un investissement plutôt économique (B).

A. La propriété littéraire et artistique, mode de protection d'un investissement intellectuel

122. L'investissement intellectuel et la propriété littéraire et artistique. L'investissement intellectuel consenti par une personne en vue de concevoir un objet incorporel peut être interprété, en propriété littéraire et artistique, comme un fondement et un fait générateur de prérogative de propriété intellectuelle. Il en ressort notamment que le volet moral des prérogatives consenties à cette personne pourrait être envisagé comme une forme de prise en compte du souci de protection de leur investissement intellectuel. Tel semble être le cas dans le régime du droit d'auteur (1), ainsi que dans celui du droit voisin de l'artiste-interprète (2).

1) La protection du droit d'auteur

123. Activité de création, investissement intellectuel et conception de l'originalité. Pour faire l'objet d'une protection par le droit d'auteur et être ainsi qualifiée d'œuvre de l'esprit, la création intellectuelle doit présenter un lien particulier avec son auteur. Elle doit être marquée, selon la conception subjective et personnaliste traditionnelle, de l'empreinte de sa personnalité. L'apport de lui-même, que le créateur fait en vue d'élaborer une création, peut être interprété comme une forme d'investissement de nature intellectuelle. Le créateur « s'investit » dans sa création. Depuis les années 1980, le critère d'originalité oscille entre une conception subjective et une conception plus objective. Cette seconde conception, même si elle reflète un détachement de l'auteur vis-à-vis de la part de personnalité introduite dans sa création, semble néanmoins

prendre en compte une part d'investissement intellectuel. L'évolution de la conception du critère d'originalité vers un aspect plus objectif aboutit certainement à prendre en compte une forme d'investissement intellectuel, en tant que générateur de l'octroi d'un droit d'auteur sur un objet immatériel.

124. Le résultat d'investissement intellectuel, objet du droit d'auteur. La doctrine juridique utilise parfois l'expression d'« investissement intellectuel » pour désigner le phénomène d'apport en personnalité qu'effectue l'Homme dans sa création²⁰⁷. Nous nous demandons à ce titre si le mécanisme propre à l'opération d'investissement peut s'appliquer dans sa globalité au processus d'investissement créatif. Adoptant cette vision, on pourrait affirmer que l'investissement intellectuel est bien pris en charge par le droit, comme objet d'une prérogative réelle, en vue de sa protection.

125. Illustration en jurisprudence. En ce sens, un arrêt de la seconde chambre civile de la Cour de cassation du 30 janvier 2014 a reconnu un droit d'auteur à l'auteur de la retranscription d'une interview, à raison de la mise en œuvre d'un « investissement intellectuel »²⁰⁸. Cette espèce démontrerait que l'investissement intellectuel du créateur est, plus ou moins ouvertement, considéré comme fait générateur du droit. Une telle décision, peut-être isolée, reviendrait donc bien à considérer que l'acte créatif est assimilable à une forme d'investissement, celui-ci étant alors pris en charge par le droit comme critère d'attribution d'une prérogative. Il s'agirait d'un indice de ce que le droit d'auteur naîtrait sur un objet résultat d'investissement, en l'occurrence, intellectuel. Néanmoins, comme le relevaient les juges du fond à juste titre, on constatera que le droit d'auteur naît bien de ce que l'œuvre de l'esprit répond aux critères traditionnels de protection exigés.

126. Le droit moral, prérogative de protection de l'investissement intellectuel. Par ailleurs, à considérer l'investissement intellectuel d'un auteur dans la production d'une création intellectuelle comme justification et fait générateur du droit d'auteur, il est également possible de se demander si, là, ne réside pas la cause de l'existence d'un volet moral. Ce dernier est né en effet au cours du 19^e siècle, d'une inspiration personnaliste de la justification du droit

²⁰⁷ Cf. par exemple GAUDRAT (Ph.), « Les démêlés [...] », *loc. cit.* spé. p. 147 : « Sans s'opposer à l'idée que la propriété puisse trouver sa cause dans l'investissement, le droit d'auteur privilégie, au sein des formes d'investissement en nature, l'investissement en "personnalité" du créateur ».

²⁰⁸ Cass. 2^e civ., 30 janv. 2014, n° 12-24.145 : *Bull. civ.* II, n° 26 ; *Juris art etc* 2014, n° 11, p. 11, note BERBERIAN (J.) ; *JCP E* 2015, Chron. 1026, n° 16, p. 49 obs. ROBIN (A.) ; *PI* 2014, n° 51, p. 153, obs. BRUGUIÈRE (J.-M.) ; *RLDI* 2014/102, n° 3376, obs. COSTES (L.) ; *RIDA* avr. 2015, n° 244, p. 216, note SIRINELLI (P.). Cf. la solution au second moyen du pourvoi : « mais attendu que l'arrêt retient que M.X... avait retranscrit les entretiens en cause sous une forme littéraire, en ménageant des transitions, afin de donner à l'expression orale une forme écrite élaborée, fruit d'un investissement intellectuel, en sorte que les articles litigieux étaient éligibles à la protection conférée par le droit d'auteur ; que, par ces seuls motifs, l'arrêt est légalement justifié » (nous soulignons).

d'auteur, mettant en avant le lien existant entre la personnalité de l'auteur et sa trace dans son œuvre. La prérogative morale du droit d'auteur serait ainsi un outil offert au créateur investisseur intellectuel, pour gérer le retour qu'il attend de son apport²⁰⁹. L'existence d'un volet moral, dans la prérogative d'un droit de propriété intellectuelle, n'est pas exclusive du droit d'auteur. Le droit de l'artiste-interprète, de même que le droit sur un brevet d'invention, confèrent également une prérogative morale aux auteurs des objets protégés, pouvant être interprétée de manière analogique.

2) La protection du droit voisin de l'artiste-interprète

127. L'interprétation « personnelle », fruit d'un investissement intellectuel protégé par le volet moral du droit. À compter de la loi du 3 juillet 1985²¹⁰, la propriété littéraire et artistique, originellement tournée vers ce qui sera nommé droit d'auteur, accueille et organise la protection d'autres intérêts, dont ceux de l'artiste-interprète²¹¹. Par cette voie légale, il ne s'agit pas de protéger une création et son auteur, mais une prestation particulière et son interprète : l'interprétation personnelle d'un artiste. En tant que droit voisin du droit d'auteur, ce nouveau type de droit subjectif de propriété intellectuelle présente un lien avec le droit d'auteur, tourné vers une « création intellectuelle ». L'artiste ne bénéficie du droit que s'il réalise une interprétation particulière d'une œuvre de l'esprit, devant répondre à un critère. Voici déjà, sur ce point, une nuance détachant le fondement de l'octroi d'un tel de droit, de la considération d'une véritable création intellectuelle. En l'occurrence, l'objet de la prérogative est une « interprétation personnelle d'un artiste », et non nécessairement une « œuvre de l'esprit » née d'un acte de création strictement entendu en droit d'auteur. De plus, la nuance vis-à-vis de la force du fondement traditionnel se ressent dans le fait que, là aussi, l'objet de la prérogative peut apparaître comme le résultat d'une certaine forme d'investissement intellectuel. En effet, la qualité « personnelle » de l'interprétation indique que celle-ci provient des facultés intellectuelles d'un individu. Elle laisse transparaître un minimum d'investissement en personnalité de l'artiste dans l'interprétation d'une œuvre de l'esprit. Le caractère personnel de l'interprétation découle d'un apport de nature intellectuelle. Le fait générateur de la

²⁰⁹ Art. L121-1 et L121-2 CPI.

²¹⁰ L. n° 85-660 du 3 juill. 1985, relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle.

²¹¹ Il s'agissait de conférer légalement une protection à cette catégorie d'auxiliaires de la création, alors qu'elle n'était assurée jusque-là par la voie prétorienne, s'appuyant sur le fondement de la responsabilité civile, notamment au travers des droits de la personnalité, à ce sujet cf. not. AZZI (T.), « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *loc. cit.*, p. 227.

naissance du droit de l'artiste-interprète n'est donc pas une « activité créatrice », mais une activité d'interprétation personnelle. L'idée poussant à la protection de celle-ci réside, à ce titre, dans une volonté de prise en compte d'une forme d'investissement intellectuel. À l'instar de ce qui a été avancé concernant le volet moral du droit d'auteur²¹², celui du droit de l'artiste-interprète suggère l'idée d'une prise en charge de la forme intellectuelle de l'investissement de l'artiste. Ce dernier, mobilisant les traits de sa personnalité au service de l'interprétation d'une œuvre de l'esprit, dispose ainsi de moyens pour défendre le respect de son nom, de sa qualité, et de son interprétation²¹³.

128. Conclusion critique. Le relâchement de la rigueur du lien, entre l'objet protégé et la personnalité de son auteur intégré dans celui-ci, est à l'origine du passage d'une conception subjective à objective du critère d'originalité en droit d'auteur. Il serait également en lien avec la reconnaissance légale d'une prérogative, notamment morale, de défense des intérêts de l'artiste-interprète. Si l'on se place du point de vue du dogme traditionnel de la propriété littéraire et artistique, on considérera que la matière a subi une évolution tendant à la réservation d'un moindre investissement intellectuel. Aussi, de nos jours, la plupart des objets de propriété intellectuelle sont le fruit d'une combinaison d'investissements intellectuel et financier. Si, pour un résultat d'investissement donné, la part d'apport intellectuel n'est que moindre par rapport à celle d'ordre financier, on pourrait aboutir à la considération que c'est la protection d'un résultat d'investissement économique et financier qui est ainsi assurée de manière privilégiée et indirecte. Autrement dit, derrière un moindre investissement intellectuel se dissimulerait un investissement minimal de nature économique²¹⁴. Ainsi, à ne conditionner la protection par le droit d'auteur qu'à un investissement intellectuel, on introduirait également la prise en compte subreptice d'une forme d'investissement, cette fois, économique. La lecture de la propriété littéraire et artistique sous le prisme de l'investissement rend possible l'interprétation de la justification naturaliste et personnaliste, comme protection d'un investissement revêtant une forme et une nature intellectuelle. Une telle lecture interroge également une interprétation de l'évolution des fondements vers la prise en compte d'un investissement de nature plutôt économique. L'émergence d'une approche de la propriété littéraire et artistique comme technique de protection des investissements intellectuel et économique mérite d'être analysée.

²¹² Le volet moral du droit de l'artiste interprète semble par ailleurs assez inspiré de celui institué au bénéfice d'un auteur sur son œuvre de l'esprit par la loi du 11 mars 1957.

²¹³ Art. L212-2 CPI.

²¹⁴ LEMARCHAND (S.), FRÉGET (O.) et SARDAIN (F.), « Biens informationnels : entre droits intellectuels et droit de la concurrence », *PI* janv. 2003, n° 6, p. 11, spé. p.15, n° 27 : « *L'affaïssement du critère de protection, qui confond désormais la notion de création, au sens fort du terme, avec celles d'effort et d'investissement permet ainsi d'élargir l'assiette de la protection traditionnelle du droit d'auteur* ».

À ce stade, nous nous contentons de relever que cette dernière semble être contaminée par une logique qui est déjà solidement à l'œuvre en propriété industrielle²¹⁵. Le droit de la propriété littéraire et artistique évoluerait ainsi vers une fonction de protection d'un investissement économique plutôt qu'intellectuel, par contamination de la logique de propriété industrielle tournée plus ouvertement vers l'investissement, et accueillie avec plus de légitimité.

B. La propriété industrielle, mode de protection d'un investissement économique

129. L'investissement économique et la propriété industrielle. La propriété industrielle peut être présentée comme un système juridique prenant en charge la protection d'un investissement économique dans la création immatérielle. Le raisonnement s'illustre en ce que la protection de l'investissement apparaît être à la source même du système de la propriété industrielle (1). Aussi, la dimension commercialiste de cette branche du droit explique qu'elle s'intéresse à un phénomène présentant lui-même un caractère de commercialité (2).

1) L'investissement à la source du système de propriété industrielle

130. La place centrale de l'investissement dans le droit de la propriété industrielle. L'idée d'un droit de la propriété industrielle, fondé sur la volonté de protéger l'investissement économique, dans un objectif d'incitation, transparait dans la finalité du système. Le régime d'existence du droit et de sa valorisation en témoigne également. On ne peut pas en dire autant, tout du moins avec le même degré d'affirmation, s'agissant de droit de la propriété littéraire et artistique. À cet égard, on se contente souvent de « l'image d'un droit d'auteur attaché à la création et d'un droit de brevet récompense d'investissement »²¹⁶. La doctrine présente parfois ouvertement le droit de la propriété industrielle, comme un instrument visant à inciter à l'investissement²¹⁷, alors que les textes n'en font pas état avec la même transparence. L'analyse

²¹⁵ MONELLI (Y.), *op. cit.*, p. 14 : « Cette analyse, depuis, débordant la propriété industrielle, a irradié toute la propriété intellectuelle jusqu'à la propriété littéraire et artistique qui sous le joug de l'informatique tendrait de plus en plus à devenir la technique de droit commun de la protection de l'investissement ».

²¹⁶ RAYNARD (J.), PY (E.) et TREFIGNY (P.), *op. cit.*, p. 4, n° 4, selon qui, l'image tend à se « brouiller ».

²¹⁷ Cf. PASSA (J.), *op. cit.*, t. 2, p. 18, n° 13 ; GAUDRAT (Ph.) et VIVANT (M.), « Marchandisation », in VIVANT (M.) (dir.), *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2004, p. 34, spé. p. 40, n° 14 : « L'investissement est déjà à la source de la propriété industrielle : le brevet est pensé pour assurer un retour sur investissement, la marque assure la maîtrise d'un marché... Roubier ne parlait-il pas de « droits de clientèle » ? » ; ALLEAUME (Ch.), *Droit de la propriété intellectuelle*, Coll. Cours, Paris : Monchrestien-lextenso, 2010, p. 9, n° 8 : « La propriété industrielle réalise une protection des investissements autant que des inventions, des signes, des dessins ou des modèles en tant que tels » ; DESJEUX (X.), « L'investissement économique et le droit de la propriété industrielle : du droit des brevets au droit des marques », *Gaz. Pal.* 1986, II, doctr., p. 422.

repose sur une conception économique de l'efficacité de la norme juridique²¹⁸. Pour prétendre inciter à l'investissement dans la création, ou plus largement dans les objets immatériels sources de progrès, il convient naturellement de reconnaître que l'objet de la prérogative de réservation doit être le résultat de l'investissement²¹⁹. Ainsi, Messieurs les Professeurs Jean Foyer et Michel Vivant expriment clairement la place qu'occupe selon eux l'investissement dans le système du droit des brevets²²⁰. À ce titre, il peut être considéré que « [...] le brevet n'est pas fait pour l'inventeur mais pour l'investisseur »²²¹. Le souci de rentabilité de l'investissement en est le fondement. À ce titre, le résultat d'investissement est l'objet de la protection conférée par le droit de brevet. La faveur pour la naissance du retour sur investissement attendu est l'objectif de ce droit²²². Le droit du brevet assume ainsi une fonction d'incitation à la création en sécurisant, un minimum, le succès de l'opération d'investissement contre les éventuels agissements dommageables des tiers. Cette sécurisation est non seulement censée bénéficier à l'investisseur, mais également aux tiers, et plus largement, à l'intérêt général²²³.

131. Une justification utilitariste d'incitation. La formulation de ce constat procède de l'analyse de la propriété industrielle tirant sa légitimité d'un fondement utilitariste prenant le dessus sur un fondement naturaliste. Le fondement naturaliste des droits de propriété industrielle est mentionné de façon assez marginale, par rapport au fondement utilitariste. En effet, il existerait un « détachement du personnalisme en matière industrielle au profit de l'utilitarisme et d'un pragmatisme économique »²²⁴. Ce détachement de l'approche personnaliste du droit de la propriété industrielle, notamment en matière de protection par le

²¹⁸ Cf. not. LÉVÊQUE (F.) ET MENIÈRE (Y.), *Économie de la propriété intellectuelle*, Coll. Repères, Paris : La Découverte, 2003 ; MACKAAY (E.), ROUSSEAU (S.), LAROUCHE (P.) et PARENT (A.), *Analyse économique du droit*, Coll. Méthodes du droit, 3^e éd., Paris : Dalloz, 2021 ; cf. *infra*, n° 537 et s.

²¹⁹ VIVANT (M.), « L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles ? », *loc. cit.*, p. 441, spé. p. 450, n° 6 ; RAYNARD (J.), PY (E.) et TRÉFIGNY (P.), *op. cit.*, p. 6, n° 6 : « le brevet est une technique juridique assurant à son titulaire la réservation des résultats d'une activité coûteuse de recherche-développement en sorte de retour sur investissement », (citant MOUSSERON (J.-M.), *Traité des brevets*, Paris : Litec, 1984, n° 4 et s. p. 4 et s.).

²²⁰ FOYER (J.) et VIVANT (M.), *Le droit des brevets*, *op. cit.*, p. 7 et s. : « le brevet se veut, en effet, un instrument de développement économique. Il ne s'agit pas d'offrir une rente de situation à on ne sait quel privilégié, mais de récompenser un investissement productif, plus un investissement qu'un acte créateur. Et comme le terme de récompense est ambigu, précisons qu'il s'agit d'offrir à celui qui a choisi d'investir dans la recherche le moyen de rentrer dans ses fonds d'abord, d'en tirer profit ensuite, par la reconnaissance d'un monopole qui, pour un temps limité, le protégera, sur la technique inventée, de la concurrence. Dans la perspective de nouvelles recherches dont on espère de nouveaux résultats... ».

²²¹ MOUSSERON (J.-M.) et VIVANT (M.), « Les mécanismes de réservation et leur dialectique : le « terrain » occupé par le droit », *Cah. dr. entr.* 17 mars 1988, n°11, p. 2, spé. p. 3.

²²² TILLOY (C.), *loc. cit.*, spé. p. 142, n° 20.

²²³ *Id.*, p. 8.

²²⁴ LALLEMENT (A.), *op. cit.*, spé. p. 545, n° 425, poursuivant sur le sujet : « La reconnaissance de la propriété de l'investisseur s'est rapidement mise en place du fait de la renonciation au personnalisme au profit d'un pragmatisme économique qui ne pouvaient que s'imposer dans un domaine industriel, dont les motivations et logiques sont par essence économiques et financières et dont les modes de production s'organisent autour du salariat ».

brevet, au profit d'une justification utilitariste, témoigne de ce que le mode de protection est davantage tourné vers un souci d'efficacité économique. Le détachement transparaît à l'analyse du fait générateur du droit de réservation et de la règle de sa titularité.

132. Recul des approches naturaliste et personnaliste en propriété industrielle. Le droit de réservation ne naît pas automatiquement de la conception de l'objet ayant vocation à être protégé. Le fait générateur ne coïncide pas avec un fait juridique de création, mais renvoie à un acte de dépôt administratif et constitutif du droit : un acte juridique. Il en va ainsi en droit des brevets depuis la loi du 5 juillet 1844 permettant à un inventeur, ou son ayant cause, de déposer une demande de brevet d'invention pour en devenir ainsi titulaire. Le premier alinéa de l'article L611-6 du Code de la propriété intellectuelle dispose en effet que « le droit au titre de propriété industrielle appartient à l'inventeur ou à son ayant cause ». L'inventeur n'est donc plus nécessairement celui ayant vocation exclusive à la détention, pas plus qu'à la maîtrise du fruit de ses efforts. À ce titre, la règle juridique justifie qu'une personne morale puisse déposer une demande de brevet, pour obtenir la propriété du titre²²⁵, tandis que la règle est différente, par exemple, en matière de droit d'auteur²²⁶. Il semble que la divergence de logiques²²⁷, entre la propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle, se soit affirmée à cette date²²⁸. Le fait de création n'étant pas le fait générateur du droit exclusif en propriété industrielle²²⁹, on ne peut que constater le détachement vis-à-vis de la justification naturaliste voire, personnaliste²³⁰. De même, puisque le droit ne naît pas en considération du lien existant entre la création à caractère technique et son auteur, les conditions d'appropriation par le brevet, par exemple, sont empreintes d'une objectivité. En ce sens, l'investisseur économique sera bien souvent l'ayant-cause pouvant effectuer le dépôt de demande de brevet sur l'invention, dont il a financièrement concouru à la conception. On constate dès lors un traitement du résultat d'investissement en tant qu'objet du titre de propriété industrielle. La démonstration se vérifie globalement pour l'ensemble des titres de protection en propriété industrielle²³¹.

²²⁵ AZÉMA (J.) et GALLOUX (J.-Ch.), *op. cit.*, p. 266-267, n° 371 : « Une personne morale inapte à revendiquer la qualité de créateur peut déposer et obtenir un brevet car le droit exclusif que confère le brevet ne résulte pas de l'acte créateur mais du titre délivré par l'État ».

²²⁶ À l'exception, certainement, du régime de l'œuvre collective.

²²⁷ Cf. BARBIER (H.), *op. cit.*, p. 517, n° 593, sur la différence d'esprit entre propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle, ainsi que sur la question de la place de l'acte d'investissement et de son résultat.

²²⁸ Cf. GAUDRAT (Ph.), « Les créations et le droit : balade dans l'espace et le temps », *loc. cit.*, spé. 52 : « En matière utilitaire, la propriété du créateur est définitivement morte en 1844. Le brevet ne fut plus, à compter de ce moment, qu'un monopole légal destiné à garantir les investissements industriels. » ; A. LALLEMENT, *op. cit.*, n° 426, p. 545-546.

²²⁹ RAYNARD (J.), PY (E.) et TREFIGNY (P.), *op. cit.*, p. 16, n° 23.

²³⁰ BUYDENS (M.), *La propriété intellectuelle, op. cit.*, p. 336, sur « les critiques de la justification personnaliste », spé. p. 339.

²³¹ Pour une telle interprétation en matière jurisprudentielle, au sujet du droit des dessins et modèles et son objectif

133. De la protection d'un acte de création à celle d'un choix. Qui plus est, l'idée d'une propriété industrielle tournée vers la protection d'un produit d'investissement, pour une large part de nature économique, peut être illustrée par le fait que l'objet de la prérogative n'est pas tant issu d'une création entendue au sens strict²³², que d'un choix. Par exemple, l'entreprise titulaire d'un droit de marque sur l'utilisation d'un signe distinctif n'est ainsi pas un « créateur intellectuel », mais un agent économique ayant choisi d'utiliser un signe distinctif particulier, afin d'attirer une clientèle. Ici, l'opportunité du droit de réservation se justifie en ce qu'il permet de protéger notamment des investissements publicitaires dirigés vers une clientèle²³³, sur un marché, et le retour qui en est attendu²³⁴.

134. Liens avec le terrain économique. Tant en ce qui concerne le droit du brevet sur une invention, que le droit de marque protégeant l'utilisation d'un signe distinctif, le droit de la propriété industrielle semble construit en prenant en compte la dimension « investissement », facteur d'incitation à la conception et l'exploitation de ces objets de droit. La protection du retour sur investissement, par la technique du droit de réservation privatif, est dirigée par une logique économique. Si le brevet est pensé pour favoriser un retour sur investissement, alors il présente une dimension économique, l'investissement étant un pilier du fonctionnement de l'économie. Le même raisonnement peut s'appliquer s'agissant des droits de marques, en ce qu'ils ont pour fonction, notamment, de protéger le ralliement d'une clientèle. La clientèle incarne en effet la demande sur les marchés. La fonction de ralliement de clientèle du droit de marque permet aussi l'encouragement de l'investissement publicitaire, en organisant la réservation des résultats²³⁵. Par ailleurs, du terrain économique de la propriété industrielle, à son terrain commercial, il n'y a qu'un pas.

de protection de l'investissement, cf. not. CJUE, 12 septembre 2019, C-683/17, *Cofemel, préc.*, spé. n° 50, et les conclusions de l'avocat Général SZPUNAR (M.), présentées le 2 mai 2019, cf. n° 51, lequel expose que « [...] la protection [sui generis des dessins et modèles] a une durée suffisante pour permettre de rentabiliser l'investissement que constitue l'élaboration du dessin ou modèle [...] » et spé. n° 55, considérant que le droit des dessins et modèles « [...] protège l'investissement dans la création des dessins et modèles contre leur imitation par les concurrents [...] ».

²³² POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, La propriété industrielle, op. cit.*, p. 3, n° 8 et s., spé. p. 24, n° 46.

²³³ RAYNARD (J.), PY (E.) et TREFIGNY (P.), *op. cit.*, p. 8, n° 11, sur la marque en tant qu'elle « assure la réservation des résultats d'un investissement publicitaire » et n° 12, sur la fonction d'encouragement à l'investissement publicitaire.

²³⁴ *Id.*, p. 9, n° 12 : « Le fondement tiré de l'idée de récompense, écho au progrès technique, ne joue pas pour la réservation des signes distinctifs. Les droits d'exploitation ne visent pas, ici, à encourager la création d'un signe mais tout au plus l'investissement publicitaire. La fonction est moins sociale que purement privée et vise bien à exclure la concurrence de l'utilisation d'un signe distinctif en lien avec le commerce d'un produit ou service ».

²³⁵ *Id.*, p. 8, n° 11-12.

2) La dimension commercialiste de la propriété industrielle

135. La propriété industrielle, un univers mercantile. La logique d'investissement s'intègre naturellement dans celle du commerce et des affaires. Le droit commercial s'intéresse aux réalités de circulation des richesses, de spéculation, et de l'entreprise. Ces trois critères, dégagés par la doctrine²³⁶, servent à caractériser la commercialité de situations appréhendées juridiquement, pour les organiser au travers d'un régime particulier. C'est, bien entendu, sur ce terrain que nous nous trouvons, lorsque nous nous intéressons à la réalité de l'investissement, et notamment à l'impact de ce processus dans les activités de créations et de conception d'objets immatériels. La vocation des droits de propriété intellectuelle, et plus spécialement des droits de propriété industrielle, à intégrer le fonds de commerce, témoigne de la logique commerciale animant non seulement la propriété intellectuelle, mais aussi l'opération d'investissement. Tant l'investissement, que la propriété industrielle présentent une nature commerciale. Il n'est alors pas étonnant de pouvoir affirmer que les droits de propriété industrielle ont vocation à sécuriser le retour sur investissement attendu dans le cadre de la conception et de l'exploitation d'un objet immatériel.

136. Le résultat d'investissement, un objet de commerce. Plus précisément, la nature possiblement commerciale du processus d'investissements créatifs se manifeste dans le fait que l'investisseur, pour obtenir le retour qu'il attend de son opération doit procéder à une valorisation de son résultat d'investissement. Cette valorisation passe par des actes d'exploitation, et notamment par la commercialisation²³⁷. Ces actes d'exploitation peuvent être qualifiés d'« actes de commerce », et recevoir un régime juridique particulier. Dans cette perspective, le résultat d'investissement doit être considéré comme un objet de commerce et d'échange sur un marché. L'argument peut tout à fait s'appliquer au processus d'investissements créatifs, puisque les résultats créatifs ont vocation à circuler, de même que la richesse qu'ils représentent.

137. Nature commerciale du retour sur investissement. Le but poursuivi par l'investisseur est l'obtention d'un profit, d'une plus-value, à l'issue de l'opération. La phase de mise en œuvre du retour sur investissement présente donc une nature commerciale²³⁸, car c'est la

²³⁶ DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.) et BLARY-CLÉMENT (E.), *op. cit.*, p. 83, n° 118 et s.

²³⁷ ROUBIER (P.), *Le droit de la propriété industrielle*, t. 1, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1952, p. 5, n° 2.

²³⁸ GAUDRAT (Ph.), « Les démêlés [...] », *loc. cit.*, p. 83, mettant en avant la « *logique commerciale de retour sur investissement* », à propos de la dimension entrepreneuriale de la propriété intellectuelle : « *sans dimension entrepreneuriale, il n'y a pas de propriété intellectuelle. Or, qui dit entreprise, dit logique commerciale de retour sur investissement. Là gît la difficulté majeure de la matière et l'entrée en lice d'un personnage aussi discret qu'influent : l'investisseur* » (nous soulignons).

commercialisation du résultat d'investissement qui le lui permettra. Le droit de la propriété industrielle œuvre à la possibilité pour l'investisseur de rentabiliser son engagement de valeur par la « commercialisation non concurrentielle » du résultat d'investissement²³⁹. Si ce raisonnement est susceptible d'être appliqué à l'ensemble des objets protégés par un droit propriété intellectuelle, il est beaucoup mieux accepté et mis en avant en matière de propriété industrielle²⁴⁰.

138. Clientèle et droit commercial. Aussi, l'idée d'une fonction de protection des investissements publicitaires en matière de marques, et de ralliement d'une clientèle à partir de l'utilisation d'un signe distinctif protégé²⁴¹, témoignent de la dimension commercialiste de ce type de propriété. Roubier voyait d'ailleurs en commun à certains de ces droits de propriété intellectuelle²⁴², une catégorie de « droits de clientèle »²⁴³. En outre, la présence dans les ouvrages de droit économique²⁴⁴, ou de droit commercial²⁴⁵, de propos relatifs à la propriété industrielle révèle bien la considération de la nature commerciale de cette branche de la propriété intellectuelle.

139. Bilan. En définitive, l'existence plus ou moins explicite de la prise en compte de l'investissement intellectuel et/ou économique, tant en propriété littéraire et artistique, qu'en propriété industrielle, constitue l'indice de ce que l'exclusion *a priori* de l'investissement du champ de la propriété intellectuelle doit être nuancée. Ces indices bénéficient par ailleurs du soutien d'un constat selon lequel le fondement traditionnel humaniste, s'essouffant, présente des limites. Cet essoufflement, additionné aux indices qui viennent d'être présentés, orienterait le cœur de la propriété intellectuelle vers une prise en charge plus explicite de l'investissement dans son système. L'investissement deviendrait ainsi le fondement, la justification et la finalité de la propriété intellectuelle, et conséquemment, l'objet des prérogatives instituées, interrogeant ainsi la rationalité de la nouvelle unité de la matière.

²³⁹ RAYNARD (J.), PY (E.) et TREFIGNY (P.), *op. cit.*, p. 23, n° 31 : « L'incitation à l'innovation passe, juridiquement, par la reconnaissance d'une exclusivité d'une durée limitée dans le temps pendant laquelle le breveté pourra rentabiliser ses dépenses de recherche-développement par la commercialisation non concurrentielle des résultats de la recherche ».

²⁴⁰ LALLEMENT (A.), *op. cit.*, p. 208, n° 152, et p. 209, n° 152.

²⁴¹ RAYNARD (J.), PY (E.) et TREFIGNY (P.), *op. cit.*, p. 9, n° 12.

²⁴² GAUDRAT (Ph.) et VIVANT (M.), « Marchandisation », *loc. cit.*, spé. p. 40, n° 14 : « L'investissement est déjà à la source de la propriété industrielle : le brevet est pensé pour assurer un retour sur investissement, la marque assure la maîtrise d'un marché... Roubier ne parlait-il pas de « droits de clientèle ? » ».

²⁴³ P. ROUBIER, « Droits intellectuels ou droits de clientèle », *RTD civ.* 1935, p. 252, spé. p. 291 et s. ; du même auteur, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 1, *op. cit.*, spé. p. 9, n° 3 et p. 104, n° 23 et s.

²⁴⁴ RIPERT (G.), ROBLOT (R.), VOGEL (L.) sous la dir. de GERMAIN (M.), *Du droit commercial au droit économique*, t. 1, Coll. Traité de droit des affaires, 21^e éd., Paris-La Défense : LGDJ, 2020.

²⁴⁵ DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.) et BLARY-CLÉMENT (E.), *op. cit.*, p. 334 et s.

II. L'hypothèse de l'unité de la propriété intellectuelle autour de l'investissement

140. De la protection de la création intellectuelle à celle de l'investissement. Le droit de la propriété intellectuelle, et particulièrement le droit d'auteur, subirait un « changement de paradigme »²⁴⁶. Le champ de la protection tendrait à une « *extension incontrôlée* »²⁴⁷. Le souci accru de protection de l'investissement n'y serait pas étranger. La teneur et les motifs de l'évolution méritent d'être examinés²⁴⁸. Le prétendu changement de cap semblant traverser la propriété intellectuelle, et lui dessiner une nouvelle orientation vers une protection de tout investissement, trouve des raisons dans les limites que présente la justification naturaliste, traditionnelle en la matière (A). Le constat peut être renforcé en tenant compte des effets de la coexistence des justifications prêtées à la propriété intellectuelle. Le développement d'une justification utilitariste de la propriété intellectuelle semble occuper davantage le devant de la scène depuis les dernières décennies. Tandis que la propriété littéraire et artistique est plus volontiers présentée comme fondée sur une justification naturaliste, alors que la propriété industrielle serait davantage fondée sur une justification utilitariste, cette dernière se généraliserait à toute la propriété intellectuelle. Or, le fondement utilitariste de la propriété intellectuelle est susceptible d'ouvrir la porte à la protection de l'investissement. Un rapprochement des deux branches de la propriété intellectuelle est observé autour de l'importance transversale qu'acquiert la justification utilitariste et économique de la matière. La possible protection de l'investissement s'en trouve justifiée dans un but d'incitation. Dans ce cadre, la protection de l'investissement semble s'affirmer progressivement comme le nouveau paradigme de la propriété intellectuelle (B).

A. Les limites de la justification naturaliste

141. Le fondement traditionnel à l'épreuve des réalités évolutives. Depuis plusieurs décennies, le droit de la propriété intellectuelle semble intégrer, plus ou moins timidement dans son système, la protection de l'investissement. La raison tient certainement au fait que le

²⁴⁶ DIETZ (A.), « Mutation du droit d'auteur, changement de paradigme en matière de droit d'auteur », *RIDA* oct. 1988, n° 138, p. 23.

²⁴⁷ MACREZ (F.), *Créations informatiques : bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, Coll. CEIPI, t. 57, Paris : Litec, 2011, p. 39 et s. ; POLLAUD-DULIAN (F.), *La propriété intellectuelle, Le droit d'auteur, op. cit.*, p. 59, n° 49, sur la « *Tendance à l'extension des droits privatifs* ».

²⁴⁸ Sur le mouvement de privatisation de l'information par le droit d'auteur, GEIGER (Ch.), « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle, Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique ? », *RIDE* 2006/4, p. 389, spé. p. 400.

fondement naturaliste traditionnel du droit, recouvrant des conceptions humanistes et personnalistes, ne suffit plus à satisfaire l'ensemble des intérêts aspirant à être protégés. L'évolution du système serait imputable, non seulement à l'insuffisance de ce fondement, mais également à sa non-exclusivité (1). Dans ce cadre, la justification utilitariste du droit est mobilisée pour introduire de nouvelles prérogatives sur de nouveaux objets, ou pour aménager les règles de titularité. Par ailleurs, l'insuffisance du fondement naturaliste se révèle à l'épreuve de l'évolution du secteur des activités créatives, dès la fin du 19^e siècle, jusqu'à nos jours (2).

1) La non-exclusivité et l'insuffisance du fondement naturaliste

142. Pluralité de fondements et insuffisance du fondement naturaliste. Le droit de la propriété intellectuelle est présenté comme reposant sur différents fondements s'articulant difficilement. La coexistence des fondements pour justifier l'institution des droits de propriété intellectuelle révélerait que l'un d'entre eux ne saurait suffire. Tout du moins, le fondement naturaliste ne peut, à lui seul, suffire à assurer la réservation et la protection de l'ensemble des objets représentant une valeur économique et culturelle y aspirant. *A contrario*, le fondement utilitariste des droits est présenté comme pouvant assumer plus largement une telle fonction. L'essoufflement du fondement naturaliste est fréquemment relevé par la doctrine²⁴⁹. Elle se manifeste également dans la lettre et l'esprit de nouvelles dispositions, tant au niveau interne qu'eupéen. La volonté d'harmonisation européenne des législations en matière de propriété intellectuelle pousse, d'ailleurs, à recentrer le droit interne français vers une justification utilitariste des droits de propriété intellectuelle, mettant en avant un besoin d'incitation à l'investissement dans les créations immatérielles²⁵⁰. L'essoufflement du fondement humaniste traditionnel s'accompagne ainsi d'un déplacement du centre de gravité de la protection²⁵¹, au profit de l'investissement et des intérêts de ses acteurs.

143. Problématique de la coexistence de fondements. La coexistence de fondements et de logiques paraissant antagonistes est problématique. En effet, elle aboutit à brouiller les lignes directrices de la matière. Comme l'exprime Monsieur le Professeur Nicolas Binctin, la création artistique se trouve « écartelée entre une idée romantique de la création et une vision mercantile du marché du divertissement »²⁵². Tout en excluant l'investissement et en mettant en avant le

²⁴⁹ Cf. not., GEIGER (Ch.), *op. cit.*, p. 46, n° 39 : « Et face à l'essoufflement des justifications de droit naturel, on perçoit un certain déséquilibre en faveur d'un investisseur qui, lui, n'obéit qu'à une logique purement égoïste de retour sur investissement ».

²⁵⁰ Cf. Direct. 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, spé. considérants 4° et 10°.

²⁵¹ GEIGER (Ch.), *op. cit.*, p. 69, n° 53, et p. 43, n° 38.

²⁵² BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, p. 32, n° 3.

fondement humaniste, le droit positif entrouvre sa porte pour accueillir subrepticement l'investissement²⁵³. La situation est inconfortable en termes de sécurité pour les acteurs de la création, pour l'efficacité de l'économie, tant d'un point de vue matériel, que juridique. Elle risque d'impacter également la cohérence du système juridique, lui faisant perdre en lisibilité. De plus, il n'est pas certain que l'équilibre entre les intérêts soit fixé de façon optimale²⁵⁴.

144. Manifestations de la problématique : les régimes de l'œuvre collective et du droit moral en droit d'auteur. Pour illustrer une situation confinant au paradoxe, il suffit de s'intéresser au régime de l'œuvre collective institué en droit d'auteur français par la loi du 11 mars 1957, laquelle a pu être jugée « pétrie d'humanisme »²⁵⁵. Ce régime, témoignant d'une faveur aux intérêts de l'investisseur technique et financier, et consacré dans une loi s'inscrivant dans une philosophie personnaliste, a ainsi pu être taxé d'« intrus »²⁵⁶. Le régime n'apparaît en effet pas cohérent avec le dogme traditionnel en la matière. À titre d'illustration, il est également possible de se référer aux effets possiblement handicapants de l'existence du droit moral. La vision personnaliste de la propriété intellectuelle, justifiant l'instauration d'un volet moral aux côtés des prérogatives patrimoniales de l'auteur, est susceptible de compliquer l'exploitation du droit. L'exercice d'une telle prérogative extrapatrimoniale pourrait en effet faire l'objet d'un abus. L'existence du régime de l'œuvre collective et les dérives d'un exercice abusif du droit moral révèlent déjà des incohérences en droit d'auteur. On ne saurait dès lors être étonné, *a fortiori*, de la possible titularité initiale du droit moral sur l'œuvre collective par la personne qui en est à l'initiative, et en assume la direction²⁵⁷. Le régime apparaît ce faisant à contrecourant de l'approche personnaliste et naturaliste du droit d'auteur français traditionnellement avancée. En effet, en venir à reconnaître à une personne morale la titularité *ab initio* d'un droit d'auteur, non seulement dans son volet patrimonial, mais aussi dans son volet moral, est significatif que quelque chose ne va plus. En ce sens, l'utilisation de la

²⁵³ GEIGER (Ch.), « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », *loc. cit.*, p. 514 : « [...] les fondements ont tendance à manquer de lisibilité, la fonction du droit n'étant pas toujours claire. Il y a d'abord la fonction de protection de l'investissement qui s'est invitée de plus en plus dans les considérants des directives communautaires. Or, protéger un simple investissement vient à bouleverser la logique de départ dans la mesure où un investissement n'apporte pas forcément une plus-value créative, donc une plus value sociale ».

²⁵⁴ *Supra*, n° 651 et s.

²⁵⁵ DESBOIS (H.), *op. cit.*, p. 206, n° 173.

²⁵⁶ *Idem*.

²⁵⁷ Pour des décisions jurisprudentielles en ce sens, cf. not. Cass. 1^{ère} civ., 22 mars 2012, n° 11-10.132 : *Bull. civ. I*, n° 70 ; *D.* 2012, p. 873, obs. DALEAU (J.), et p. 1246, note LATIL (A.), et 2842, obs. SIRINELLI (P.) ; *RTD civ.* 2012, p. 338, obs. REVET (Th.) ; *RTD com.* 2015, p. 321, obs. GAUDRAT (Ph.) ; *Rev. sociétés* 2012, p. 496, note BINCTIN (N.) ; *CCE* 2012, Comm. 61, note CARON (Ch.) ; *JCP E* 2013, 1060, n° 2, obs. LAPORTE-LEGEAIS (M.-E.) ; *LPA* 29 janv. 2013, n° 21, p. 12, obs. DAVERAT (X.) ; *PI* 2012, n° 44, p. 329, obs. BRUGUIERE (J.-M.), et n° 45, p. 455, obs. DE CANDE (P.) ; *RLDI* 2012/82, n° 2737 obs. TRÉZÉGUET (M.), et 2012/83, n° 2769 obs. LANCRENON (Th.).

technique de *fiction juridique* révèle une déconnexion entre la réalité et le droit, amorcée pour protéger les intérêts des investisseurs. L'objectif de ce régime est de protéger l'investissement, afin d'inciter à la production immatérielle. Ici, la justification personnaliste et même humaniste du droit, érigée en « dogme », n'est plus. Nous sommes bien ailleurs. L'œuvre collective est un bon exemple de la coexistence de différents fondements en propriété intellectuelle, aboutissant à des incohérences dans le système. On ne peut défendre simultanément une chose et son contraire : il faut choisir.

2) *L'insuffisance du fondement traditionnel face aux évolutions des activités*

145. Insuffisance des fondements naturaliste, humaniste et personnaliste traditionnels.

L'évolution de l'environnement de la création s'est accompagnée d'un développement de la dimension économique de la propriété intellectuelle. Les modes et contextes de la création impliquent une organisation telle que l'économie du secteur en est nécessairement impactée²⁵⁸. On parle ainsi fréquemment d'économie de la création, d'économie de l'immatériel, d'économie de la connaissance²⁵⁹. À plusieurs égards, la justification humaniste des droits de propriété intellectuelle présente des lacunes en ce qu'elle ne parviendrait pas à retranscrire une réalité renouvelée. L'évolution du contexte de la création plaide pour une évolution corrélée de la logique justificative de la propriété intellectuelle. Face à ces évolutions factuelles, les acteurs en appellent à une évolution dans le droit. Le fondement traditionnel ne remplirait pas de façon satisfaisante l'objectif d'incitation à l'investissement dans la création, car les critères de protection cadreraient mal avec les nouveaux objets produits et leurs modalités de production²⁶⁰. C'est donc vers une logique utilitariste de protection de l'investissement que l'ordre juridique semble se tourner pour justifier l'existence de droits de propriété intellectuelle.

146. Évolutions de la création et de son processus. Comme le relève Monsieur André Bertrand, « les modes, les processus et les finalités de la création » ont changé. « "L'auteur

²⁵⁸ Sur « L'émergence économique du droit d'auteur », cf. BERTRAND (A.), *Le droit d'auteur et les droits voisins*, op. cit., p. 59, n° 1. 411 ; GREFFE (X.), *Économie de la Propriété artistique*, Paris : Economica, 2005.

²⁵⁹ SIIRIANEN (F.), « La propriété intellectuelle au cœur de l'économie de l'immatériel, le point de vue du juriste », in VIVANT (M.) (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Coll. Droit et économie, Paris : LGDJ, 2014, p. 37, spé. p. 45.

²⁶⁰ GAUDRAT (Ph.), « La protection des logiciels par la propriété littéraire et artistique », *RIDA* avr. 1986, n° 128, p. 181 ; la problématique de l'applicabilité du critère d'originalité en droit d'auteur, aux logiciels, aboutira à en retenir une conception « dualiste » pour permettre au logiciel de bénéficier d'un tel droit. L'originalité sera alors caractérisée par un « apport intellectuel créatif » ou encore « un effort intellectuel de l'auteur », à ce sujet, cf. not., BUYDENS (M.), *La propriété intellectuelle*, op. cit., p. 286 et s., l'adaptation du critère d'originalité a amené, pour le logiciel, à se détacher de la justification personnaliste du droit, au bénéfice de la justification Lockéenne, basée sur l'appropriation des fruits du travail, ici, un travail, un effort intellectuel, et p. 336, sur « les critiques de la justification personnaliste ».

type” n’est plus aujourd’hui un écrivain ou un peintre bohème qui ”crache ses tropes sur une feuille de papier ou une toile” : c’est un employé salarié ou une personne qui exerce une profession libérale et qui crée pour satisfaire aux cahiers des charges d’un commanditaire, lequel exploite l’œuvre à ses risques et périls suivant les impératifs du marché »²⁶¹. Plusieurs facteurs d’évolution du secteur de la création témoignent d’une nécessité d’adapter le droit positif à cette réalité renouvelée²⁶², au sein de laquelle le changement des processus de création tient une large place²⁶³. Parmi ces facteurs d’évolutions, on relèvera l’importance des progrès techniques et technologiques²⁶⁴, développés au cours de la fin du 19^e siècle et durant le 20^e siècle. Ceux-ci ont abouti à la production de nouveaux objets créatifs et innovants. Il suffit de songer aux techniques cinématographiques²⁶⁵, audiovisuelles, numériques, aboutissant de nouveaux types de créations telles que le jeu vidéo ou le logiciel, ainsi qu’à la conception d’innovations à caractère plus scientifiques et techniques, en matière médicale, ou encore pharmaceutique. Le visage des créations aspirant à une protection n’est donc plus le même que celui pour lequel la protection a été conçue originellement. Par ailleurs, ces progrès ne sauraient exister, dans la majorité des cas, sans un soutien d’ordre économique et financier. La considération aboutit à faire prévaloir parfois les intérêts des investisseurs financiers²⁶⁶, sur ceux du créateur au sens strict, et ceux du public. Elle ouvre la porte à un déplacement du centre de gravité de la discipline. Enfin, l’organisation de la production des objets aspirant à une protection par le droit de la propriété intellectuelle révèle une dimension plurale. Ces objets sont conçus en collaboration, par des personnes aux compétences variées et complémentaires. La création plurale témoigne d’une organisation de la production de ces objets de type industrielle. D’ailleurs, ce type d’organisation semble de plus en plus être désigné sous l’expression d’ « industrie créative »²⁶⁷. L’organisation de type industrielle de la production

²⁶¹ Cf. BERTRAND (A.), *Le droit d’auteur et les droits voisins*, op. cit., p. 58, n° 1.41.

²⁶² Pour un regard critique, cf. GAUDRAT (Ph.), « Les démêlés [...] », loc. cit., p. 77 : « *l’histoire nous enseigne que chaque avancée technologique est prétexte à remettre la toile des équilibres juridiques sur le métier. [...] on éprouve le sentiment que tout est neuf, que le soleil se lève sur le monde et que le droit est à refaire* ».

²⁶³ Cf. BERTRAND (A.), *Le droit d’auteur et les droits voisins*, op. cit., p. 60, n° 1.412.

²⁶⁴ CORBET (J.), « Le développement technique conduit-il à un changement de la notion d’auteur ? », *RIDA* avr. 1991, n° 148, p. 59 ; DIETZ (A.), « Mutation du droit d’auteur : changement de paradigme en matière de droit d’auteur », loc. cit. ; KEREVER (A.), « Droits d’auteur et développements techniques », *RIDA* avr. 1991, n° 148, p. 3.

²⁶⁵ LYON-CAEN (G.) et LAVIGNE (P.), *Traité théorique et pratique de droit du cinéma français et comparé*, t.1, Paris : LGDJ, 1957, p. 12.

²⁶⁶ BENGHOZI (P.-J.) et PARIS (Th.), « Évolutions économiques et nouveaux modèles de protection de la propriété littéraire et artistique », in *Réseaux* 1998, vol. 16, n° 88-89, p. 11, spé. p. 15, p. 19 : « *Aujourd’hui, les droits de propriété intellectuelle et artistique répondent de moins en moins au seul souci de protéger les auteurs : leur enjeu est aussi désormais de protéger et susciter les investissements dans ces nouvelles industries (investissements matériels ou immatériels) afin de permettre et d’encourager leur croissance et leur développement* », et p. 21.

²⁶⁷ L’expression semble renvoyer à une organisation du processus de conception et de distribution de ces objets

créative et innovante assume une large part de responsabilité dans la mise « au premier plan de celui qui finance la création : l'investisseur »²⁶⁸.

147. Enjeux et perspectives. La production de ces nouveaux objets aspirant à une protection privative sollicitée par leurs acteurs pousse à en faire des objets du droit de la propriété intellectuelle, alors qu'ils ne présentent pas nécessairement de nature créative. Parfois, leur seul mérite ne tient en effet qu'aux investissements de différentes natures que leur conception a nécessités, et que leurs auteurs entendent rentabiliser à l'appui d'un droit de réservation privatif²⁶⁹. Or, le fondement naturaliste traditionnel de la matière cadre mal avec cette perspective. Dès lors, les critères traditionnels de protection sont aménagés pour faire entrer les nouvelles créations ou objets immatériels dans le champ de la protection, quitte à faire perdre sa cohérence au système tel qu'il aurait été initialement conçu. S'affirme, en effet, un nouveau fondement de la propriété intellectuelle poussant à un aménagement de son régime traditionnel, à défaut d'être prêt à changer radicalement de modèle. Il s'agit de l'investissement et de sa rentabilité. Le constat pousse à faire preuve d'audace en rompant les schémas établis et en prenant conscience que la rupture est entamée, à moins qu'il ne s'agisse que d'un retour de la propriété intellectuelle, à sa véritable et fondamentale fonction de protection de l'investissement.

selon une échelle industrielle. La notion est employée dans différentes disciplines des sciences sociales et économiques. On emploie aussi les expressions d'« industries culturelles », d'« industrie de la création », d'« industrie du jeu vidéo » ou encore d'« industrie du cinéma ». Concernant ce dernier type d'industrie, André MALRAUX faisait d'ailleurs remarquer que, s'il s'agit d'un art, il s'agit également d'une industrie. Richard CAVES écrit dans son ouvrage intitulé « *Creatives industries* » (*Creative Industries, Contracts between Art and Commerce*, London : Harvard University Press, 2000, p. 12) : « *in creative industries, complex projects require the collaboration of several parties, each providing different but complementary inputs or resources* », traduisons, « dans les industries créatives, les projets complexes requièrent la collaboration de plusieurs parties, chacune apportant des éléments et ressources différents mais complémentaires ». Parmi ces éléments et ressources, on fera le lien essentiellement avec les éléments apportés par le créateur et par le financier investisseur, lesquels se combinent pour faire naître l'objet créatif. En définitive, comme le relève Monsieur le Professeur Nicolas Binctin, « *le passage d'une production romantique à une production plus industrielle a modifié l'environnement créatif en faisant intervenir de nouveaux acteurs, financiers, [...]* » (BINCTIN (N.), *op. cit.*, p. 48, n° 22) ; pour d'autres sources sur l'utilisation de la notion cf. not. : VIVANT (M.), « Pour une épure de la propriété intellectuelle », *loc. cit.*, spé., p. 421, n° 11 ; VIVANT (M.) et BRUGIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 357, n° 310 ; CHANTEPIE (Ph.) et LE DIBERDER (A.), *Révolution numérique et industries culturelles*, Coll. Repères, Paris : La Découverte, 2010 ; BUSSON (A.) et ÉVRARD (Y.), *Les industries culturelles et créatives, Économie et stratégie*, Paris : Vuibert, 2013 ; CURIENT (N.) et MOREAU (F.), *L'industrie du disque*, Coll. Repères, Paris : La Découverte, 2006 ; BOUQUILLION (Ph.), MIÈGE (B.), MOEGLIN (P.), *L'industrialisation des biens symboliques. Les industries créatives en regard des industries culturelles*, Coll. « Communication, médias et sociétés », Grenoble : Presses universitaires de Grenoble, 2013.

²⁶⁸ GEIGER (Ch.), *op. cit.*, p. 6, n° 6 : « [...] l'explosion des industries culturelles semble avoir remis au premier plan celui qui finance la création : l'investisseur. À un tel point que bon nombre d'auteurs admettent que la logique de l'investissement est en passe de devenir, voire est même déjà devenue, une logique prépondérante de la matière ».

²⁶⁹ GEIGER (Ch.), « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle. Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique ? », *loc. cit.*, spé. p. 402 : « [...] D'une logique de protection du créateur et de la création, on est progressivement passé à une logique de protection de l'investissement [...] ».

B. L'affirmation progressive d'un nouveau paradigme : la protection de l'investissement

148. La promotion du fondement de l'investissement. La justification utilitariste apparaît comme le biais permettant d'offrir à l'investissement une protection au sein du droit de la propriété intellectuelle (1). Cependant, cette protection semble s'émanciper du fondement utilitariste et évoluer sur le terrain plus explicite du fondement de l'investissement en tant que tel. La protection de l'investissement deviendrait, ou serait ainsi devenu un fondement autonome justifiant la propriété intellectuelle (2).

1) L'utilitarisme, porte d'entrée de la protection de l'investissement

149. Légitimité de la protection de l'investissement au travers de l'approche utilitariste du droit. La dimension économique des processus de création, tenant à la nécessaire part d'investissement, notamment financier, requise pour faire émerger des objets immatériels et créatifs, ne peut plus aujourd'hui être négligée. Aussi, l'insuffisance et l'inefficacité des fondements traditionnels de la propriété intellectuelle ne peuvent continuer à être ignorées. Il est dès lors nécessaire de se tourner, de manière plus consciente et assumée, vers une approche utilitariste du droit, afin de fonder le système de protection des investissements immatériels. Par ailleurs, cette nécessité est confortée par l'idée que la protection de l'investissement, spécialement économique, est héritée de la justification utilitariste. Comme nous l'avons déjà exprimé, la conception naturaliste de la propriété intellectuelle permet difficilement de justifier une protection du fruit de l'investissement, particulièrement lorsqu'il présente une nature économique. Le propos est surtout vrai, s'agissant de la protection offerte par la propriété littéraire et artistique, quoiqu'il soit possible de voir dans cette technique, une protection d'un investissement intellectuel. En revanche, à se placer sous l'angle de l'approche utilitariste de la justification du droit, la protection de l'investissement apparaît alors plus accessible. En effet, ce n'est pas spécialement la récompense de l'apport humain qui justifie véritablement ici la réservation, mais plutôt l'utilité sociale de cet objet et de sa réservation. On se détache donc de la philosophie humaniste. Le droit de réservation sur un objet est utile, s'il contribue à inciter les acteurs à créer de nouveaux objets au bénéfice de la Société et de l'intérêt général. Le fondement utilitariste de la propriété intellectuelle s'avère plus intéressant pour y introduire l'investissement et légitimer sa protection. Il permet d'accueillir un plus grand nombre d'objets de protection, en considération notamment de leur source qu'est l'opération d'investissement. En effet, la démarche utilitariste peut appréhender plus aisément et largement les résultats

d'investissements intellectuel et financier combinés. Il en est de même s'agissant des résultats ne tenant leur existence que d'un investissement économique plus important, par rapport à un investissement intellectuel s'avérant marginal.

150. Stimuler et inciter à l'investissement grâce au fondement utilitariste. Dans l'approche utilitariste, l'octroi d'un droit exclusif sur le résultat d'investissement se justifie par son effet d'incitation à la création. Tout en privatisant le résultat d'investissement pour un temps, l'ordre juridique permet de garantir, dans une certaine mesure, sa rentabilité. Agissant comme un stimulant, il permet d'inciter à la production d'objets immatériels porteurs de progrès, au bénéfice de la société²⁷⁰. Le droit de la propriété intellectuelle agirait comme un catalyseur de l'investissement créatif, pour satisfaire le bien-être collectif, de telle sorte qu'un sous-investissement soit évité²⁷¹. Tirant sa légitimité de son efficacité économique²⁷², il aurait alors une fonction d'incitation à la fois, culturelle, sociale et économique²⁷³.

151. Vers l'autonomie du fondement de l'investissement en tant que tel. L'objectif d'incitation à l'investissement dans la création, par le biais de la technique du droit de propriété intellectuelle, revêt un impact considérable. L'utilisation de cette technique pour protéger l'investissement, en favorisant et sécurisant le retour sur investissement attendu, aboutit à se demander si l'investissement n'est pas devenu un fondement autonome et transversal de l'ensemble des droits de propriété intellectuelle²⁷⁴.

2) L'investissement, fondement autonome de la propriété intellectuelle

152. Autonomisation de la protection de l'investissement comme fondement des droits de propriété intellectuelle. L'investissement, en tant que nouvelle justification de l'existence des droits de propriété intellectuelle, peut sembler se détacher progressivement de l'approche utilitariste en ayant permis l'émergence. Il en ressortirait une forme d'autonomisation du fondement de l'investissement, de celui de l'utilitarisme. L'idée est suggérée en doctrine. Elle tend même à être dénoncée par des jugements critiques. Ainsi, Monsieur le Professeur Frédéric Pollaud-Dulian relève qu'aux côtés de la doctrine de la récompense et du jusnaturalisme, un

²⁷⁰ GRUNDELER (G.), *op. cit.*, p. 302, n° 282 : « Or dans un système où le droit de la propriété intellectuelle est envisagé comme une technique d'incitation, il est normal que la considération de l'effort ou de l'investissement occupe une place importante ».

²⁷¹ BENGHOZI (P.-J.) et PARIS (Th.), *loc. cit.*, spé. p. 19.

²⁷² BEHAMOU (F.) et FARCHY (J.), *Droit d'auteur et copyright*, Coll. Repères, Paris : La Découverte, 2014, p. 24, selon une conception utilitariste : « la propriété intellectuelle tire sa légitimité de son efficacité économique », cf. égal. p. 27 et s. sur « les vertus incitatives de la propriété intellectuelle ».

²⁷³ GEIGER (Ch.), *op. cit.*, p. 34-35, n° 29, cf. égal. la note n° 1, et p. 42, n° 36.

²⁷⁴ *Ibid.* : « L'investissement est donc devenu, dans une logique économique utilitariste, une nouvelle justification du droit ».

nouveau fondement lié à l'investissement semble émerger pour justifier les droits de propriété intellectuelle²⁷⁵.

153. L'hypothèse de l'investissement en tant que nouveau paradigme de la propriété intellectuelle. La formule de « changement de paradigme » est employée par la doctrine afin d'évoquer des mutations dans la philosophie de la propriété intellectuelle²⁷⁶, et plus spécifiquement dans celle du droit d'auteur²⁷⁷. Elle indique le déplacement du centre de gravité des dispositifs juridiques concernés, notamment vers une prise en compte accrue de l'investissement. Ce dernier se retrouve ainsi mis au centre du système, selon des objectifs sociaux, culturels et économiques d'incitation. Du point de vue des intérêts de l'investisseur, puis de ceux de la Société, l'objectif visé est bien celui de favoriser la rentabilité de l'opération. Comme l'explique Madame la Professeure Mireille Buydens, « le return on investment se voit ainsi promu au titre de fondement ultime de la propriété intellectuelle : c'est parce que la bonne rémunération de l'investissement est garantie par un niveau de protection élevé que la création pourra, selon cette théorie, apparaître comme effet second de cette nécessité première »²⁷⁸. « La donne nouvelle est que l'investissement devient, à l'occasion, quelque chose qui est défendu en tant que tel »²⁷⁹. Pourtant, cette évolution pressentie n'est pas dénuée de risque pour la préservation de l'équilibre des intérêts des acteurs du secteur.

154. Limites de l'autonomie du nouveau paradigme. L'idée de détachement vis-à-vis de l'approche utilitariste pourrait se manifester dans le caractère discutable, et discuté, de l'effet incitatif attribué aux droits de propriété intellectuelle dans l'émergence de résultats d'investissement, en termes de bien-être collectif. En effet, il est possible de se demander si, à reconnaître l'investissement comme un fondement et une finalité autonome du droit, on n'en oublierait pas pour autant l'objectif de maximisation du bien-être collectif. Par ailleurs, l'emploi en doctrine de la formule exprimant un « changement de paradigme » en propriété

²⁷⁵ POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, La propriété industrielle, op. cit.*, p. 5, n° 11 : « Il faut signaler qu'une troisième conception se fait jour dans la période contemporaine, qui consiste à justifier la reconnaissance de droits exclusifs non plus en avançant la nécessité de les protéger pour encourager, récompenser ou simplement reconnaître l'invention ou la création ou l'occupation active des signes, c'est-à-dire un rapport technique, créatif ou commercial, mais pour protéger l'investissement ».

²⁷⁶ Cf. not. VIVANT (M.), « Propriété intellectuelle et nouvelles technologies, à la recherche d'un nouveau paradigme » in MICHAUD (Y.) (dir.), *Qu'est-ce que les technologies, volume 5, Université de tous les savoirs*, Paris : Éditions Odile Jacob, 2001, p. 201.

²⁷⁷ DIETZ (A.), « Mutation du droit d'auteur : changement de paradigme en matière de droit d'auteur », *loc. cit.*, p. 61-62.

²⁷⁸ BUYDENS (M.), « Remèdes à la privatisation de l'information par la propriété industrielle : le domaine technique », *RIDE* 2006/4, p. 433, spé. p. 444 et s., n° 2.3.1, spé. p. 446.

²⁷⁹ GAUDRAT (Ph.) et VIVANT (M.), « Marchandisation », *loc. cit.*, spé. p. 40, n° 14, et, p. 40, n° 15 : « L'investissement est même parfois affiché comme valeur à défendre. Cela va de la lutte contre le parasitisme à la reconnaissance du droit sui generis sur les bases de données ».

intellectuelle, est bien souvent accompagné d'un regard critique, présentant les conséquences et les limites d'un tel renversement. Il est ainsi parfois regretté que le paradigme de la propriété intellectuelle ait évolué voire, radicalement changé, au profit d'une protection de l'investissement en tant que tel²⁸⁰, sans qu'il ait été pensé de façon suffisante²⁸¹. Il pourrait en ressortir des incohérences du système et des déséquilibres entre les intérêts²⁸². En faisant de l'investissement le fondement des droits de propriété intellectuelle, logiquement attribués aux agents économiques du marché que sont les investisseurs, on peut se demander si l'intérêt des tiers est toujours aussi bien pris en compte. En somme, il faut retenir de cette évolution, que l'autonomisation du fondement de l'investissement contribue à justifier la protection privative d'objets n'étant plus, rigoureusement, ni traditionnellement, qualifiables de créations²⁸³. Partant, la propriété intellectuelle ne constituerait plus véritablement un système de réservation des créations intellectuelles. Ces dernières ne sont plus l'objet central autour duquel le droit porte son intérêt. Dès lors, la question se pose de savoir s'il est possible d'« admettre qu'à côté de la source reine des droits de propriété intellectuelle qu'est la création, existe une autre source, la prise de risque »²⁸⁴. Le droit de la propriété intellectuelle protecteur de l'investissement s'efforce, en effet, de sécuriser le risque. L'interrogation se pose tant en propriété littéraire et artistique, qu'en propriété industrielle. Le changement est néanmoins beaucoup plus flagrant dans la première des branches de la propriété intellectuelle, la seconde étant déjà de plus longue date interprétée comme un mécanisme de protection de l'investissement.

155. Importation dans le futur d'un mécanisme du passé. L'idée ne semble toutefois pas si nouvelle²⁸⁵, ni révolutionnaire que cela. En effet, au temps des privilèges royaux sous l'Ancien Régime, ceux-ci étaient octroyés en considération d'une volonté de permettre la rentabilité des investissements consentis par l'éditeur, ou par l'entrepreneur dans sa fonction de

²⁸⁰ GALLOUX (J.-Ch.), « Qu'est-ce que la propriété intellectuelle ? », *loc. cit.*, spé. p. 212 : « [...] Certains auteurs ont regimbé devant cette profanation du sanctuaire de la création que devrait figurer le droit de la propriété intellectuelle ».

²⁸¹ GRUNDELER (G.), *op. cit.*, p. 213, n° 291 : « Paradoxalement, bien qu'il soit présenté comme la « clé de voûte du système », l'investissement n'a pas été érigé par le législateur en critère d'attribution de ces droits exclusifs ».

²⁸² Cf. *infra*, n° 651 et s.

²⁸³ En matière de droit d'auteur POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, Le droit d'auteur, op. cit.*, p. 59, n° 49 : « Tendances à l'extension des droits privatifs », spé. p. 87, n° 91, p. 92, n° 97, et p. 94, n° 98 : « [...] le droit d'auteur serait, en quelque sorte, une « voiture-balai » permettant de protéger, non plus la création mais l'investissement immatériel. En même temps, s'est développé un courant selon lequel tout investissement peut et doit faire l'objet d'un droit privatif, dès lors qu'il recèle une valeur économique : tout ce qui vaut d'être copié mériterait, ipso facto, de faire l'objet d'un droit privatif » (nous soulignons).

²⁸⁴ BARBIER (H.), *op. cit.*, p. 513, n° 589.

²⁸⁵ GEIGER (Ch.), *op. cit.*, p. 270, n° 313 : « [...] l'investissement est présent depuis toujours au sein de la matière [...] ».

diffusion d'une création²⁸⁶. Cette logique semble aujourd'hui revenir sur le devant de la scène, si ce n'est que le législateur substitue à un acte arbitraire de volonté du Roi, une prérogative de nature privative, un droit légitimé, car issu de la loi. Enfin, cette logique pourrait bien à l'avenir constituer l'élément fédérateur de la catégorie des propriétés intellectuelles. L'hypothèse restera à vérifier précisément par un examen technique du droit positif.

²⁸⁶ Cf. STROWEL (A.), *op. cit.*, p. 83 et s. n° 61 et s.

Conclusion du Chapitre 1

156. À l'aune de ce premier chapitre, nous nous demandions quelle était la place de l'investissement et de sa protection dans le droit de la propriété intellectuelle. Il s'agissait d'esquisser des réponses aux questions de savoir en quoi, et pourquoi, la protection de l'investissement se trouve à la fois en dehors et dans le droit de la propriété intellectuelle. Les recherches auront permis de constater que selon une conception classique de la matière, elle s'intéresse fondamentalement à la création intellectuelle, considérée comme activité et comme son résultat. Elle exclut ainsi logiquement aux portes de la discipline, mais seulement *a priori*, l'appréhension et le traitement des intérêts des investisseurs à la création d'objets immatériels présentant une valeur économique. La conception traditionnellement humaniste de la matière, dans sa globalité, mène à ce constat. Cependant, force est de souligner que l'ensemble des droits de propriété intellectuelle n'est pas dénué d'un souci d'appréhension de l'investissement dans la création. Ces deux derniers termes peuvent, en prenant une certaine hauteur, être confondus dans les réalités qu'ils désignent. La difficulté d'identification de la place de l'investissement au sein du droit de propriété intellectuelle semble alors imputable au fait que coexistent différents fondements, justifiant l'existence des droits exclusifs. Néanmoins, malgré le paradoxe dans la place qu'occupe l'investissement en propriété intellectuelle, nous avons pu constater que certains facteurs et arguments poussaient à envisager qu'il tient bel et bien une place non négligeable, et ce, de façon transversale, dans les deux branches du droit de la propriété intellectuelle. L'investissement, en tant que fondement et finalité du droit, de même qu'objet des prérogatives instituées, est en train d'émerger, si ce ne l'est déjà. À ce titre, il est possible de se demander s'il n'est pas un critère pouvant contribuer à l'unité de la discipline. Le propos gagnerait d'autant plus en pertinence, à découvrir que la protection de l'investissement est progressivement révélée, à mesure de l'évolution du droit positif de la propriété intellectuelle.

Chapitre 2 – La révélation de la protection

157. La révélation de la protection dans sa dimension objective. À rebours d'une conception traditionnelle de la propriété intellectuelle s'intéressant principalement au régime juridique d'appropriation d'une création intellectuelle, une conception actualisée s'est développée. Elle repose sur la volonté plus affirmée de sécuriser, par un droit subjectif de propriété intellectuelle, un investissement intellectuel et/ou financier en tant que tel. Le souci de rentabilité de l'opération d'investissement est ainsi protégé au travers de la réservation privative de son résultat. Il influe alors sur les critères traditionnels de protection d'un objet par les droits de propriété intellectuelle. Le résultat d'investissement en vient à être protégé plus ou moins explicitement en tant que tel. Il s'agit ainsi de rechercher de quelle manière le droit de la propriété intellectuelle tend à reconnaître le résultat d'investissement comme objet dissimulé ou avéré des droits subjectifs.

158. La révélation de la protection dans sa dimension subjective. En tant que droits subjectifs, permettant la protection juridique d'un intérêt, les droits de propriété intellectuelle reconnaissent au bénéfice de sujets de droits des prérogatives sur un objet de droit²⁸⁷. La protection de l'intérêt de l'investisseur passe non seulement par la réservation du résultat, mais également par l'assurance qu'il sera titulaire du droit subjectif. À cet effet, les règles traditionnelles de titularité des droits de propriété intellectuelle tendent à être aménagées. Il s'agit d'identifier de quelle façon l'investisseur est reconnu, plus ou moins directement, titulaire du droit de réservation.

159. Plan. L'enjeu est de démontrer que le droit de la propriété intellectuelle, par différentes techniques, tend à offrir progressivement en son sein une place accrue à l'investissement et sa protection. La révélation de la protection s'illustre à l'étude de l'approche objective de la protection de l'investissement (**Section 1**), ainsi qu'à celle de l'approche subjective (**Section 2**).

Section 1 – L'approche objective de la protection

160. Le résultat d'investissement, objet de droits de propriété intellectuelle : entre extension et création de catégories. De nombreuses valeurs issues de processus d'investissement, et non encore réservées par un droit de propriété intellectuelle, aspirent à

²⁸⁷ L'opportunité du recours à un droit subjectif de nature réelle – privatif – pour protéger l'investissement ne fera pas l'objet de développements dans ce présent chapitre. Les aspects techniques de ce type de prérogative et leurs applications à la défense de l'investissement seront alors examinés plus loin, pour juger de leur efficacité et opportunité. Cf. *infra*, n° 288 et s.

l'être. Cependant, les critères des catégories existantes ne sont pas toujours adaptés, ni pensés pour intégrer ces potentiels nouveaux objets de droit, appréhendables en tant que résultats d'investissements. Petit à petit, l'investissement s'immisce toutefois dans la propriété intellectuelle, au travers de l'identité des objets des prérogatives instituées. Cette immixtion s'affiche soit de façon dissimulée, soit de façon nettement plus franche²⁸⁸. Elle implique dès lors une évolution des critères des catégories traditionnelles de la propriété intellectuelle, ou la création de nouvelles catégories. Afin d'accueillir la protection de valeurs frappant à la porte de la propriété intellectuelle, il existe en effet, techniquement, deux solutions²⁸⁹. L'une comme l'autre revient à étendre le champ de la protection du droit de la propriété intellectuelle, sur un motif de prise en compte du souci de rentabiliser l'investissement qu'a nécessité ces valeurs. L'enjeu est de démontrer de quelle manière l'opération d'investissement, et le résultat auquel elle donne lieu, sont progressivement appréhendés en tant que tels par le droit de la propriété intellectuelle, pour être reconnus comme objet des prérogatives. Il s'agit ainsi de traiter de l'approche objective de la protection, en considération de l'objet du droit.

161. Plan. Une telle démarche peut être analysée, d'une part, au travers une prise en compte de l'investissement grâce à la déformation des conditions de protection d'un objet par un droit de propriété intellectuelle²⁹⁰(I). D'autre part, elle peut l'être par l'examen de la consécration de nouveaux droits de propriété intellectuelle protégeant l'investissement par la réservation de son résultat (II).

I. La déformation des conditions de protection

162. Assouplissement des critères d'intégration des catégories traditionnelles. L'existence d'un mouvement d'objectivisation des critères d'intégration des catégories juridiques de la propriété intellectuelle révèle une prise en charge d'une forme d'investissement²⁹¹. En objectivant les conditions de protection d'un résultat, le droit laisse entrer l'investissement dans la propriété intellectuelle. Ce mouvement est conduit par le

²⁸⁸ TILLOY (C.), *loc. cit.*, p. 150, n° 30.

²⁸⁹ Il est régulier en la matière de présenter les méthodes d'appréhension d'un nouvel objet appelant une protection, d'une part, par l'intégration de celui-ci dans les catégories juridiques existantes et, d'autre part, par la création de nouvelles catégories consacrées. Pour des exemples de cette démarche employée en doctrine, cf. not. : MARINO (L.), *op. cit.*, p. 30, n° 14 ; MACREZ (F.), *op. cit.*, p. 173, n° 195 ; GRUNDELER (G.), *op. cit.*, p. 295, n° 277, spé. p. 297.

²⁹⁰ Mais aussi, parfois, sous la forme d'une extension de la protection par l'octroi d'un titre complémentaire, comme c'est le cas concernant les certificats complémentaires de protection pour les médicaments et les produits phytopharmaceutiques, à ce sujet, cf. *infra*, n° 215.

²⁹¹ GRUNDELER (G.), *op. cit.*, p. 302-303, n° 282 : « [...] Le critère de l'investissement est plus objectif et il est donc d'une mise en œuvre plus aisée ».

législateur et la jurisprudence, sous la pression des investisseurs eux-mêmes. La dynamique traverse le droit d'auteur et le droit des brevets. Le propos se vérifie s'agissant tant du critère de l'originalité en droit d'auteur (A), que des critères négatifs et positifs de brevetabilité (B).

A. L'évolution du critère d'originalité en droit d'auteur

163. Du critère d'originalité à celui d'investissement. Les objets immatériels fruits d'investissements, représentant des valeurs culturelles, utilitaires ou économiques, aspirent à bénéficier de la protection qu'offre le droit d'auteur en tant que droit exclusif (1). Cependant, les critères traditionnels de protection de ce droit ne cadrent pas très bien avec les caractéristiques de tels objets. Leurs créateurs intellectuel et/ou économique sollicitent néanmoins un droit de réservation privatif sur ces résultats d'investissements, afin de sécuriser le retour attendu de leur exploitation. Ainsi, pour inciter à l'investissement dans la conception de tels objets, le législateur et la jurisprudence aménagent les règles juridiques afin de les faire entrer dans les catégories existantes. Il en va ainsi de l'objectivation de la notion d'originalité (2).

1) Des résultats d'investissement(s) aspirant à la protection du droit d'auteur

164. Des résultats d'investissement aux profils variés. Le critère jurisprudentiel de l'originalité, tel qu'envisagé dans sa conception classique subjective, est assez satisfaisant pour protéger des créations de nature esthétique, littéraire et artistique. Il semble l'être beaucoup moins concernant les autres créations, et particulièrement celles qui présentent un aspect davantage utilitaire ou technique. Ces dernières tendent à ne devoir leur existence, qu'à une part d'investissement intellectuel moindre d'un créateur. Elles découlent sans doute davantage d'une part importante d'investissement économique. En effet, certaines de ces créations nécessitent, en plus d'un investissement intellectuel, une part d'investissement financier plus considérable.

165. Incitation à la production de résultats d'investissements. Dans le but de rentabiliser son investissement, l'un ou l'autre des investisseurs intellectuel ou financier entend bénéficier du droit exclusif. Afin de ne pas démotiver les investisseurs s'engageant dans la production de tels objets, le droit est conduit à aménager les conditions de protection du droit d'auteur²⁹². Ce

²⁹² TILLOY (C.), *loc. cit.*, p. 153, n° 36, reconnaissant que l'exemple de l'inclusion du logiciel dans le champ de la protection du droit d'auteur « exprime avec force la volonté du législateur de protéger les investissements qu'exige la conception de certains biens ».

dernier apparaît en effet pour les investisseurs comme un moyen de sécuriser un minimum les retours qu'ils attendent de leurs apports.

166. L'accueil de nouveaux résultats d'investissements au sein du droit d'auteur. Au cours des dernières décennies, des créations immatérielles, résultats d'investissements, ont intégré la catégorie des œuvres de l'esprit. Cette intégration a nécessité une modulation de l'appréciation du critère d'originalité par la jurisprudence. Par exemple, dans la période suivant celle de l'intégration artificielle, et pour des raisons d'opportunité²⁹³, du logiciel dans la liste des œuvres de l'esprit par la loi du 3 juillet 1985²⁹⁴, la jurisprudence a eu à interpréter la notion d'originalité. La conception de cette dernière a ainsi évolué dans une dimension nettement plus objective. Il en est allé de la même logique concernant la possibilité d'une protection d'une base de données par le droit d'auteur²⁹⁵. Aussi, l'abaissement du seuil de protection par l'interprétation de la notion d'originalité a abouti à intégrer dans le champ du droit d'auteur, entre autres, des créations utilitaires regroupées autour de l'expression de « petite monnaie du droit d'auteur »²⁹⁶. Si ces objets, résultats d'investissements, sont aujourd'hui réservés au titre du droit d'auteur, d'autres patientent encore dans l'antichambre pour intégrer le champ de la protection. Il en va ainsi, par exemple, des œuvres olfactive ou culinaire, considérées jusqu'à présent comme des savoir-faire insusceptibles d'appropriation²⁹⁷.

²⁹³ MACREZ (F.), *op. cit.*, p. 61, n° 60, et p. 74, n° 76 ; LEMARCHAND (S.), FRÉGET (O.) et SARDAIN (F.), *loc. cit.*, spé. p. 12, n° 10.

²⁹⁴ MACREZ (F.), *op. cit.*, p. 185, n° 216 et p. 197, n° 237 et s. ; LUCAS (A.), DEVÈZE (J.) et FRAYSINNET (J.), *Droit de l'informatique et de l'internet*, Coll. Thémis droit privé, Paris : PUF Droit, 2001, p. 303, n° 511 : « *Le choix d'un droit privatif s'est imposé d'emblée, comme étant la seule solution efficace contre la piraterie et le parasitisme dans un secteur où les investissements sont énormes et la copie très facile* », et p. 312, n° 520, qualifiant le droit d'auteur de « *protection de rempli* » ; GAUDRAT (Ph.), « La protection des logiciels [...] », *loc. cit.*, p. 181.

²⁹⁵ LUCAS (A.), DEVÈZE (J.) et FRAYSINNET (J.), *op. cit.*, p. 357-359, n° 584 ; MACREZ (F.), *op. cit.*, p. 61, n° 62.

²⁹⁶ LUCAS (A. et H.-J.) et LUCAS-SCHLOETTER (A.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., Paris : Litec, 2012, p. 121, n° 113, sur « *l'originalité de la petite monnaie* » ; LUCAS (A. et H.-J.) et LUCAS-SCHLOETTER (A.), *op. cit.*, 3^e éd., Paris : LexisNexis, 2006, p. 75, n° 83, précisant que sous l'appellation de « *petite monnaie* », surtout utilisée dans la doctrine allemande, « *l'on entend des œuvres du langage de caractère technique et des compilations utilitaires dans lesquelles la marque de la personnalité de l'auteur n'est pas évidente* » ; LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *op. cit.*, 5^e éd., spé. p. 130, n° 113 ; SIIRIAINEN (F.), « Le droit d'auteur à l'épreuve de sa dimension économique : livres propos sur le droit d'auteur économique », in *Mélanges en l'honneur du Professeur André LUCAS*, Paris : LexisNexis, 2014, p. 673, spé. p. 676, sur le décalage de la conception personnaliste du droit d'auteur par rapport à la réalité du terrain, et sur l'emploi de l'expression en question.

²⁹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 13 juin 2006, n° 02-44.718 : *Bull. civ. I*, n° 307 ; *D.* 2006, p. 2470, note EDELMAN (B.), et p. 2991, obs. SIRINELLI (P.) ; *RTD com.* 2006, p. 587, obs. POLLAUD-DULIAN (F.) ; *JCP G* 2006, I, 162, n° 5, obs. CARON (Ch.), et II, 10138, note POLLAUD-DULIAN (F.) ; *CCE* 2006, Comm. 119, note CARON (Ch.) ; *Prop. Ind.* 2006, Comm. 82, note SCHMIDT-SZALEWSKI (J.) ; *Gaz. Pal.* 2006, jur. p. 2555, note LESUEUR (J.), et p. 3315, note TELLIER-LONIEWSKI (L.) et MAURIELLO (P.) ; *PI* 2006, n° 21, p. 442, obs. LUCAS (A.), et n° 24, p. 367, obs. VIVANT (M.) ; *RLDI* 2006/18, n° 522, note HUMBLLOT (B.) ; *RIDA* avr. 2006, n° 208, p. 209, note KEREVER (A.), et oct. 2006, n° 210, p. 207, obs. SIRINELLI (P.).

2) La réponse du droit par l'objectivation de l'originalité

167. Le nécessaire abaissement du seuil de protection : de la subjectivité à l'objectivité de l'originalité²⁹⁸. Afin de faire bénéficier des résultats d'investissement ne répondant pas aux conditions classiques, de la protection du droit d'auteur²⁹⁹, la condition majeure d'application a dû être interprétée à l'aune des caractéristiques de ces nouveaux objets. La notion d'originalité a ainsi subi différentes évolutions dans son interprétation³⁰⁰. Chacune d'entre elles s'applique selon les caractéristiques de l'objet sollicitant la protection par le droit d'auteur. L'évolution dans l'interprétation de la notion d'originalité, pierre angulaire du système du droit d'auteur, oblige à constater qu'elle passe d'une conception subjective à objective. Cette digression dans le degré de subjectivité se ressent dans les différentes approches de la notion, utilisées dans la jurisprudence française et dans celle de l'Union Européenne.

168. L'empreinte de la personnalité de l'auteur. L'originalité est ici caractérisée lorsque la création intellectuelle en question porte, selon la formule traditionnelle consacrée, « l'empreinte de la personnalité de l'auteur ». Cette conception est bien sûr dérivée de la justification personnaliste du droit d'auteur. Le droit exclusif sur la création est justifié parce que cette dernière émane de la personnalité de son auteur. En conséquence, l'aspect subjectif de la notion permet d'exclure de la protection du droit d'auteur, des créations simplement nouvelles ou banales, des idées, des informations ne témoignant pas d'une forme d'expression originale. Il ne s'agit bientôt plus d'apporter sa personnalité dans une création, mais seulement son intellect.

169. La marque d'un apport intellectuel. La subjectivité traditionnellement retenue pour caractériser l'originalité d'une œuvre a commencé à s'éroder lorsqu'il s'agissait de protéger des créations utilitaires, ou à vocation plus industrielles. Celles-ci ne présentent que peu de lien avec la personnalité de leur auteur³⁰¹, d'où la nécessité d'interpréter différemment la condition d'originalité, si l'on entend offrir la protection à de tels objets. La jurisprudence a alors permis une telle protection en se contentant, pour caractériser l'originalité, de la preuve d'une trace d'apport intellectuel de l'auteur dans l'œuvre³⁰², procédant d'un travail, d'un effort.

²⁹⁸ GEIGER (Ch.), *op. cit.*, p. 291, n° 332 et s., spé. p. 333.

²⁹⁹ LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *op. cit.*, p. 67, n° 47 et s., sur les conditions de protection du droit d'auteur.

³⁰⁰ MARINO (L.), *op. cit.*, p. 180, n° 83 et s.

³⁰¹ LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *op. cit.*, p. 130, n° 113.

³⁰² GAUDRAT (Ph.) et SARDAIN (F.), *op. cit.*, p. 675, n° 1098 : « Il ne faut pas se dissimuler toutefois que, au-delà des discussions savantes, souvent absconses, l'apport intellectuel ne fut développé, en France, que pour rendre le critère du droit d'auteur apte à saisir un investissement économique s'étant concrétisé dans un produit intellectuel, [...] ».

L'illustration la plus notoire réside sans doute dans l'apport de la décision *Pachot* de la Cour de cassation³⁰³, en matière de protection du logiciel. Une dynamique similaire peut également être identifiée s'agissant des bases de données. Elle repose sur une volonté de protection des investissements consentis dans la conception de ces objets. À ce titre, Monsieur le Professeur Christophe Geiger relève que « l'inclusion du logiciel et des bases de données ainsi que l'accroissement de la place de l'investissement au sein du droit d'auteur ont amené à abaisser un peu plus le seuil de protection, l'originalité pour ces nouvelles créations ayant été redéfinie comme la "marque d'un apport intellectuel" ou "création intellectuelle propre à son auteur" »³⁰⁴. « On observera [...] que substituer l'intellect (qui n'est qu'une composante de la personnalité) à la personnalité toute entière conduit à un abaissement du seuil de protection si l'on s'efforce de donner aux mots leur juste sens »³⁰⁵. Substitué à l'apport en personnalité, l'apport en intelligence est ensuite réduit à une part de celle-ci, à travers l'exigence de simples choix libres et créatifs d'un auteur.

170. Le résultat d'un choix libre et créatif de l'auteur. L'originalité se déduirait d'un choix arbitraire de l'auteur. La jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne a ainsi interprété la notion d'originalité d'une œuvre comme résidant dans « l'expression de la création intellectuelle propre à son auteur », ce dernier exprimant son « esprit créateur » au travers de « choix »³⁰⁶. Elle a réitéré cette interprétation pour le cas d'une œuvre photographique³⁰⁷, en décelant des « choix libres et créatifs » de l'auteur. Elle en a fait de même à propos d'une base de données comportant un calendrier de rencontres de football³⁰⁸. La

³⁰³ Cass. ass. plén., 7 mars 1986, n° 83-10.477, *Pachot* : *Bull. Ass. plén.* n° 3 ; *D.* 1986, p. 406, concl. CABANNES (J.), note EDELMAN (B.) ; *RTD com.* 1986, p. 399, obs. FRANÇON (A.) ; *JCP G* 1986, II, 20631, note MOUSSERON (J.-M.), TEYSSIÉ (B.) et VIVANT (M.) ; *JCP E* 1986, II, 14713 obs. MOUSSERON (J.-M.) ; *RDPI* oct. 1986, n° 3, p. 203, rapp. JONQUERES (J.) ; *RIDA*, juill. 1986, n° 139 p. 134, note LUCAS (A.). Depuis, la jurisprudence s'est prononcée en ce sens à plusieurs reprises, cf. not. Cass. 1^{ère} civ., 22 sept. 2011, n° 09-71.337 : *Légifrance* ; *JCP E* 2012, Chron. 1461, n° 1, obs. SARDAIN (F.) ; Cass. 1^{ère} civ., 17 oct. 2012, n° 11-21.641, *Sté Codix c/ Sté Alix* : *Légifrance* ; *RTD com.* 2012, p. 768, obs. POLLAUD-DULIAN (F.) ; *Gaz. Pal.* 2013, p. 1049, note MARINO (L.) ; *PI* 2013, n° 46, p. 45 obs. LUCAS (A.), et p. 46 obs. BRUGUIÈRE (J.-M.) ; *RLDI* 2012/88, n° 2934 obs. CERVETTI (P.-D.), et n° 2937 obs. COSTES (L.).

³⁰⁴ GEIGER (Ch.), *op. cit.*, p. 291, n° 333.

³⁰⁵ VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 276, n° 274, cf. la suite des propos.

³⁰⁶ CJUE, 16 juill. 2009, C-5/08, *Infopaq* : *D.* 2011, 2164, obs. SIRINELLI (P.) ; *RTD eur.* 2010, 939, chron. obs. TREPPOZ (É.) ; *RTD com.* 2009, p. 715, obs. POLLAUD-DULIAN (F.) et obs. p. 715 ; *JCP G* 2009, 272, note MARINO (L.) ; *Europe* 2009, Comm. 376, note IDOT (L.) ; *CCE* nov. 2009, Comm. 97, note CARON (Ch.) ; *Dr. et patr.* oct. 2009, n° 185, p. 106 obs. VELARDOCCIO (V.) ; *PI* 2009, n° 33, p. 378, obs. BENABOU (V.-L.).

³⁰⁷ CJUE, 1^{er} déc. 2011, C-145/10, *Painer* : *D.* 2012, 471, obs. MARTIAL-BRAZ (N.) ; *RTD com.* 2012, p. 109, et p. 120 note POLLAUD-DULIAN (F.) ; *Légipresse*, n° 292, p. 161, note ANTIPPAS (J.) ; *JCP G* 2012, doct. 978, obs. CARON (Ch.) ; *Dr. et patr.* 2012, n° 218, p. 84, obs. VELARDOCCIO (D.) ; *CCE* mars 2012, Comm. 26, note CARON (Ch.) ; *PI* 2012, n° 42, p. 30, note LUCAS (A.) ; *RLDI* 2012/78, n° 2589 obs. COSTES (L.), et 2012/80, n° 2663 obs. DAHAN (V.) et BOUFFIER (Ch.) ; *RIDA* avr. 2012, n° 232, p. 324, note SIRINELLI (P.).

³⁰⁸ CJUE, 1^{er} mars 2012, C-604/10, *Football Dataco* : *D.* 2012, p. 2836, obs. SIRINELLI (P.) ; *Europe* 2012, Comm. 2019 note IDOT (L.) ; *CCE* 2012, Comm. 47, note CARON (Ch.) ; *Prop. Ind.* juin 2012, Repère 6, obs.

caractérisation de l'originalité, par l'existence d'un choix créatif assumé du créateur, semble également utilisée dans la jurisprudence française³⁰⁹. La loi, elle-même, évoque la protection de bases de données par le droit auteur, les considérant comme œuvres de l'esprit, car elles sont des « créations intellectuelles », « par le choix ou la disposition des matières »³¹⁰. Sous couvert de protéger une création à raison du choix libre et créatif de son auteur, c'est en fait de protection de l'investissement dont il s'agirait. Nous rejoignons ainsi volontiers Monsieur Guillaume Grundeler lorsqu'il souligne, à propos de la protection des bases de données par le droit d'auteur, qu'« on ne peut donc s'empêcher de penser que, de manière inavouée, la considération de l'investissement exposé dans la constitution de la base de données n'est pas indifférente dans l'attribution même d'un droit d'auteur »³¹¹.

171. L'opportunité du fondement naturaliste. Avec ces deux dernières interprétations de l'originalité, ce n'est plus le fondement personnaliste du droit d'auteur qui prévaut, mais plutôt le fondement naturaliste. En effet, si l'œuvre est protégée sans lien avec la personnalité de son auteur, elle l'est ici en considération des efforts et du travail développés par celui-ci. L'originalité tend à être réduite à la simple preuve d'un « effort humain », lequel n'est pas sans rappeler la notion d'« investissement humain et/ou intellectuel ». Comme l'expose Madame la Professeure Mireille Buydens, « l'originalité n'est plus qu'une origine : dès lors que l'œuvre trouve sa source dans un effort humain, la voici déjà arrivée aux portes du Nirvana monopolistique »³¹². Ainsi, tandis que la conception subjective de l'originalité reposerait sur le fondement personnaliste du droit, la conception objectivée reposerait, quant à elle, sur le fondement naturaliste. Pourtant, le fondement utilitariste n'est pas si éloigné.

172. De la protection d'une création intellectuelle à celle d'un simple résultat d'investissement(s). Où se trouve la trace de l'intellect humain dans ces nouveaux objets protégés ? Il s'agit du simple résultat de la mise en œuvre d'une activité humaine, sans

LE STANC (Ch.), et Comm. 75 note LARRIEU (J.) ; *Gaz. Pal.* 2012, jur. p. 2241, note MARINO (L.) ; *PI* 2012, n° 45, p. 421 note BENABOU (V.-L.) ; *RLDI* 2012/81, n° 2710 obs. TREZEGUET (M.), et 2012/82, n° 2733, obs. CASTETS-RENARD (C.) ; *RIDA* avr. 2012 ; n° 232, p. 336, note SIRINELLI (P.).

³⁰⁹ Cass. 1^{ère} civ., 13 nov. 2008, n° 06-19.021, *Paradis* : *Bull. civ.* I, n° 258 ; *D.* 2009, p. 266, note TREPPOZ (E.), et p. 263, note EDELMAN (B.), et 2008, p. 2933, obs. DALEAU (J.) ; *RTD com.* 2009, p. 121, obs. POLLAUD-DULIAN (F.) ; *Jurisart* mars 2015, n° 22, p. 25, obs. PIERRAT (E.) et LEMARCHAND (C.) ; *JCP G* 2008, II, 10 204, note LOISEAU (G.) ; *CCE* 2009, Comm. 1, note CARON (Ch.), et Étude 20, obs. CAUVIN (M.) ; *Dr. et patr.* oct. 2009, n° 185, jur., p. 115, obs. VELARDOCCIO (V.) ; *PI* 2009, n° 31, p. 157, obs. BRUGUIÈRE (J.-M.) ; *RLDI* 2009/45, n° 1473, note GALEN (D.), et 2009/47, n° 1534, note WALRAVENS (N.), et 2009/48, n° 1564, note TRICOIRE (E.) ; *RIDA* 2009, n° 219, p. 194, chron. SIRINELLI (P.).

³¹⁰ Art. L112-3 CPI ; cf. égal., art. 3 §1 de la Direct. n° 96/9/CE du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données (*JOCE* n° L77, 27 mars 1996) : « les bases de données qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent une création intellectuelle propre à leur auteur sont protégées comme tel par le droit d'auteur ».

³¹¹ GRUNDELER (G.), *op. cit.*, p. 302, n° 281.

³¹² BUYDENS (M.), *La propriété intellectuelle, op. cit.*, p. 470.

plus-value exceptionnelle. On passe dans ce cadre d'une protection conditionnée par la marque, dans l'œuvre, de la personnalité de l'auteur, à une protection fondée sur la simple exigence d'un apport intellectuel ou d'un choix effectué par le créateur. Cette évolution aboutit à protéger des résultats d'investissement ne reflétant pas nécessairement la personnalité de leur créateur. Le constat n'est pas surprenant, puisqu'il ne s'agit pas strictement de créations, mais davantage de fruits d'efforts, d'investissements financiers, plus qu'intellectuels. À ce titre, Monsieur Guillaume Grundeler juge « la référence à l'effort [...] intéressante parce qu'elle montre le déplacement de la focalisation, de l'œuvre elle-même, vers sa genèse : l'investissement nécessaire à sa production »³¹³.

173. De l'abaissement du seuil de protection à la privatisation de l'information. L'objet de la protection du droit d'auteur n'est plus tant une forme d'expression d'une idée ou d'une information : c'est l'idée ou l'information elle-même. L'observation s'inscrit dans le cadre d'un mouvement de « privatisation de l'information » par le droit de la propriété littéraire et artistique³¹⁴. De technique de protection d'une « forme », le droit d'auteur est susceptible de devenir ou d'être devenu une technique de verrouillage de l'accès, au fond, de l'information. En abaissant le seuil de protection du droit d'auteur, par le glissement d'une conception subjective à objective de l'originalité, on se retrouve face à une protection d'informations— par ce droit³¹⁵. Selon une telle dynamique, il est possible de se demander si l'originalité n'aboutira pas à être caractérisée par le simple fait que l'objet ayant vocation à être protégé ne résulte pas d'une « copie »³¹⁶.

174. En définitive, que l'on s'en félicite ou qu'on le déplore, on remarquera que l'abaissement du seuil de protection du droit d'auteur, au travers de l'évolution de la conception de l'originalité³¹⁷, a été motivé, et a eu pour cause, plutôt officieusement, de permettre la protection des investissements engagés pour produire les objets protégés³¹⁸. Il s'agit d'inclure,

³¹³ GRUNDELER (G.), *op. cit.*, p. 299, n° 281, présentant notamment ce constat en ce qui concerne la protection des images satellites par le droit d'auteur : « Si l'image est qualifiée d'originale, c'est parce qu'elle est le fruit d'un investissement important ».

³¹⁴ Sur le mouvement de privatisation de l'information par le droit d'auteur, GEIGER (Ch.), « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle, Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique ? », *loc. cit.*, p. 389.

³¹⁵ Cf. LEMARCHAND (S.), FRÉGET (O.) et SARDAIN (F.), *op. cit.*, spé. p. 14, n° 12 et p. 15, n° 27.

³¹⁶ LUCAS (A. et H.-J.) et LUCAS-SCHLOETTER (A.), *op. cit.*, 3^e éd., p. 85, n° 98.

³¹⁷ LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *op. cit.*, spé. p. 141, n° 119, pour un bilan sur la définition subjective de l'originalité.

³¹⁸ LUCAS (A. et H.-J.) et LUCAS-SCHLOETTER (A.), *op. cit.*, 4^e éd., p. 86, n° 99, évoquant la fonction de faveur à la protection de l'investissement de l'abaissement du seuil de protection du droit d'auteur par l'objectivisation de la notion d'originalité : « Le souci de rentabiliser des investissements conduit évidemment à abaisser le seuil minimum de créativité [...] » et p. 87, n° 99 ; LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *op. cit.*, p. 162, n° 142 : « l'obsession de la rémunération de l'investissement a conduit à étendre trop loin le champ d'application du droit d'auteur [...] » ; LEMARCHAND (S.), FRÉGET (O.) et SARDAIN (F.),

sans l'afficher trop ostensiblement, la protection de l'investissement économique dans le giron du droit d'auteur. Ce dernier ne sera alors plus véritablement un droit sur une création attribué à son auteur, mais un droit sur un résultat d'investissement(s), considéré plus ou moins en tant que tel, et attribué au financeur. L'extension du champ de la protection du droit d'auteur, par un abaissement du critère d'originalité tendant à accueillir l'investissement peut, par ailleurs, être décelée en matière de droit du brevet.

B. L'évolution des conditions de brevetabilité et du champ de la protection

175. De la brevetabilité d'une invention à celle d'un résultat d'investissement. La propriété industrielle est beaucoup plus volontiers, que la propriété littéraire et artistique, présentée comme une technique de protection de l'investissement. Elle y incite, en favorisant la perception par l'investisseur du retour attendu de l'opération³¹⁹. Le propos peut être illustré au travers de l'analyse du droit des brevets³²⁰. Si celui-ci a pu être présenté comme une technique de protection de l'investissement, il faut tout de même mentionner l'évolution des critères de protection, depuis ces dernières décennies. Elle tend à mettre davantage en lumière l'objectif. Ainsi, par exemple, l'assouplissement de la frontière entre les notions d'« invention » et de « découverte », renverrait à la possibilité d'une protection d'un résultat d'investissement presque en tant que tel (1). En outre, l'évolution des critères positifs de brevetabilité d'une invention traduit aussi un souci de protection d'un résultat d'investissement présentant une nature technique (2).

1) De la protection d'une invention à celle d'une découverte

176. Impact du progrès en matière technique. À l'instar du constat en matière de droit d'auteur et dans une démarche incitative, le droit tend à accueillir des résultats d'investissement de types inventions techniques dans le champ de la protection du droit des brevets³²¹. Pour être protégés en tant que résultats d'investissement(s), ces nouveaux objets doivent être en mesure

loc. cit., spé. p. 15, n° 27 : « L'affaiblissement du critère de protection, qui confond désormais la notion de création, au sens fort du terme, avec celles d'effort et d'investissement permet ainsi d'élargir l'assiette de protection traditionnelle du droit d'auteur ».

³¹⁹ Sur la fonction de protection de l'investissement du droit des marques, voir not. GRUNDELER (G.), *op. cit.*, p. 303, n° 283 et s., spé. p. 308, n° 287.

³²⁰ Nous ne nous intéresserons ici qu'au droit français interne.

³²¹ SCHMIDT-SZALEWSKI (J.), « La notion d'invention face aux développements technologiques », in FRISON-ROCHE (M.-A.) et ABELLO (A.) (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 243.

de répondre aux critères d'intégrations des catégories juridiques préexistantes. En matière de brevet, ces critères subordonnent la protection aux caractères que doit présenter une invention. Très logiquement, pour faire l'objet d'un brevet, une invention, que nous qualifions également de résultat d'investissement, doit être brevetable. Or, les caractères des objets nouveaux, ainsi que leurs origines, liés à l'investissement, n'entrent pas nécessairement dans les critères existants. À ce titre, ces derniers auraient vocation à être aménagés pour protéger des résultats d'investissement exclus jusqu'alors du champ de la protection. L'hypothèse peut être étudiée à partir de l'évolution de la possibilité de brevetabilité d'une découverte. Il ne suffit pas de préciser qu'une invention est brevetable, dès lors qu'elle remplit les conditions requises. Encore faut-il d'abord s'intéresser à la qualification même d'invention.

177. Invention et découverte. Le brevet protège une invention, et non une découverte³²². La loi dispose *a priori* qu'une découverte ne saurait constituer une invention. Si la frontière entre les deux notions est brouillée, il en découle que le brevet pourrait en arriver à protéger une découverte, à l'encontre de la règle en la matière³²³. Tel est pourtant, semble-t-il, ce qui se passe notamment dans le domaine des biotechnologies et des nanotechnologies. La distinction entre découverte et invention est délicate, quand l'objet aspirant à la brevetabilité porte sur le domaine vivant, sur une chose présente à l'état naturel tel que, l'Homme, l'animal, le végétal. Il semble que la frontière entre l'invention et la découverte ait pu être amenée à s'atténuer, le périmètre de la définition de la notion d'invention s'en trouvant potentiellement repoussé.

178. Enjeu de la distinction vis-à-vis de l'investissement. L'intérêt des liens pouvant être établis entre invention et découverte tient à la recherche de l'impact du processus l'investissement dans la conception de tels objets immatériels, sur le régime juridique de réservation par le brevet. Pourquoi évoquer la distinction entre ces notions ? Chacune d'elle requiert des investissements pour son existence, sa mise au point, sa connaissance, que leurs auteurs entendent rentabiliser par le monopole, notamment celui conféré par le brevet. Il est associé au brevet une fonction de protection de la rentabilité des investissements consentis en vue de la naissance de l'invention. Or, une découverte dans le domaine de la technique, est elle-même susceptible de découler d'investissements, dont les auteurs aspirent à la protection. Ce faisant, les auteurs de découvertes, qualifiables de résultats d'investissements, aspirent

³²² AZÉMA (J.) et GALLOUX (J.-Ch.), *op. cit.*, p. 148, n° 217 et s. ; GAUMONT-PRAT (H.), « Brevetabilité du vivant : animal, végétal et humain. – Application du droit des brevets aux inventions biotechnologiques », *J.-Cl. Brevets*, fasc. 4241, 2017, n° 7.

³²³ L'article L611-10 du CPI dispose en effet que « 1. Sont brevetables, dans tous les domaines technologiques, les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle. 2. Ne sont pas considérées comme des inventions au sens du premier alinéa du présent article notamment : a) Les découvertes [...] ».

eux-mêmes aux bénéfices d'un brevet sur celles-ci, ou tout du moins, à l'octroi d'un droit privatif, afin de rentabiliser leur activité. Dès lors, il semblerait que la loi en soit venue à permettre une certaine forme de protection de la découverte par un titre de propriété industrielle, dans le but d'offrir à leur auteur une possibilité accrue de rentabilisation de leur investissement dans sa révélation.

179. Nuance de l'exclusion de la découverte du champ de la protection privative : le cas de l'obtention végétale. En matière de propriété industrielle, la découverte en tant que telle ne peut *a priori* pas faire l'objet d'une protection par un titre. Il en va ainsi en droit des brevets. Or, il semble que le droit interne des obtentions végétales ait offert, un temps, l'occasion d'envisager une atténuation de ce principe³²⁴. Le droit des obtentions végétales apporterait « ici un éclairage puisqu'à la différence du droit de brevet, il permet l'octroi du droit intellectuel à celui qui a découvert une variété nouvelle »³²⁵. La source de cette atténuation résiderait dans une volonté de protéger l'investissement, en en monopolisant son résultat – l'obtention végétale découverte, afin de faire bénéficier de façon exclusive son détenteur, des profits de l'exploitation. La reconnaissance d'un titre spécifique réservant la variété végétale témoignait certainement d'une volonté politique d'offrir une protection à leur obtenteur³²⁶, sans doute à raison des importants investissements engagés en vue d'une découverte³²⁷. Toutefois, la loi du 8 décembre 2011 fait reculer la possibilité de protection privative d'une obtention végétale simplement découverte. La possibilité de réservation privative par la propriété industrielle a pourtant existé³²⁸.

180. Une protection de la découverte subordonnée en matière de brevet. Les dispositions de l'article L611-10 du Code de la propriété intellectuelle organisent le principe d'exclusion de la protection des découvertes et créations abstraites en tant que telles, pour ensuite en conditionner la protection dans certains cas. Le premier alinéa de cet article dispose que peuvent faire l'objet d'un brevet, « dans tous les domaines technologiques, les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle ». Puis, de façon

³²⁴ Art. L623-4, I CPI : « Toute obtention végétale peut faire l'objet d'un titre appelé "certificat d'obtention végétale" qui confère à son titulaire un droit exclusif de produire, reproduire, conditionner aux fins de la reproduction ou de la multiplication, offrir à la vente, vendre ou commercialiser sous toute autre forme, exporter, importer ou détenir à l'une de ces fins du matériel de reproduction ou de multiplication de la variété protégée ».

³²⁵ AZÉMA (J.) et GALLOUX (J.-Ch.), *op. cit.*, p. 148, n° 217, spé. p. 149.

³²⁶ Création du droit par la L. n° 70-489 du 11 juin 1970, relative à la protection des obtentions végétales, modifiée par les L. n° 2011-1843 du 8 déc. 2011 et n° 2014-1170 du 12 oct. 2014.

³²⁷ MACREZ (F.), « La nouveauté de la variété végétale », in VIVANT (M.) (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Coll. Grands arrêts, 3^e éd., Paris : Dalloz, 2019, p. 583, spé. p. 586, n° 1 : « L'évolution technique, marquée par un recul de l'empirisme et le développement de la recherche scientifique avec l'apparition de la génétique, a induit la nécessité d'une protection de créations nécessitant un investissement exponentiel. ».

³²⁸ Cf. *infra*, n° 212-213.

négative, la loi précise que ne peuvent faire l'objet de cette protection, notamment, les découvertes. Aussi, ce même article précise que la découverte est exclue de la protection du brevet. En effet, elle est étrangère à la notion d'invention, et donc exclusive de la protection par le brevet, seulement lorsqu'elle est considérée en tant que telle³²⁹. Ainsi, il en ressort qu'en droit du brevet l'invention protégée peut reposer sur une découverte, ou un de ces autres éléments, si elle est insérée « dans une véritable problématique technique »³³⁰. Autrement dit, pour faire l'objet d'un brevet, la découverte doit être utilisée dans une application technique, dans une invention. En effet, ne peut être brevetée la découverte en tant que telle³³¹. Cette situation s'illustre notamment dans le domaine du vivant, de la biologie, au travers de la brevetabilité de l'application technique du gène humain antérieurement isolé³³². Comme l'expliquent certains auteurs, « inventer, c'est en quelque sorte mettre la nature sous une forme technique, lui permettant de poursuivre une finalité industrielle. Ainsi, une substance naturelle est-elle brevetable dans la mesure où elle a été isolée, identifiée, purifiée, caractérisée, et le fait de la mettre en œuvre dans les conditions que la nature est incapable d'accomplir par elle-même »³³³. En conditionnant la protection par le brevet d'une découverte ou d'une création abstraite au fait qu'elle puisse être considérée comme le support d'une invention technique, le droit protège l'investissement que la mise à jour de celle-ci a nécessité et, partant, favorise la naissance du retour sur investissement.

181. Motif et portée de l'exclusion générale de la protection. Pourquoi la « simple » découverte, au même titre que la création abstraite, ne pourrait-elle pas faire, en tant que telle, l'objet d'une appropriation par un titre de brevet ? La raison simple tient à ce qu'une découverte, résultat d'investissement, est susceptible de constituer le support, la base d'éventuelles recherches ultérieures. En bloquer l'accès, ou le subordonner à une autorisation préalable, serait de nature à entraver, ou du moins à limiter la recherche future à partir de ces éléments. La logique à l'œuvre est la même que celle innervant le droit d'auteur, et au centre de laquelle on reconnaît traditionnellement que les idées, ainsi que les informations, doivent circuler librement. Ces éléments font partie d'un fonds commun. Par ailleurs, il apparaîtrait vain de

³²⁹ Art. L611-10, 3. CPI.

³³⁰ AZÉMA (J.) et GALLOUX (J.-Ch.), *op. cit.*, p. 148, n° 217.

³³¹ *Id.*, p. 152, n° 222.

³³² L'article L611-10, 4. du CPI dispose en effet que, sous réserves d'autres dispositions, « sont brevetables aux conditions prévues au 1 les inventions portant sur un produit constitué en totalité ou en partie de matière biologique, ou sur un procédé permettant de produire, de traiter ou d'utiliser de la matière biologique ». La loi, au même article, précise également qu'« est regardée comme matière biologique la matière qui contient des informations génétiques et peut se reproduire ou être reproduite dans un système biologique ». Cf. égal. l'article L611-18 du CPI, disposant que « Seule une invention constituant l'application technique d'une fonction d'un élément du corps humain peut être protégée par brevet ».

³³³ AZÉMA (J.) et GALLOUX (J.-Ch.), *op. cit.*, p. 153, n° 224.

monopoliser par le droit de brevet un tel élément, qu'il s'agisse d'une découverte ou d'une création abstraite, dès lors qu'il ne serait pas susceptible d'une application industrielle. La possibilité de considérer un élément, découverte ou création abstraites, *a priori* non-brevetables, comme base d'élaboration d'une invention, quant à elle brevetable, pourrait résulter d'une volonté de favoriser l'investissement dans la recherche, notamment en matière biologique. Ainsi, l'objet protégé l'est, moins en ce qu'il s'agit d'une invention ou d'une découverte employée en tant que solution technique, qu'en ce qu'il s'agit d'un résultat d'investissements devant être réservé, afin de susciter de futures recherches en ce sens, dans une démarche incitative. On constate donc que les conditions négatives de brevetabilité sont assouplies afin de prendre juridiquement en compte un résultat d'investissement, pour le protéger, et afin d'inciter à l'investissement. Ce même mobile peut également être convoqué pour illustrer l'évolution des conditions positives de brevetabilité.

2) *L'évolution des critères positifs de brevetabilité d'une invention*

182. L'évolution des conditions positives de brevetabilité d'une invention, résultat d'investissements. L'évolution des critères légaux de brevetabilité d'une invention semble se diriger vers un abaissement de la rigueur de leur mise en œuvre. Nous nous demandons si elle ne témoigne pas d'une certaine forme de prise en charge de l'investissement, comme motif de la réservation privative. En ce sens, Monsieur Guillaume Grundeler estime « [...] qu'il existe un assouplissement de certaines conditions d'attribution d'un brevet [...], assouplissement qui est destiné à protéger des investissements qui ne devraient pas remplir les critères de protection »³³⁴. Ce constat pourrait aboutir à la conclusion, que la constatation d'un investissement se substituerait aux conditions positives de protection par le brevet³³⁵. Dans ce cadre, « l'investissement devient [...], par une soumission des critères à la fonction, un élément central de la décision d'investissement »³³⁶.

183. Difficultés de mise en œuvre des critères de protection et objectivation. La loi subordonne la protection d'une création technique aux conditions qu'il s'agisse d'une invention « nouvelle »³³⁷, impliquant une « activité inventive »³³⁸, et « susceptible d'application industrielle »³³⁹. Ces critères de brevetabilité semblent, sans doute délibérément, difficiles à

³³⁴ GRUNDELER (G.), *op. cit.*, p. 302, n° 282.

³³⁵ *Ibid.* : « Mais, dès lors que, comme ici, l'investissement se substitue en réalité à l'un des critères préexistants, on assiste à un abaissement du niveau de protection ».

³³⁶ *Ibid.*

³³⁷ Art. L611-11 CPI.

³³⁸ *Ibid.*

³³⁹ *Ibid.*

mettre en œuvre pour déterminer la protection d'une invention. Face à cette difficulté, justifiée par le souci de conciliation entre dynamiques d'accès et d'exclusion, les critères évoluent et peuvent alors être assouplis dans leur mise en œuvre. Cela conduit à considérer que l'« on peut voir dans cette ébauche d'évolution une forme d'objectivisation de critères difficile à appliquer »³⁴⁰. Les conditions de protection d'une invention par un brevet sont pourtant déjà beaucoup plus objectives que celles requises pour protéger une œuvre par le droit d'auteur. Néanmoins, l'évolution des critères de brevetabilité témoigne d'une véritable extension de cette protection, orientée vers une fonction de protection d'un résultat d'investissement. Le propos peut se vérifier pour l'ensemble des critères, mais il est très révélateur s'agissant de celui de l'activité inventive³⁴¹.

184. La caractérisation de l'activité inventive, révélatrice de la prise en compte de l'investissement. L'identification de cette condition, pouvant être lue comme moins objective que les autres, semble plus difficile à déceler. Elle est justement fondée sur une notion susceptible d'impliquer un jugement subjectif, celle de l'« homme du métier ». La loi définit la notion d'activité inventive comme ne découlant pas de manière évidente, pour un homme du métier, de l'état de la technique³⁴². Chacune de ces notions « cadres », convoquées par le texte de la loi pour identifier l'activité inventive, fait l'objet d'interprétations pour sa caractérisation, notamment par la jurisprudence³⁴³.

185. La notion cadre de la « non-évidence ». Nous nous contentons de l'étude de la notion de « non-évidence », car elle serait propre à révéler une certaine prise en compte de l'origine de l'invention prétendant à la protection³⁴⁴ : l'investissement. Pour le moins, il s'agirait de la prise en compte indirecte de l'investissement dans son volet humain, celui de l'inventeur³⁴⁵. Même si la détermination de l'origine de l'invention, témoignant d'une interprétation subjective, est convoquée de façon assez marginale en la matière, la règle demeure celle d'une

³⁴⁰ GRUNDELER (G.), *op. cit.*, p. 302, n° 282, poursuivant, à propos notamment du critère de l'activité inventive en matière de brevetabilité : « *Le critère de l'investissement est plus objectif et il est donc d'une mise en œuvre plus aisée* ».

³⁴¹ PASSA (J.), *op. cit.*, t. 2, p. 232, n° 178 et s.

³⁴² Art. L611-14 CPI.

³⁴³ MACREZ (F.), « *Activité inventive* », *J.-Cl. Brevets*, fasc. 4250, 2019.

³⁴⁴ BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, p. 322, n° 475 : « *L'origine de l'invention peut permettre de démontrer l'activité inventive. La démarche de l'inventeur, qui formule une nouvelle idée ou un problème à résoudre qui n'a pas encore été mis en évidence, peut laisser apparaître une activité inventive, même si ensuite la solution apportée semble évidente. L'activité inventive se situera dans le travail de formulation du problème [...]* » ; PASSA (J.), *op. cit.*, t. 2, p. 234, n° 178 : « *Le progrès réalisé par l'invention ou les efforts engagés pour y parvenir peuvent néanmoins constituer [...] des indices du caractère non évident de l'invention. En somme, si leur absence est en principe indifférente, leur existence ne l'est pas nécessairement* », cf. plus spécialement p. 247, n° 191.

³⁴⁵ Ceci dit, l'investissement humain implique souvent la mobilisation d'un investissement de nature économique.

appréciation objective de l'activité inventive³⁴⁶. Pourtant, l'adoption d'une interprétation subjective de la non-évidence revient à prendre en compte, d'une certaine manière, l'investissement intellectuel de l'inventeur pour déterminer la possibilité d'appropriation³⁴⁷. Ainsi, l'origine de l'invention peut constituer un indice de l'activité inventive de l'objet aspirant à la brevetabilité³⁴⁸. La jurisprudence judiciaire se fonde parfois sur cet indice dans une démarche de contribution à la caractérisation du critère d'activité inventive³⁴⁹.

186. Du critère d'activité inventive au critère de l'investissement. Concernant le critère de l'activité inventive, devant être caractérisé pour protéger une invention par un brevet, on constatera à nouveau qu'il tend à être modulé. En effet, l'adaptation du critère, afin de couvrir certaines inventions, trouve plus ou moins explicitement une raison dans le fait qu'elles nécessitent de lourds investissements dans la recherche. Ceux-ci nécessitent d'être rentabilisés, notamment par ce monopole d'exploitation, afin de pouvoir poursuivre dans des recherches ultérieures. C'est par exemple le cas pour les inventions relevant des domaines des biotechnologiques et nanotechnologies. Afin de pouvoir protéger des inventions ressortant de ces domaines scientifiques, la condition d'activité inventive est assouplie. Cela ressort notamment de la Directive communautaire du 6 juillet 1998 sur la protection des inventions biotechnologiques³⁵⁰, laquelle admet la protection des séquences totales ou partielles de gènes isolés, malgré que leurs identifications ne relèvent pas strictement d'une activité inventive, mais d'opérations courantes³⁵¹. Il s'agit par-là d'offrir une protection à une invention qui devrait,

³⁴⁶ MACREZ (F.), « Activité inventive », *loc. cit.*, n° 50 ; AZÉMA (J.) et GALLOUX (J.-Ch.), *op. cit.*, p. 249, n° 349 ; PASSA (J.), *op. cit.*, t. 2, p. 233, n° 178 : « [...] c'est l'invention, telle que décrite et revendiquée dans la demande de brevet ou le brevet, qui doit faire preuve d'activité inventive, non l'inventeur ».

³⁴⁷ L'idée de protection de l'investissement de nature économique n'est pas non plus indifférente dans la caractérisation de la condition d'activité inventive : GRUNDELER (G.), *op. cit.*, p. 302, n° 282 : « Dans certains domaines, le droit de la propriété industrielle tend à discerner l'existence d'une activité inventive toutes les fois qu'une invention est le fruit d'un investissement substantiel [...] ».

³⁴⁸ Sur les indices de l'activité inventive, cf. not. AZÉMA (J.) et GALLOUX (J.-Ch.), *op. cit.*, p. 253, n° 351 et s. ; PASSA (J.), *op. cit.*, t. 2, p. 247, n° 191 : « [...] la démarche générale de l'inventeur, comparée à celle que l'on peut attendre du spécialiste moyen du secteur, peut, comme en témoignent les indices, être révélatrice d'une activité inventive ; il est inévitable que l'activité inventive de l'invention s'apprécie au moins dans une certaine mesure ou parfois, par une comparaison de la démarche de l'inventeur et de celle de l'homme de métier. Ainsi, certains de ces indices, sur un mode subjectif, conduisent à rechercher l'activité inventive dans la démarche de l'inventeur, tandis que les autres, de façon plus objective, tiennent aux caractéristiques de l'invention elle-même ».

³⁴⁹ MACREZ (F.), « Activité inventive », *loc. cit.*, n° 26 et s. et n° 31 et s., et n° 49 et s., sur la caractérisation de la non-évidence par une approche subjective, faisant le lien avec l'origine humaine de l'invention et not. sur la méthode d'appréciation par la jurisprudence judiciaire dans l'invention de la notion de « non-évidence » caractérisant l'activité inventive.

³⁵⁰ Direct. n° 98/44/CE, 6 juill. 1998, JO 30 juill. 1998.

³⁵¹ GRUNDELER (G.), *op. cit.*, p. 297, n° 280, l'auteur précise que « [...] l'invention qui résulte d'opérations d'exécution courantes ne saurait être brevetée. À suivre ce raisonnement, on exclut cependant de la brevetabilité certaines inventions qui tout à la fois sont socialement nécessaires et impliquent des investissements importants. C'est par exemple le cas de la recherche en matière de biotechnologies pour laquelle l'automatisation est très poussée. Le séquençage de gènes peut en effet apparaître comme le simple produit d'une analyse systématique et routinière et, comme tel, risquerait d'être exclu de toute brevetabilité ».

selon le principe, être exclue du champ de la brevetabilité, par défaut d'activité inventive. La raison tient à un objectif de rentabilité et à terme, d'incitation³⁵². Sous ce prétexte³⁵³, la condition d'activité inventive est relâchée dans sa rigueur, pour permettre d'accueillir la protection de ce genre de création. L'objectif est clairement de donner les moyens aux investisseurs de rentabiliser leurs engagements. Il remplit le rôle de fonction du droit, conditionnant ainsi l'adaptation du critère d'activité inventive.

187. Bilan. Tant en propriété littéraire et artistique, qu'en propriété industrielle, l'objectif de protection de l'investissement qu'a nécessité la production de certains objets immatériels ou créatifs a abouti à l'adaptation des critères juridiques leur permettant d'intégrer les catégories de droits de la propriété intellectuelle existantes. Les critères traditionnels sont ainsi modelés de telle sorte qu'ils appréhendent l'origine de ces objets : l'investissement. Cependant, il apparaît que certains d'entre eux ne peuvent, tout en respectant la cohérence du système de la propriété intellectuelle, intégrer ces catégories. Le législateur a ainsi procédé à la création de nouvelles catégories juridiques dans le champ de la propriété intellectuelle.

II. La consécration de nouveaux droits

188. Création de nouvelles catégories juridiques protégeant l'investissement par la réservation de son résultat. Si les catégories juridiques doivent être pensées et construites de façons assez larges et souples pour appréhender de nouvelles réalités au sein de l'univers juridique, de trop radicales évolutions de celles-ci ne peuvent parfois pas être intégrées au sein des catégories juridiques existantes³⁵⁴. Les catégories traditionnelles paraissent ne pas être adaptées pour accueillir certains résultats d'investissements que le législateur entend protéger, pour la simple et bonne raison qu'elles n'auraient pas été construites, ni instituées pour eux, en tant que tels. Dès lors, de nouvelles catégories juridiques ont été conçues pour les accueillir. Celles-ci permettent d'appréhender l'investissement, et ainsi, de le protéger de manière plus

³⁵² *Ibid.* : « Or, l'encouragement de l'investissement dans le domaine des biotechnologies est très clairement affiché dans les considérants introductifs de la directive comme constituant la raison d'être de la protection accordée aux biotechnologies ».

³⁵³ MACREZ (F.), « Activité inventive », *loc. cit.*, spé. n° 65, citant VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *La brevetabilité face à l'innovation technique contemporaine, Rapport INPI 2002*, La documentation française, 2003, n° 61 : « "S'il est sans doute difficile de parler d'activité inventive selon le sens commun, l'obtention à grands frais n'est-elle pas synonyme d'activité inventive au sens de la loi ? Le déploiement de moyens démontre que les choses ne sont pas évidentes. Poursuivant dans ce jeu dialectique, on pourra néanmoins exprimer une certaine gêne à relever qu'au final... ce serait l'investissement qui serait le critère de l'activité inventive (au sens de non-évidence) ! Mais, d'un autre côté, est-ce si choquant que cela ? N'est-ce pas conforme à la réalité ?" ».

³⁵⁴ Sur la notion de catégorie juridique, cf. BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique fondamentale et appliquée*, *op. cit.*, p. 110, n° 59 et s.

adéquate. Ce faisant, des régimes de protection de l'investissement se développent à la fois ouvertement au sein du droit de la propriété intellectuelle, mais aussi en dehors. Par ailleurs, la volonté de protection de l'investissement n'est, pour certains droits, pas tout à fait exprimée clairement. Pour d'autres, elle l'est beaucoup plus³⁵⁵. Le phénomène de création de nouvelles catégories juridiques ayant pour fonction de protéger une forme d'investissement se manifeste tant en propriété littéraire et artistique (A), qu'en propriété industrielle (B).

A. De nouvelles catégories en propriété littéraire et artistique

189. L'investissement dans le voisinage du droit d'auteur. L'objectif de protection du résultat de l'opération d'investissement conduit à lui consacrer des catégories juridiques dédiées, à l'instar de ce qui s'est passé voilà plusieurs siècles en propriété littéraire et artistique, à propos de la protection du résultat d'un acte intellectuel³⁵⁶. Concernant le droit d'auteur, l'idée de protection d'une création intellectuelle, fruit d'un acte intellectuel d'un homme et de sa pensée, a justifié sa protection. Selon la même démarche de construction, le législateur a élaboré, plus récemment, des droits au bénéfice des investisseurs économiques dans le secteur de la création, afin de leur permettre de défendre leurs intérêts : la perception du retour attendu³⁵⁷. Ces droits sont innervés d'une logique de protection de l'investissement. À ce titre, peuvent être analysés les droits voisins des producteurs (1), et le droit *sui generis* du producteur de base données³⁵⁸(2).

³⁵⁵ TILLOY (C.), *loc. cit.*, p. 158, n° 43.

³⁵⁶ BOUCHET-LE MAPPIAN (E.), *Propriété intellectuelle et droit de propriété, Droit comparé anglais, allemand et français*, Coll. L'univers des normes, Rennes : PU Rennes, 2013, p. 219, n° 385 : « L'avènement de l'investissement. Les droits intellectuels se justifient par l'acte intellectuel à l'origine du bien, dont nous avons vu les divers effets au fil de nos développements : désignation du titulaire légitime, définition conceptuelle et délimitation du bien. Certains des régimes juridiques qui s'y sont insérés depuis le milieu du XX^e siècle dérangeant cet ordonnancement, en ne se fondant plus sur un acte intellectuel, mais sur un acte financier. L'acte d'investissement remplit pour certains d'entre eux les mêmes fonctions que l'acte intellectuel : justification de la réservation, désignation du bénéficiaire, délimitation de l'étendue de la protection. Ainsi se justifient et ainsi fonctionnent le droit des producteurs des phonogrammes, vidéogrammes et bases de données ».

³⁵⁷ LUCAS (A.), DEVÈZE (J.) et FRAYSINET (J.), *op. cit.*, p. 366, n° 594 : « On peut dire aussi que les droits voisins reconnus aux producteurs de phonogrammes, de vidéogrammes ainsi qu'aux entreprises de communication audiovisuelles sont destinés à permettre aux intéressés de rentabiliser leurs investissements ».

³⁵⁸ Celui-ci est parfois classé parmi les droits voisins des producteurs, car reposant sur une dynamique commune : la protection de l'investissement. Il peut apparaître comme une sorte de « droit voisin des droits voisins » du droit d'auteur, (cf. DAVERAT (X.), « Droits voisins du droit d'auteur. Histoire des droits voisins », *J.-Cl. PLA*, fasc. 1405, 2016, n° 21).

1) Les droits voisins des producteurs

190. Un régime dédié implicitement à l'investissement. Les droits voisins des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes tendent à protéger l'investissement de manière plutôt implicite³⁵⁹. Nous n'envisagerons pas de façon distincte ces différents régimes, dont les origines et finalités sont communes, et dont les structures sont construites de manière similaire³⁶⁰. Nous nous contenterons d'exprimer, d'abord, la genèse de tels droits (a), puis les particularités essentielles de leurs régimes (b), en lien avec leur fonction de protection de l'investissement.

a. La genèse des droits voisins des producteurs

191. Mode de protection antérieur. Avant la création des « droits voisins du droit d'auteur », la protection des intérêts des investisseurs, contribuant à la conception et à la diffusion de créations, était de longue date assurée par le droit commun. Les actions fondées sur le mécanisme de la responsabilité civile délictuelle remplissaient cette tâche³⁶¹. Des facteurs ont conduit le législateur à consacrer, au bénéfice de ces personnes, de véritables droits subjectifs pour protéger leurs intérêts résidant dans la rentabilité de l'investissement. Par ailleurs, on relève parfois que ces droits traduisent une forme légale des actions traditionnellement fondées sur la responsabilité civile³⁶². Le recours à la technique de la responsabilité civile est souvent une étape dans la reconnaissance de droits subjectifs, notamment de propriété intellectuelle³⁶³.

³⁵⁹ Parmi la catégorie juridique des droits voisins, l'on retrouve également le droit des entreprises de communication audiovisuelle. Nous ne développerons pas ce régime ici. D'autres prérogatives sont également instituées par la loi au bénéfice de certains investisseurs – producteurs, mais ne figurent pas dans le Code de la propriété intellectuelle. Tel est le cas du droit des organisateurs de spectacles – manifestations- sportifs, visant lui aussi à protéger un investissement, en favorisant sa rentabilité. Le régime figure aux articles L333-1 et s. du Code du sport. Aussi, le développement d'un régime du « droit à l'image » œuvre dans le sens d'un rapprochement avec celui des droits voisins. Pour un état de ce sujet, cf. not. BRUGUIÈRE (J-M.), « Les droits voisins de la propriété littéraire et artistique », *loc. cit.*, p. 161, interrogeant le fondement et les sources des droits voisins, relevant l'idée d'objectif de protection de l'investissement économique, interrogeant aussi les raisons pour lesquelles on est conduit à envisager l'existence de « droits voisins consacrés » et de « droits voisins oubliés », s'attachant notamment à considérer que les droits à l'image et les droits des organisateurs de spectacles sportifs font partie de ces derniers.

³⁶⁰ BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 211, n° 257 et s.

³⁶¹ *Id.*, p. 179, n° 212. DAVERAT (X.), « Droits voisins du droit d'auteur. Histoire des droits voisins », *loc. cit.*, n° 61. Tel était le cas de l'action en concurrence déloyale permettant de protéger l'investissement, sous le couvert de la réunion de certaines conditions.

³⁶² DAVERAT (X.), « Droit d'auteur et « protections périphériques », in *Mélanges Paul LE CANNU*, Paris : Dalloz, 2014, p. 513, spé. p. 525 : « [...] on peut aussi considérer les droits voisins, du côté du producteur, comme l'octroi de monopoles intellectuels en contrepartie des seuls investissements financiers, transformant en droits privatifs ce qui est en réalité de la concurrence déloyale ».

³⁶³ AZZI (T.), « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *loc. cit.*, p. 232, n° 9.

192. Facteurs d'évolution de la protection. Différents facteurs d'évolution du secteur de la création affectent les modalités de conception et de diffusion des objets créatifs et informationnels, représentant des valeurs à la fois culturelles et marchandes. L'organisation de ce secteur sur un modèle de type industriel, ainsi que l'importance prise par les révolutions technologiques, en impactent le schéma économique. Cela se manifeste particulièrement dans le champ de l'audiovisuel et de l'utilisation de l'information³⁶⁴. Dans ce cadre, les acteurs économiques du secteur en appellent à une protection fortifiée de leurs intérêts. Si jusqu'alors leurs intérêts étaient protégeables sur le terrain du droit commun, et aussi par le biais des droits des auteurs qu'ils pouvaient se faire céder, ils ont souhaité obtenir des pouvoirs directs sur les objets qu'ils contribuent à produire et diffuser, grâce à leurs investissements. La technique du droit subjectif réel, dont ils se retrouvent titulaires initiaux, leur offre en effet une sécurité accrue³⁶⁵.

193. La protection par un droit subjectif. Prenant en compte l'évolution du secteur de la création et les sollicitations de ses acteurs économiques, le législateur adopte la loi du 3 juillet 1985, introduisant une nouvelle catégorie juridique au sein de la propriété littéraire et artistique : les « droits voisins » du droit d'auteur³⁶⁶. Celle-ci institue au bénéfice de différents types de producteurs, des droits exclusifs sur le produit de leur investissement³⁶⁷, afin qu'ils puissent le prémunir contre les risques de non-retour imputables aux agissements des tiers. « Les producteurs sont les bénéficiaires naturels de droits voisins qui permettent de rentabiliser leurs investissements »³⁶⁸. On considère ainsi que « les droits voisins sont les droits de l'investissement culturel »³⁶⁹.

194. Changement de cap. Alors que dans la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique³⁷⁰, dans la loi de 1985, le centre de gravité se situe clairement autour de la préservation des intérêts des investisseurs à la conception et la diffusion de la création.

³⁶⁴ DAVERAT (X.), « Droits voisins du droit d'auteur. Histoire des droits voisins », *loc. cit.*, n° 26 et s.

³⁶⁵ Cf. *infra*, n° 430 et s.

³⁶⁶ L. n° 85-660 du 3 juill. 1985, sur les droits d'auteur et les droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes, de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle ; BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 179 et s.

³⁶⁷ BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 182, n° 215 : « L'intrusion [du monde économique] et l'accroissement des investissements dans la production de biens intellectuels ont imposé au législateur de prendre des dispositions spécifiques au bénéfice de ces investisseurs afin que leur position soit renforcée. [...] ».

³⁶⁸ CARON (Ch.), *op. cit.*, p. 617, n° 630. En ce sens, cf. égal. GRYNBAUM (L.), LE GOFFIC (C.) et MORLET (L.-H.), *Droit des activités numériques*, Coll. Précis, Paris : Dalloz, 2014, p. 413, n° 553.

³⁶⁹ DAVERAT (X.), « Droits voisins du droit d'auteur. Histoire des droits voisins », *loc. cit.*, n° 2.

³⁷⁰ Tout en conciliant tout de même ses intérêts avec ceux des autres acteurs de la création.

b. *Les particularités des droits voisins vis-à-vis de l'investissement*

195. Un voisinage relatif. Les droits voisins du droit d'auteur sont consentis à des personnes dont les activités gravitent autour de la création, sans qu'ils portent sur des objets qualifiables de « créations intellectuelles », au sens strict du droit d'auteur. Ils naissent sur un objet indépendamment de la présence, dans leur entourage d'une création qualifiée d'œuvre de l'esprit. Autrement dit, les droits des producteurs ne naissent pas nécessairement sur la base de l'existence d'une œuvre de l'esprit. Droit d'auteur et droits voisins des producteurs sont indépendants. Cela pousse à considérer que le voisinage des objets de ces droits et de ceux du droit d'auteur n'est que lointain. Ces droits sont pourtant construits, plus ou moins, selon la même structure, et s'inscrivent dans un champ similaire à celui du droit d'auteur³⁷¹.

196. L'intérêt du droit. Le droit voisin du producteur permet de protéger un objet immatériel, voire une création, qui ne remplirait pas par exemple la condition d'originalité du droit d'auteur. Ces deux droits ont en commun d'instituer des droits d'exclusivité sur un objet, pour pouvoir exclure les tiers et s'en réserver la disposition et l'exploitation. En ce sens, le droit voisin du producteur est une technique de protection de résultats d'investissements par sécurisation de la perception du retour attendu de leur exploitation³⁷². La réservation de ces derniers est conditionnée à des critères plus souples et plus objectifs que ceux du droit d'auteur.

197. Un droit sur une prestation matérielle résultat d'investissement considéré dans son incorporelité. Les producteurs sont titulaires des droits voisins, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales³⁷³. L'objet de leur prérogative réside dans le résultat de l'initiative et la responsabilité d'une prestation, d'ordre matérielle : la première fixation d'une séquence de son ou d'une séquence d'images sonorisées ou non³⁷⁴. Cette prestation de nature matérielle nécessite en effet des apports d'ordre technique, organisationnel ou financier³⁷⁵. Tout à la fois, cette prestation et son résultat sont l'objet et le fait générateur du droit en question. Nous voyons en ce droit une technique de protection de l'investissement, car il permet la réservation d'un résultat d'investissement, incarné par la première fixation matérielle d'une séquence. Le droit

³⁷¹ BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, p. 213, n° 269 et s.

³⁷² DAVERAT (X.), « Droit d'auteur et « protections périphériques », *loc. cit.*, p. 513, spé. p. 524 : « Les autres catégories de bénéficiaires sont des investisseurs, et les droits voisins ne viennent que pour permettre un retour sur investissement (autorisations assorties de rémunérations) et offrir une possibilité d'agir (en contrefaçon) ».

³⁷³ *Id.*, p. 193, n° 230 et s.

³⁷⁴ Art. L213-1 et L215-1 CPI.

³⁷⁵ Pour une critique, cf. notamment EDELMAN (B.), *La propriété littéraire et artistique*, Coll. Que sais-je ?, 4^e éd., Paris : PUF, 2008, p. 100, sur le « caractère non créatif du travail du producteur ».

voisin des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes est alors analysé comme « un droit de propriété sur le produit de leur investissement »³⁷⁶.

198. L'investissement sous-jacent dans la notion de « responsabilité ». La fonction de protection de l'investissement instituée par cette prérogative n'est pas présentée clairement³⁷⁷. Cependant, la référence, dans la lettre de la loi à la notion de « responsabilité » renvoie, selon nous, à celle que l'investisseur s'engage à assumer lorsqu'il entreprend une opération d'investissement. Il accepte en effet d'assumer la charge d'une perte éventuelle et le bénéfice d'un profit. Il est responsable des conséquences économiques de l'opération risquée qu'il initie. Le pouvoir conféré par la prérogative peut ainsi s'assimiler à « une contrepartie du risque financier assumé »³⁷⁸.

199. Absence de droit moral. Si l'artiste-interprète, protégé par un droit voisin, peut être titulaire d'une prérogative morale, tel n'est pas le cas des producteurs bénéficiant des droits voisins. Il s'agit d'un argument permettant d'illustrer la fonction de cette prérogative et visant à protéger un investissement de nature économique notamment. Il est donc fort logique que le producteur ne bénéficie pas de prérogative extrapatrimoniale. Le droit du producteur est, par nature, patrimonial, ce qui est cohérent avec sa fonction économique. Si le droit moral peut être analysé comme un outil afin de protéger un investissement de nature intellectuelle, le producteur en est privé pour la simple et bonne raison qu'il ne fait pas d'apport intellectuel particulier. Le droit voisin du producteur existe simplement pour préserver la valeur économique que représente l'objet du droit et les retombées positives de son exploitation sur la rentabilité de l'opération³⁷⁹.

200. Le benjamin de la famille des droits voisins protecteurs de l'investissement : le droit voisin des éditeurs et agences de presse en ligne. Selon une logique similaire à celle des droits voisins du droit d'auteur de première génération³⁸⁰, les instances européennes et

³⁷⁶ BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 179, n° 212.

³⁷⁷ Sur le lien entre la notion de « responsabilité » des producteurs dans les droits voisins, avec celle du « risque des investissements » employée en matière de droit *sui generis* du producteur de base de données, cf. not., VINCENT (J.), « Droits voisins du droit d'auteur. – Droits des producteurs de phonogrammes (CPI, art. L. 213-1) », *J.-Cl. PLA*, fasc. 1440, 2010, n° 21 : « La notion de "responsabilité" est, nous semble-t-il, à rapprocher de la notion de "risque des investissements" qui figure dans la définition donnée, par l'article L. 341-1 du Code de la propriété intellectuelle, du producteur de base de données » ; GRUNDELER (G.), op. cit., p. 313, n° 291, spé. p. 314.

³⁷⁸ BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 194, n° 233.

³⁷⁹ LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), op. cit., p. 48, n° 35 : « Il n'y a aucun doute sur le fait que le droit exclusif accordé aux producteurs de phonogrammes ou de vidéogrammes ainsi qu'aux entreprises de communication audiovisuelle est fondé purement et simplement sur la rémunération de l'investissement. Nulle trace donc de droit moral ni de dualisme ».

³⁸⁰ BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 182, n° 215, sur la logique de protection de l'investissement des producteurs des droits voisins : « L'arrivée probable d'un droit voisin des éditeurs de presse pour l'exploitation en ligne suit cette logique », cf. égal. p. 209, n° 253 et s.

internes ont plus récemment consacré un droit voisin à certains agents économiques du champ de la création numérique. L'enjeu était de protéger leurs investissements. Une nouvelle catégorie juridique de protection de l'investissement s'en trouve créée³⁸¹. Ainsi, en parallèle de l'adoption de la directive européenne du 17 avril 2019³⁸², le législateur français a adopté une proposition de loi³⁸³, visant à conférer aux éditeurs et agences de presse en ligne, un droit voisin sur leurs publications. Tant la directive que la loi du 24 juillet 2019 témoignent du souci de protection des investissements, justifiant la fonction de ce droit³⁸⁴. Les bienfaits supposés de ce nouveau dispositif ne dissimulent pas la nécessité de préservation des intérêts en jeu, au travers de la réservation exclusive temporaire des résultats d'investissements, que constituent les publications de presse en ligne³⁸⁵. Le droit nouveau droit voisin permet en effet la réservation exclusive et temporaire d'une publication de presse en ligne objet du droit. Il permet la protection de l'investissement du producteur, l'objet du droit pouvant être considéré comme un résultat d'investissements, limitant ainsi le risque pris sur le marché numérique. La notion d'investissement se trouve clairement exprimée dans la loi, prévoyant les modalités du calcul de la rémunération d'une autorisation d'exploitation d'une publication en ligne³⁸⁶. L'objectif est d'inciter les investissements à la publication et à la production des contenus, afin d'offrir une garantie par exemple, de pluralisme de l'information en ligne. La promotion des bienfaits de ce dispositif par les organes politiques ou par des personnes qualifiées sur le sujet n'empêche

³⁸¹ AZZI (T.), « Les droits voisins des éditeurs de publications de presse ou l'avènement d'une propriété intellectuelle catégorielle », *Dalloz IP/IT* 2019, p. 297.

³⁸² Direct. n° 790/2019 du Parlement européen et du Conseil du 17 avr. 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, cf. les considérants 54 et 55 témoignant de la finalité du dispositif, visant à la protection des investissements des éditeurs ; LUCAS (A.), note sous Direct. (UE) n° 2019/790, 17 avr. 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, *PI* juill. 2019, n° 72, p. 36.

³⁸³ Adoption définitive de la proposition de loi par l'Assemblée nationale le 23 juill. 2019, texte adopté n° 325 ; Proposition de loi n° 705 tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse enregistrée à la Présidence du Sénat le 5 sept. 2018, présentée par MM. ASSOULINE (D.), KANNER (P.), DAUNIS (M.) et les membres du groupe socialiste et républicain.

³⁸⁴ L. n° 2019-775 du 24 juill. 2019 tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse, *JO* n° 0172 du 26 juill. 2019. Dispositions insérées aux articles L218-1 et s. du CPI ; LUCAS (A.), note sous L. n° 2019-775 du 24 juill. 2019, *PI* oct. 2019, n° 73, p. 51-53.

³⁸⁵ CARON (Ch.), « Le nouveau droit des éditeurs de publications de presses (commentaire de l'article 15 de la directive), *CCE* oct. 2019, Dossier 1, n° 7, spé. p. 4, n° 9, reconnaissant que « le droit voisin a pour finalité de rentabiliser ces investissements [humains, matériels et financiers des éditeurs de publications de presse] ».

³⁸⁶ Art. L218-4 al. 2 CPI : « La fixation du montant de cette rémunération prend en compte des éléments tels que les investissements humains, matériels et financiers réalisés par les éditeurs et les agences de presse, la contribution des publications de presse à l'information politique et générale et l'importance de l'utilisation des publications de presse par les services de communication au public en ligne ».

pas³⁸⁷, néanmoins, la doctrine juridique de s'inquiéter de l'intérêt effectif de ce nouveau droit, de ses moyens de mise en œuvre et de ses impacts³⁸⁸.

201. Vers une protection plus assumée de l'investissement en tant que tel. Il est possible de conclure que l'investissement et son objectif de rentabilité tiennent une place non négligeable au sein du régime des droits voisins du droit d'auteur. L'investissement peut ainsi être analysé comme la « clef de voûte » de ce système. Cependant, paradoxalement, l'objectif n'est pas toujours affiché ouvertement par la loi. Si bien que la notion d'investissement ne figure pas systématiquement dans les articles au sein du Code, comme objet de la prérogative, pas plus qu'en tant que critère de protection. Tel n'est néanmoins pas le cas concernant le régime du droit exclusif conféré à la personne du producteur de base de données « qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants »³⁸⁹. En quoi l'on peut affirmer que ce droit, parfois qualifié de droit *sui generis*, prend davantage en compte l'investissement, puisqu'il en est la raison d'être explicite.

2) Le droit *sui generis* du producteur de base de données

202. Un régime dédié plus explicitement à l'investissement. Contrairement aux droits voisins strictement entendus et présentés dans leur fonction de protection de l'investissement, le droit *sui generis* du producteur de base de données porte plus ouvertement sur la protection de certains investissements (a). Sa consécration semble pensée pour satisfaire une finalité de dissuasion des atteintes éventuelles au retour sur investissement attendu par l'auteur de cette opération (b).

a. Une protection portant ouvertement sur des investissements

³⁸⁷ Cf. not. le Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles et de l'éducation sur la proposition de loi visant à créer un droit voisin au profit des éditeurs de services de presse en ligne, par M. MIGNOLA (P.), Député, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 mai 2018, n° 910, cf. spé. p. 6, et p. 21 ; et le Rapport fait au nom de la commission de la culture, de l'éducation et de la communication sur la proposition de loi tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse, par M. ASSOULINE (D.), Sénateur, enregistré à la Présidence du Sénat le 16 janv. 2019, n° 243 ; FRANCESCHINI (L.), assistée de BONNAUD-LE ROUX (S.), *Rapport de la mission de réflexion sur la création d'un droit voisin pour les éditeurs de presse*, CSPLA, Ministère de la culture et de la communication, juill. 2016, file:///C:/Users/PCFRAN~1/AppData/Local/Temp/20160912_MCC-Rapport-Laurence-Franceschini.pdf, cf. spé. p. 6 ; FRANCESCHINI (L.), *Rapport sur l'objet et le champ d'application du droit voisin des éditeurs de publication de presse*, Ministère de la culture, CSPLA, présenté au CSPLA le 13 févr. 2018, 2018, <file:///C:/Users/PCFRAN~1/AppData/Local/Temp/Rapport%20droit%20voisin%20des%20%C3%A9diteurs%20de%20presse%20vdef.pdf>, cf. spé. p. 13 : « Le droit voisin des éditeurs de publications de presse a pour vocation de protéger et de rentabiliser l'investissement réalisé par l'éditeur de presse, qu'il s'agisse de l'investissement financier ou de la fonction d'éditorialisation. [...] ».

³⁸⁸ Cf. not., FRANCESCHINI (L.), « Le droit voisin des éditeurs de presse face aux GAJA – David contre Goliath ? », *JCP G* 2020, Doctr. 109 ; LEBOIS (A.), « La légitimité du nouveau droit voisin de l'éditeur et de l'agence de presse », in LE CAM (S.) et CHATRY (S.) (dir.), *La légitimité de la propriété intellectuelle, Actes du colloque de Nantes du 10 oct. 2019*, *Légipresse*, Dalloz, Hors-série 2019-2, n° 62, p. 127, spé. p. 134 et s.

³⁸⁹ Art. L341-1 et s. CPI.

203. Une protection explicite de l'investissement. La construction du régime du droit *sui generis* du producteur de base de données n'est pas sans rappeler celle des droits voisins du droit d'auteur³⁹⁰. Il est toutefois, totalement, ou tout du moins beaucoup plus explicitement, tourné vers l'investissement comme condition de la protection³⁹¹, et comme son fondement³⁹². Il est l'indice révélateur que le droit de la propriété intellectuelle est engagé dans un processus de « *montée en puissance des droits nés* » d'un pur investissement économique³⁹³. Il ne l'est donc plus uniquement d'une activité créatrice, ou encore d'un seul investissement que l'on pourrait, par souci de cohérence de notre discours, qualifier d'« intellectuel ».

204. Une fonction assumée de protection de l'investissement. La fonction de l'institution du droit est bien de protéger l'investissement et sa rentabilité, afin d'inciter à engager de telles opérations dans le secteur et donc, d'éviter un sous-investissement. Les différents considérants de la Directive européenne, relative à la protection juridique des bases de données du 11 mars 1996, affichent très clairement cette fonction³⁹⁴. Ainsi, le considérant n° 40 énonce que « l'objectif de ce droit *sui generis* est d'assurer la protection d'un investissement dans l'obtention, la vérification ou la présentation du contenu d'une base de données pour la durée limitée du droit ; que cet investissement peut consister dans la mise en œuvre de moyens financiers et/ou d'emploi du temps, d'efforts et d'énergie »³⁹⁵. Aussi, c'est par la création de ce régime *ad hoc*, puis par sa transposition en droit interne³⁹⁶, que pour la première fois, la notion d'« investissement » semble avoir été introduite dans le Code de la propriété intellectuelle. Le constat apparaît révélateur de l'évolution progressive du droit de la propriété intellectuelle vers une appréhension de l'investissement en tant que tel.

205. Un régime indépendant de celui du droit d'auteur. Le régime de protection *sui generis* du producteur de base de données est indépendant du droit d'auteur pouvant s'appliquer à la fois sur la base en elle-même, si elle est originale, mais aussi sur les données rassemblées

³⁹⁰ GAUDRAT (Ph.) et SARDAIN (F.), *op. cit.*, p. 666, n° 1084.

³⁹¹ LUCAS (A.), DEVÈZE (J.) et FRAYSINET (J.), *op. cit.*, p. 366, n° 594 : « [...] Mais dans le cas du droit *sui generis*, c'est la loi elle-même qui, [...] fait de l'investissement la condition nécessaire et suffisante de la protection » ; CHATRY (S.), « La légitimité du droit *sui generis* du producteur de bases de données », in *La légitimité de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 115.

³⁹² *Ibid.* ; VIVANT (M.), « L'investissement, rien que l'investissement », *RLDI* 2005/3, n° 104, spé. p. 41, n° 2 et s.

³⁹³ Cf. BARBIER (H.), *op. cit.*, p. 516, n° 591.

³⁹⁴ Direct. (CE) n° 96/9 du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données (*JOCE* n° L77, 27 mars 1996).

³⁹⁵ *Ibid.*

³⁹⁶ L. de transposition n° 98-536 du 1^{er} juill. 1998.

dans cet ensemble, si elles le sont à leur tour³⁹⁷. Par ailleurs, l'intégration de la base de données dans la liste des œuvres protégées par le droit d'auteur à l'article L112-2 du Code de la propriété intellectuelle n'était déjà pas, à l'époque, dénuée d'une volonté de protéger l'investissement que sa conception implique³⁹⁸. Avec le régime *sui generis*, il s'agit de conférer à la personne réalisant et assumant des investissements dans la constitution de la base, des prérogatives lui permettant d'assurer la protection de celle-ci contre des extractions qui aboutiraient à entraver le retour qu'elle en attend³⁹⁹. Les spécificités respectives de ces régimes n'excluent pourtant pas la possible superposition de protections, tournant plus ou moins autour du même objet et du même objectif⁴⁰⁰. Quand bien même la recherche de protection de l'investissement consenti dans la production d'une telle base serait reconnue comme louable, il n'en demeure pas moins que la méthode employée peut être critiquée⁴⁰¹. Au demeurant, pour comprendre la justification du droit *sui generis*, il convient de mettre en lumière la façon dont il tend, en théorie, à dissuader les atteintes au retour sur investissement, conférant ainsi sécurité au producteur.

b. Une technique de dissuasion des atteintes au retour sur investissement

206. La préservation du retour sur investissement, finalité et fondement du droit. Les dispositions de la loi du 1^{er} juillet 1998 témoignent ouvertement d'une fonction du droit *sui generis* de protection du retour attendu par l'auteur des investissements à la production d'une base de données. Cela n'est pas surprenant, puisque ce souci de protection constitue le fondement même du droit. La finalité du droit réside, elle, dans le motif incitatif. C'est ainsi que l'investissement engagé dans la production d'une base de données se trouve être l'objet de la prérogative attribuée au producteur, et la condition nécessaire à l'existence de celle-ci⁴⁰².

207. Le résultat d'investissement, objet du droit et le producteur-investisseur, sujet du droit. Pour bénéficier de ce droit, le producteur doit établir l'existence d'un investissement « substantiel », en vue de « constituer la base, pour vérifier et présenter son contenu »⁴⁰³. Il ne

³⁹⁷ Art. L341-1 al. 2 CPI.

³⁹⁸ Cf. *supra*, n° 170 ; la protection de la base de données par le droit d'auteur est justifiée par le fait qu'elle est le résultat de « choix libres et créatifs du créateurs ».

³⁹⁹ Cf. le considérant n° 39 de la Direct.

⁴⁰⁰ En ce sens cf. not. EDELMAN (B.), « Les bases de données ou le triomphe des droits voisins », *D.* 2000, chron. p. 89.

⁴⁰¹ En ce sens, cf. not. EDELMAN (B.), *La propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, p. 83, p. 84, et p. 95.

⁴⁰² LUCAS (A.), DEVÈZE (J.) et FRAYSINET (J.), *op. cit.*, p. 366, n° 594 : « [...] dans le cas du droit *sui generis*, c'est la loi elle-même qui [...] fait de l'investissement la condition nécessaire et suffisante de la protection ».

⁴⁰³ Art. L341-1 CPI ; GAUDRAT (Ph.) et SARDAIN (F.), *op. cit.*, 672, n° 1093 et s.

s'agit pas d'un simple investissement, ou de n'importe quel investissement, mais d'un investissement substantiel⁴⁰⁴, présentant une nature *financière, matérielle, ou humaine*⁴⁰⁵. L'assiette du droit du producteur pourrait être analysée comme résidant dans l'investissement. Ce droit confère à son titulaire, un pouvoir réel sur celui-ci. La qualité du titulaire du droit se retrouve dans l'analyse de l'origine des investissements nécessaires pour constituer la base de données. Le producteur bénéficiaire du droit est l'investisseur⁴⁰⁶. Ainsi, la Directive identifie le titulaire du droit comme le « fabricant » de la base, qui est « la personne qui prend l'initiative et assume le risque d'effectuer les investissements »⁴⁰⁷. La loi de transposition n'a toutefois pas retenu ce terme, lui préférant celui de « producteur »⁴⁰⁸. Quoi qu'il en soit, pour être titulaire du droit, le producteur – investisseur - doit avoir initié et assumé « le risque des investissements correspondants » à la production de la base de données⁴⁰⁹. Il y a donc une double condition : une condition d'initiative qui fait du producteur le promoteur d'un projet, « le coordinateur des apports »⁴¹⁰, et « [l']ensemblé cocontractant de chacun des contributeurs »⁴¹¹, ainsi qu'une condition de prise en charge *a priori* des conséquences du risque de succès ou d'échec de l'opération engagée par lui.

208. Un droit conférant un pouvoir d'exclusion. Le régime du droit *sui generis* ayant pour objectif de préserver un investissement contre les agissements néfastes des tiers, il était donc

⁴⁰⁴ La CJUE a eu à interpréter la notion d'investissement, cf. CJUE, 9 nov. 2004, (4 aff.), C-203/02, *The British Horseracing Board Ltd e.a. : D.* 2005, p. 1495, obs. SIRINELLI (P.) ; *RTD com.* 2005, p. 90, obs. POLLAUD-DULIAN (F.) ; *Légipresse* 2005, n° 221, III, p. 85, note MALLEY-POUJOL (N.) ; *JCP E* 2005, Chron. 963, n° 4, obs. VIVANT (M.), MALLEY-POUJOL (N.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), et 1216, n° 14, obs. SARDAIN (F.) ; *CCE* janv. 2005, Comm. 2, note CARON (Ch.) ; *Prop. Ind.* janv. 2005, Comm. 7, note KAMINA (P.) ; *Gaz. Pal.* 2005, doct. p. 2433, note. TELLIER-LONIEWSKI (L.) et MAURIELLO (P.) ; *PI* 2005, n° 14, p. 99, obs. LEMARCHAND (S.) et RAMBAUD (S.) ; *RLDI* 2005/3, n° 104, note VIVANT (M.) ; *RLDI* 2005/1, n° 9, obs. COSTES (L.) ; *RIDA* juill. 2005, n° 205, p. 381, obs. KEREVER (A.) ; C-444/02, *Fixtures Marketing Ltd c/ Organismos Pronostikon : RTD com.* 2005, p. 90, obs. POLLAUD-DULIAN (F.) ; *JCP E* 2005, Chron. 963, n° 4, obs. VIVANT (M.), MALLEY-POUJOL (N.) et BRUGUIÈRE (J.-M.) ; *CCE* janv. 2005, Comm. 2, note CARON (Ch.) ; *Gaz. Pal.* 2005, doct. p. 2433, note. TELLIER-LONIEWSKI (L.) et MAURIELLO (P.) ; *PI* 2005, n° 14, p. 99, obs. LEMARCHAND (S.) et RAMBAUD (S.) ; *RLDI* 2005/3, n° 104, note VIVANT (M.) ; C-46/02, *Fixtures Marketing Ltd c/ Oy Veikkaus ab : D.* 2006, p. 190, obs. Centre de droit et d'économie du sport ; *RTD com.*, 2005, p. 90, obs. POLLAUD-DULIAN (F.) ; *JCP E* 2005, Chron. 963, n° 4, obs. VIVANT (M.), MALLEY-POUJOL (N.) et BRUGUIÈRE (J.-M.) ; *CCE* janv. 2005, Comm. 2, note CARON (Ch.) ; *Gaz. Pal.* 2005, doct. p. 2433, note. TELLIER-LONIEWSKI (L.) et MAURIELLO (P.) ; *PI* 2005, n° 14, p. 99, obs. LEMARCHAND (S.) et RAMBAUD (S.) ; *RLDI* 2005/3, n° 104, note VIVANT (M.) ; C-338/02, *Fixtures Marketing Ltd c/ Svenska Spel ab : RTD com.*, 2005, p. 90, obs. POLLAUD-DULIAN (F.) ; *JCP E* 2005, Chron. 963, n° 4, obs. VIVANT (M.), MALLEY-POUJOL (N.) et BRUGUIÈRE (J.-M.) ; *CCE* janv. 2005, Comm. 2, note CARON (Ch.) ; *Gaz. Pal.* 2005, doct. p. 2433, note. TELLIER-LONIEWSKI (L.) et MAURIELLO (P.) ; *PI* 2005, n° 14, p. 99, obs. LEMARCHAND (S.) et RAMBAUD (S.) ; *RLDI* 2005/3, n° 104, note VIVANT (M.).

⁴⁰⁵ Art. L341-1 al. 1 CPI ; GAUDRAT (Ph.) et SARDAIN (F.), *op. cit.*, p. 667, n° 1086 et s.

⁴⁰⁶ *Id.*, p. 678, n° 1103 et s.

⁴⁰⁷ Considérant n° 41.

⁴⁰⁸ Art. L341-1 CPI.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, selon la formule du texte, le producteur est « la personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants ».

⁴¹⁰ GAUDRAT (Ph.) et SARDAIN (F.), *op. cit.*, p. 680, n° 1106.

⁴¹¹ *Ibid.*

nécessaire d'instituer des dispositions permettant au producteur de défendre l'objet de son droit. Par ces dispositions, il s'agit de dissuader des comportements des tiers qui empêcheraient le retour attendu d'apparaître. Elles offrent un moyen, au producteur, de lutter contre des actes parasitant l'exploitation paisible de la base à la fois en amont et en aval. Comme l'annonce la directive, le but est de protéger contre les actes qui causeraient « préjudice à l'investissement »⁴¹². L'article L342-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose ainsi que le producteur peut interdire l'extraction et la réutilisation de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu de la base, qui seraient faites sans son autorisation⁴¹³. Le droit exclusif est bienvenu, en ce que la personne prétendant utiliser la base, ou une partie de celle-ci, doit en solliciter l'autorisation. À défaut, s'il prend des libertés, entachant ainsi l'espoir de l'investisseur de toucher un retour, cette atteinte au droit exclusif sera alors sanctionnée. L'intérêt du producteur-investisseur s'en trouverait dès lors préservé. Par ailleurs, la doctrine a pu faire remarquer que, comme pour les droits voisins strictement entendus et précédemment développés, le droit *sui generis* « [...] est, purement et simplement, de la concurrence déloyale et du parasitisme qui ne disent par leur nom et se drapent de la dignité d'un droit de propriété intellectuelle. Il s'agit bien [...] de protéger investissements financiers et effort intellectuel dans la logique du parasitisme économique »⁴¹⁴. « Le droit du producteur de bases de données stigmatise un comportement concurrentiel en créant un droit subjectif approprié »⁴¹⁵. C'est donc la charge de la responsabilité technique et financière qui justifie la consécration de prérogatives particulières, lesquelles favorisent la réservation et la protection des profits d'exploitation contre les usurpations des tiers.

209. Bilan. L'élément commun aux différents objets entrant dans cette catégorie juridique des droits voisins des producteurs est l'investissement. Cela transparait notamment dans les lignes communes des régimes. Que l'investissement et sa protection soient, plus ou moins de façon officielle, au centre des dispositifs, n'empêche pas l'existence d'une dynamique commune au sein de la propriété industrielle, depuis la loi du 3 juillet 1985. La consécration, ces dernières années, d'un nouveau droit voisin témoigne de la portée de cette dynamique. Par ailleurs, cette dernière semble également présente dans le droit de la propriété industrielle, lequel accueillerait des régimes ayant pour objectif de protéger un investissement, par l'adjonction de nouvelles catégories juridiques.

⁴¹² Considérant 42°.

⁴¹³ Art. L342-1 CPI.

⁴¹⁴ DAVERAT (X.), « Droit d'auteur et « protections périphériques », *loc. cit.*, p. 513, spé. p. 527.

⁴¹⁵ *Id.*, p. 528.

B. De nouvelles catégories de droits en propriété industrielle

210. La multiplication. Comme en matière de propriété littéraire et artistique, le besoin de protection d'objets à caractère technique issus d'investissements est à l'origine de la création de nouvelles catégories juridiques. Celles qui existaient jusqu'alors n'étant pas satisfaisantes pour accueillir ces résultats d'investissements, il est apparu opportun d'en consacrer de nouvelles plus adaptées. Ainsi, se justifie la multiplication de régimes de protection, par certains égards connexes au droit des brevets, en propriété industrielle (1). L'examen de leur origine et de leur substance témoigne de la volonté de protéger l'investissement. Pour une illustration plus précise, il est possible de se concentrer sur le régime du droit des topographies de produits semi-conducteurs (2).

1) La multiplication des régimes de protection et de prérogatives connexes

211. Une dynamique de multiplication de régimes protégeant l'investissement. Toutes les innovations à caractère technique ne peuvent faire l'objet d'une protection par le brevet⁴¹⁶. Pour autant, elles n'en constituent pas moins que les inventions brevetables, des résultats de lourds investissements, dont les auteurs sollicitent une technique juridique en sécurisant la rentabilité espérée. Des nouveaux monopoles légaux dans le champ de la propriété intellectuelle ont ainsi été créés par le législateur interne, souvent sous l'impulsion d'instances internationales et du législateur européen. Tel est le cas du droit des obtentions végétales⁴¹⁷, et du droit des topographies de produits semi-conducteurs⁴¹⁸. L'existence du certificat complémentaire de protection en matière de brevet pharmaceutique peut également être relevée⁴¹⁹. Le point commun entre ces différents régimes de protection tient aux réponses apportées à un besoin de protection des investissements nécessaires⁴²⁰, pour la mise au point de l'objet réservé et porteur de progrès social. La protection de ces objets par la réservation privative aboutit, en effet, à favoriser la rentabilité des investissements nécessaires. Elle incite ainsi à poursuivre la

⁴¹⁶ RAYNARD (J.), PY (E.) et TREFIGNY (P.), *op. cit.*, p. 7 et s. n° 10 et s. : « De nouveaux droits exclusifs sont apparus pour des créations pour lesquelles le brevet paraissait mal adapté. Ainsi, des innovations végétales qui consistent à combiner deux ou plusieurs variétés végétales afin d'obtenir une nouvelle variété. Cette manipulation suppose une activité [...] qui appelle, en écho, un souci de réservation juridique des résultats obtenus ».

⁴¹⁷ Art. L623-1 et s. CPI ; PASSA (J.), *op. cit.*, t. 2, p. 906, n° 810 et s.

⁴¹⁸ Art. L622-1 et s. CPI.

⁴¹⁹ Art. L611-3 CPI.

⁴²⁰ BOUCHE (N.), « Obtentions végétales », *Rép. comm. Dalloz*, 2013, n° 21 : « L'obtention végétale est [...] le résultat d'un véritable travail, d'un savoir-faire et d'un investissement humain, financier et intellectuel qu'il est essentiel de protéger efficacement ».

recherche-développement dans ces domaines⁴²¹. Par ailleurs, en dehors même du champ strictement entendu de la propriété intellectuelle, des dispositifs, de nature extra-privative et s'apparentant à des droits voisins des droits de propriété industrielle⁴²², permettent une forme de réservation de certains types de données. Ainsi, des mesures visant à conférer une protection aux données des essais cliniques au bénéfice de leur détenteur sont prises, en considération d'un souci d'incitation à investir économiquement dans leur production⁴²³. La protection juridique de l'investissement se trouve à nouveau justifiée par des objectifs d'efficacité économique.

212. Le régime de protection des obtentions végétales. Ce régime vise à instituer un moyen de réservation afin de valoriser la variété végétale et ainsi obtenir un retour sur investissement durant une certaine période. Nous nous contentons d'envisager brièvement cette protection sous l'angle du droit interne⁴²⁴. Ce dernier prévoit l'exclusion de la protection des variétés végétales par le brevet⁴²⁵. L'exclusion de la brevetabilité de la variété végétale trouve sa raison d'être dans le fait qu'elle bénéficie d'un régime de protection qui lui est propre⁴²⁶. Les conditions de fond de protection d'une variété par le certificat d'obtention végétale sont présentées à l'article L623-2 du Code. Si la variété remplit l'ensemble de ces conditions, elle sera considérée comme une « obtention végétale » protégée par un certificat. Tandis que l'objet aspirant à une protection par un certificat d'obtention végétale est une « variété ⁴²⁷ », l'objet du certificat d'obtention végétale désigne, quant à lui, l'« obtention ». Pour faire l'objet d'un certificat, la variété doit, parmi d'autres critères⁴²⁸, tout d'abord présenter un caractère de nouveauté. Ce dernier n'est pas le même que celui appliqué en matière de brevetabilité. Il s'agit d'une fiction juridique par laquelle la loi répute nouvelle une variété dès lors qu'elle n'a pas été

⁴²¹ PASSA (J.), *op. cit.*, t. 2, p. 905, n° 809, sur la protection des obtentions végétales : « Cette mise au point implique des recherches et investissements, parfois très lourds, dont les résultats justifient, dans un système d'agriculture et d'horticulture industrialisé et concurrentiel, une protection juridique. Si une nouvelle plante, issue de telles recherches, pouvait être librement reproduite et exploitée par les tiers dès qu'ils y ont accès sur le marché, aucun opérateur n'engagerait plus pareilles recherches et investissements ; les plantes cesseraient alors d'être améliorées et le monde végétal de s'enrichir par le travail de l'homme ».

⁴²² BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 460, n° 704 et s., présentant le droit voisin sur les données des essais cliniques.

⁴²³ *Ibid.*

⁴²⁴ Il existe également une protection des obtentions végétales à l'échelle de l'Union Européenne, instituée par le Règl. (CE) n° 2100/94 du Conseil du 27 juill. 1994, *instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales*.

⁴²⁵ L. n° 2004-1338, 8 déc. 2004, issue du Règl. (CE) n° 2100/94 du Conseil du 27 juill. 1994, *instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales*.

⁴²⁶ VIVANT (M.), *Le droit des brevets*, Coll. Connaissance du droit, 2^e éd., Paris : Dalloz, 2005, p. 39 : « Il s'agit, en contemplation d'un régime spécifique, de réserver le jeu de celui-ci en écartant ce qu'on pourrait appeler le droit commun du brevet ».

⁴²⁷ La notion de variété est définie par l'article L623-1 du CPI comme « un ensemble végétal d'un taxon botanique du rang le plus bas [...] ».

⁴²⁸ Art. L623-2 CPI.

commercialisée⁴²⁹. Aussi, la loi dispose qu' « est appelée « obtention végétale la variété nouvelle créée [...] »⁴³⁰. L'attention doit être attirée sur la notion de « création » exigée par la loi, de laquelle découle ainsi le refus de protection d'une variété simplement découverte, qui ne saurait être protégée par le certificat. Tel ne fut pourtant pas le cas jusqu'à 2011.

213. Avant la réforme par la loi du 8 décembre 2011⁴³¹, la protection d'une variété végétale, simplement découverte, par un certificat d'obtention végétale, était possible⁴³². Cela pouvait aboutir à son analyse, en tant que moyen de protection de l'investissement nécessaire à sa découverte⁴³³. Ainsi, la découverte d'une variété végétale exclue du domaine de la brevetabilité, pouvait être protégée par un monopole. Selon cette condition, il s'agissait donc « de protéger non seulement les créations, mais aussi les investissements nécessaires à l'exploitation de la découverte d'une variété ; c'est la même idée qu'avec les droits voisins du droit d'auteur protégeant les investissements de certains producteurs culturels »⁴³⁴. Néanmoins, la possibilité d'une protection de l'obtention végétale simplement découverte semblerait possible, dans le régime institué par le Règlement du 27 juillet 1994. Ce faisant, l'exclusion de la protection d'une découverte coûteuse en termes d'investissements doit être relativisée⁴³⁵.

214. Le régime du droit interne prévoit l'existence d'un « certificat d'obtention végétale ». L'article L623-4 I du Code de la propriété intellectuelle dispose que « toute obtention végétale peut faire l'objet d'un titre appelé "certificat d'obtention végétale" [...] ». Celui-ci confère à son titulaire certaines prérogatives exclusives lui permettant de défendre le fruit de son investissement⁴³⁶. Il s'agit de prérogatives exclusivement de nature patrimoniale. L'existence de prérogatives de cette nature, limitées dans le temps⁴³⁷, témoignerait dès lors de leur fonction d'outil de rentabilisation des investissements consentis dans la création de la variété, pour son

⁴²⁹ Art. L623-5 CPI.

⁴³⁰ *Ibid.*

⁴³¹ L. n° 2011-1843 du 8 déc. 2011 relative aux certificats d'obtention végétale (COV).

⁴³² L'ancien article L623-1 du CPI disposait que l'obtention végétale est « la variété nouvelle, créée ou découverte, qui [...] ».

⁴³³ BOUCHE (N.), « Obtentions végétales », *loc. cit.*, n° 50 à 53, spé. n° 52, relevant notamment que « Variété nouvelle créée et variété nouvelle découverte et mise au point associent toutes deux une indispensable part de travail humain, qui est précieuse et mérite récompense, et une part d'aléa naturel ».

⁴³⁴ MARINO (L.), *op. cit.*, p. 313, n° 154, spé. p. 315 ; cf. égal., BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 486, n° 748 : « Il eût été possible d'octroyer un type de droit voisin au découvreur, en contrepartie de l'investissement engagé pour réaliser la découverte [...] ».

⁴³⁵ La valeur et la portée de cette distinction, dans les régimes de droit interne et de droit de l'union européenne, font l'objet de discussions. Sur le sujet cf. not. BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 486, n° 748 ; PASSA (J.), *op. cit.*, t. 2, p. 913, n° 819.

⁴³⁶ Le même article dispose qu'il s'agit d'un « droit exclusif de produire, reproduire, conditionner aux fins de reproduction ou de la multiplication, offrir à la vente vendre ou commercialiser sous toute autre forme, exporter, importer ou détenir à l'une de ces fins du matériel de reproduction ou de multiplication de la variété protégée ».

⁴³⁷ Art. L623-13 CPI.

obtention⁴³⁸. Une logique similaire peut être identifiée dans d'autres droits connexes en matière de propriété industrielle, et plus spécialement, dans le champ du brevet. Il en va ainsi du certificat complémentaire de protection.

215. L'enjeu de rentabilité de l'extension de la durée de protection d'un brevet de médicament ou de produit phytopharmaceutique. L'extension de la protection des détenteurs de brevets sur les médicaments est rendue possible par l'existence de « certificats complémentaires de protection »⁴³⁹. Ce titre de propriété industrielle permet de prolonger dans le temps le monopole d'exploitation conféré par le brevet sur un médicament⁴⁴⁰. L'effet recherché tient à la possibilité d'allongement de la durée durant laquelle le titulaire du droit – l'investisseur, pourra jouir d'une exclusivité d'exploitation de son brevet. Cette circonstance présente l'avantage de sécuriser économiquement dans le temps l'intérêt de l'investisseur titulaire du brevet, car il en tirerait des avantages supplémentaires en termes de retour de son investissement. La justification de l'extension du champ de l'exclusivité, comme dans d'autres types de droits de réservation privative, tient à l'objectif de sécurisation des intérêts des investisseurs, en leur permettant d'amortir les frais engagés, et ainsi de développer de nouvelles recherches. Le mobile incitatif est fortement présent. Le certificat complémentaire de protection trouverait même une légitimité dans les bienfaits qu'en tirerait la société en termes de bien-être⁴⁴¹. Plus techniquement, l'existence de cette protection complémentaire se justifie en ce que la durée, écoulée entre le dépôt d'un brevet portant sur l'objet en question et l'autorisation de mise sur le marché de celui-ci, tend à réduire le bénéfice du monopole initial. La prolongation de la protection par un nouveau titre contribue ainsi à la rentabilité de l'opération d'investissement dans la conception de l'objet protégé, selon une durée plus réaliste. Le certificat apparaît comme un moyen de limiter voire, de compenser, la perte de plusieurs années d'exploitations potentielles en termes de retour sur investissement, au bénéfice direct de son titulaire, et de manière plus indirecte, de la société.

⁴³⁸ AZÉMA (J.) et GALLOUX (J.-Ch.), *op. cit.*, p. 770, n° 1136 : « C'est donc l'investissement humain et le savoir-faire professionnel de l'obteneur qui se trouvent protégés par le biais d'un produit obtenu, l'obtention végétale », et p. 777, n° 1154 : « La protection [...] sauvegarde le résultat d'un travail véritable et d'un investissement intellectuel ».

⁴³⁹ Art. L611-3 CPI.

⁴⁴⁰ PASSA (J.), *op. cit.*, t. 2, p. 839, n° 752 et s.

⁴⁴¹ *Id.*, p. 840, n° 754.

2) L'exemple de la protection des topographies de produits semi-conducteurs

216. Un monopole justifié par la protection de l'investissement. Le souci de protection des investissements dans la mise au point de topographies de produits semi-conducteurs, se traduisant par la création d'un droit exclusif dédié, est souligné en doctrine⁴⁴². La création d'un dispositif juridique autonome de protection se justifie également par les limites présentées par les droits exclusifs déjà existants⁴⁴³. La justification de la création d'un tel régime procède, en effet, de la nécessité de sécuriser la rentabilité des investissements lourds engagés pour développer ces topographies⁴⁴⁴, l'industrie de leur conception représentant des enjeux économiques certains⁴⁴⁵. Or, le phénomène de la copie étant également présent dans ce secteur⁴⁴⁶, il apparaissait nécessaire de protéger les concepteurs de ces objets. Les actes de copies non consenties seraient de nature à entraver les chances d'un amortissement des sommes investies. Tel est le cadre dans lequel est intervenue en France la loi du 4 novembre 1987⁴⁴⁷.

217. Conditions de protection et investissement. Pour être protégée par un droit exclusif au bénéfice de son titulaire, la « topographie finale ou intermédiaire d'un produit semi-conducteur », objet du droit, doit traduire « un effort intellectuel du créateur ». Elle ne doit pas être « courante »⁴⁴⁸. Ces conditions peuvent être autrement formulées, en considérant qu'est protégeable une topographie « qu'on ne connaît pas déjà, pourvu qu'on y ait accédé par un effort intellectuel »⁴⁴⁹. Ces conditions d'appropriation sont assez légères⁴⁵⁰, comparées aux

⁴⁴² MACREZ (F.), *op. cit.*, p. 203, n° 250, sur la nécessité de l'instauration d'un droit « sui generis » protégeant les topographies de produits semi-conducteurs, « *La justification de fond pour la création d'un droit spécifique procède de la double constatation de la nécessité de protéger des investissements importants, et de l'inadaptation des outils juridiques préexistants* » ; AZÉMA (J.) et GALLOUX (J.-Ch.), *op. cit.*, p. 757, n° 1107 : « Ces "puces", qui se retrouvent dans tous les appareils électroniques, nécessitent pour leur fabrication des investissements très importants ; en revanche, elles sont tirées en des millions d'exemplaires et paraissent très faciles à copier. S'est donc posée la question de la protection de ces créations techniques » ; MARINO (L.), *op. cit.*, p. 399, n° 212 ; BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, p. 473 et s.

⁴⁴³ LUCAS (A.), DEVÈZE (J.) et FRAYSINET (J.), *op. cit.*, p. 294, n° 492 : « Si ces créations industrielles d'un type nouveau que sont les circuits intégrés nécessitent une protection spécifique, c'est précisément parce qu'elles sont rebelles aux critères traditionnels. Il est donc logique d'explorer d'autres voies et de recourir à une terminologie nouvelle » ; TILLOY (C.), *loc. cit.*, p. 150, n° 33 : « Les nouvelles règles ainsi posées, plus souples que celles qui protègent les inventions, facilitent les retours sur investissement. Il en va plus précisément ainsi de la protection prévue au profit des topographies de produits semi-conducteurs » (nous soulignons).

⁴⁴⁴ DRAGNE (J.), « La nouvelle réglementation française », in *La protection des produits semi-conducteurs, Colloque de l'IRPI*, Coll. Le droit des affaires, n° 7, Paris : Librairies techniques, 1988, p. 5.

⁴⁴⁵ GUILGUET (Ph.), « Les réactions de la pratique », in *La protection des produits semi-conducteurs, op. cit.*, p. 43, spé. p. 45.

⁴⁴⁶ DRAGNE (J.), *loc. cit.*, p. 6.

⁴⁴⁷ L. n° 87-890 du 4 nov. 1987, relative à la protection des topographies de produits semi-conducteurs et à l'organisation de l'Institut national de la propriété industrielle.

⁴⁴⁸ Art. L622-1 CPI.

⁴⁴⁹ VIVANT (M.) et LUCAS (A.), « Chronique du droit de l'informatique », *JCP E* 1988, II, 15093, spé. p. 18, n° 3.

⁴⁵⁰ TILLOY (C.), *loc. cit.*, p. 150, n° 33 : « Aussi, et sous l'influence communautaire et internationale, les autorités françaises ont-elles instauré une protection spécifique aux topographies de produits de semi-conducteurs en

conditions requises pour les protections d'autres créations techniques, par d'autres droits de propriété industrielle. Aussi, la notion d' « effort intellectuel » n'est pas sans rappeler celle d'originalité en droit d'auteur⁴⁵¹, dans sa conception objectivée⁴⁵². Tout au contraire, dans le cadre de ce régime, la notion d' « effort intellectuel » du créateur appelle une approche subjective⁴⁵³. Par ailleurs, comme le relèvent certains auteurs, à propos de ces conditions de protection, « ce qui est recherché est moins la récompense d'un effort créateur que la rentabilisation des investissements »⁴⁵⁴. Voici certainement une des raisons de la « légèreté » avancée des conditions. Ces mêmes auteurs ajoutent ainsi que les conditions légales « devaient être appréciées de façon libérale afin que la protection soit accessible à toute création ayant nécessité des investissements »⁴⁵⁵. Les conditions de protection laissent volontiers transparaître la volonté de réservation d'un résultat d'investissements. Sans surprise, ce souci se manifeste également à l'analyse des prérogatives patrimoniales consenties au titulaire. L'objectif de ce droit est d'éviter que ces conceptions ne soient copiées, ce qui entraverait le bénéfice que le concepteur attend du retour de son investissement. Fort logiquement, le droit exclusif conféré permet alors au titulaire, comme dans les autres régimes, d'exclure les tiers de l'utilisation non autorisée de l'objet réservé⁴⁵⁶.

Section 2 – L'approche subjective de la protection

218. L'investisseur économique, sujet des droits de propriété intellectuelle : le recentrage de la titularité par des modalités variables. La révélation progressive de la protection de l'investissement en droit positif s'illustre également par la tendance au recentrage de la titularité des droits autour de l'investisseur économique⁴⁵⁷. Si les droits de propriété intellectuelle peuvent tendre à la réservation d'un résultat d'investissement au regard de

abaissant – et ce point est notable – le niveau d'exigence requis pour accorder un monopole d'exploitation » (nous soulignons).

⁴⁵¹ DRAGNE (J.), *loc. cit.*, p. 9.

⁴⁵² Cf. *supra*, n° 167 et s.

⁴⁵³ En revanche, le caractère « non-courant » de la topographie traduit plutôt une approche objective, cf. DRAGNE (J.), « La nouvelle réglementation française », *loc. cit.*, p. 9.

⁴⁵⁴ LUCAS (A.), DEVÈZE (J.) et FRAYSINET (J.), *op. cit.*, p. 291, n° 488 ; dans le même sens, DRAGNE (J.), *loc. cit.*, p. 9 : « Les travaux préparatoires révèlent qu'au-delà de la terminologie, l' « effort » doit surtout s'entendre de l'investissement, c'est-à-dire de l'importance du travail qu'a nécessité la conception ».

⁴⁵⁵ LUCAS (A.), DEVÈZE (J.) et FRAYSINET (J.), *op. cit.*, p. 366, n° 594.

⁴⁵⁶ L'article L622-5 du CPI dispose en effet qu' « il est interdit à tout tiers de reproduire la topographie protégée ; d'exploiter commercialement ou de détenir, transborder, utiliser, exporter ou importer à cette fin une telle reproduction ou tout produit semi-conducteur l'incorporant ».

⁴⁵⁷ GAUDRAT (Ph.) et VIVANT (M.), « Marchandisation », *loc. cit.*, spé. p. 41-42, n° 16 : « La stratégie adoptée pour ce faire [défendre l'investissement], nécessairement discrète, se développe selon deux axes : multiplier les droits exclusifs sur l'investissement ; recentrer les prérogatives décisives autour de l'investisseur ».

l'engagement de leur auteur dans une activité risquée, il apparaît cohérent que l'investisseur en soit le titulaire. Le bénéfice de la titularité du droit de réservation pour ce dernier est un moyen de lui permettre une gestion facilitée des suites de l'opération. Les développements à suivre ont pour objectif d'exposer en quoi les règles de titularité des droits subjectifs de propriété intellectuelle révèlent progressivement une protection de l'investissement. L'enjeu est de démontrer de quelle manière l'opération d'investissement et l'intérêt de l'investisseur sont progressivement pris en charge en tant que tels par le système, de telle sorte que cet agent soit reconnu titulaire de la prérogative de réservation⁴⁵⁸. Il s'agit alors de traiter de l'approche subjective de la protection, en considération du sujet de droit, et non plus seulement de l'objet du droit. Le champ de l'étude sera essentiellement celui de la conception des résultats d'investissements dans les liens de dépendance⁴⁵⁹, économique et/ou juridique, entre investisseur économique et investisseur intellectuel⁴⁶⁰. La titularité des prérogatives de propriété intellectuelle est recentrée autour de la personne de l'investisseur économique, dont l'intérêt s'en trouve dès lors plus ou moins directement favorisé, selon différentes voies. L'attribution du droit subjectif au créateur économique⁴⁶¹ – l'investisseur financier, par exception aux principes dits traditionnels⁴⁶², s'opère en effet selon différentes modalités qu'il s'agit d'explorer.

⁴⁵⁸ BENABOU (V.-L.), « Puiser à la source du droit d'auteur », *RIDA* avr. 2002, n° 192, p. 3, spé. p. 73, évoquant les « signes de ce "glissement" de bénéficiaires » du droit d'auteur, dont, « le caractère cessible des prérogatives, [...] » ; ALMA-DELETTRE (S.), *op. cit.*, p. 249, n° 379 et s., spé. p. 250, n° 382.

⁴⁵⁹ Les situations envisagées renvoient à la conception d'objets de droits de propriété intellectuelle dans un lien de dépendance entre un investisseur intellectuel et un investisseur financier. Nous nous intéresserons au cas des résultats d'investissements conçus pour autrui. La personne d'autrui fera référence à un investisseur économique. Celui-ci endossera les rôles d'employeur ou de commanditaire. Quant à l'investisseur intellectuel, dans ce contexte, il a le statut notamment de salarié de droit privé, d'agent public, d'indépendant créant sur commande d'un tiers. Il ressort de ce contexte de création dépendante des problématiques à la fois pratiques et théoriques. Elles se recentrent, en fait et en droit, sur la question de savoir qui de ces deux investisseurs a vocation à la titularité du droit sur le résultat d'investissement dont chacun d'eux a contribué à l'émergence. Autrement dit, le contexte de dépendance de la création doit-il avoir une influence sur l'attribution du droit sur l'objet qui en ressort ? Tandis que la loi prend en principe parti pour l'attribution du droit à l'investisseur intellectuel, par exception, la titularité est parfois octroyée à l'investisseur économique. Ce dernier, lié au premier par un contrat matérialisant le lien de dépendance juridique ou économique, entend par l'effet de l'acte, bénéficier des droits sur l'objet dont il a missionné le créateur d'élaborer. À ce titre, sera présentée l'existence d'un mouvement progressif d'attribution du droit à l'investisseur économique, procédant de la prise en charge par le législateur de la protection de ses intérêts, facilitant ainsi l'obtention du retour attendu de l'opération.

⁴⁶⁰ VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 318, n° 310, expliquant que « l'auteur peut se trouver dans une situation de dépendance, économique, juridique, qui risque de remettre en cause l'attribution de ses droits », et, en note n° 1 : « La dépendance économique ne se traduit pas toujours par un lien de dépendance juridique », précisant que leurs propos envisagent les créations de dépendance juridique.

⁴⁶¹ Pour désigner l'investisseur financier, l'expression de « créateur économique » a pu être employée, par MOUSSERON (J.-M.) et VIVANT (M.), « Les mécanismes de réservation et leur dialectique : le « terrain » occupé par le droit », *loc. cit.*, spé. n° 2, p. 3. Nous utiliserons l'expression de « créateur économique » dans un sens synonyme à celle d'« investisseur économique » ou « financier ».

⁴⁶² Le droit français de la propriété intellectuelle tend à attribuer le droit subjectif à la personne du créateur intellectuel. La qualité de titulaire découle ainsi de la qualité de créateur, car l'acte de création intellectuelle est, dans la plupart des cas, considéré comme le fait générateur du droit. Cependant, en tant que fiction juridique, la

219. Plan. Sera ainsi étudié le mécanisme d'attribution « *dérivée* » de la titularité du droit subjectif de propriété intellectuelle à l'investisseur économique (I), ainsi que le mécanisme d'attribution « *initiale* » (II).

I. L'attribution dérivée de la titularité du droit à l'investisseur économique

220. Une déconnexion vertueuse des qualités de créateur intellectuel et de titulaire du droit de propriété intellectuelle. La qualification de titularité « dérivée » renvoie à la situation dans laquelle la personne, titulaire du droit par « dérivation », n'est pas celle à qui bénéficie *a priori*, ni de façon primitive, le droit. Dans cette situation, la qualité de titulaire peut renvoyer à différents sujets de droits potentiels. Le créateur intellectuel n'est, en effet, pas le seul à pouvoir recueillir la titularité du droit. Autrement dit, il n'est pas nécessairement le titulaire du droit. La qualité de titulaire peut être assumée par un tiers à l'acte de création intellectuelle. Le principe en propriété intellectuelle, du moins dans son volet littéraire et artistique, veut que le droit subjectif soit attribué de manière initiale à la personnalité juridique responsable du fait générateur : la création, donc, le créateur. En propriété industrielle, en revanche, l'inventeur, ou le premier déposant a vocation à la titularité initiale du droit de brevet⁴⁶³. La création, fait générateur du droit, et le dépôt, acte générateur du droit, sont les deux sources de naissance possibles du droit de propriété intellectuelle. Ils indiquent l'identité du titulaire, selon la considération d'un fait juridique (la création), ou d'un acte juridique (le dépôt), en fonction des régimes. Dans chacun de ces domaines, il convient de distinguer les qualités de créateur et de titulaire initial ou dérivé du droit. La possibilité d'une titularité dérivée du droit de réservation implique qu'il puisse être attribué, de façon secondaire, à une autre personne que le créateur intellectuel, et notamment à l'investisseur économique à la conception, ou à l'exploitation, du résultat d'investissement réservé. Dans cette hypothèse, le droit est primitivement attribué à la personne du créateur intellectuel, ou du premier déposant. Puis, il est transféré, par différentes voies, à un ayant-droit, à un ayant-cause ou à un tiers. On retiendra donc l'existence d'une distinction⁴⁶⁴, entre la qualité d'auteur, d'artiste-interprète, d'inventeur, d'obteneur, c'est-à-

titularité peut permettre de désigner de façon arbitraire, par des motifs d'opportunité, un sujet autre que le créateur. Ainsi, si le droit est attribué en principe, pour certaines catégories juridiques, en priorité au « créateur intellectuel », par exception, ou par principe dans d'autres catégories juridiques, il sera attribué au « créateur économique », considéré, dans le cadre d'une relation de conception de dépendance, comme le mieux placé pour l'exploiter.

⁴⁶³ L'un ou l'autre dispose du « droit au brevet ».

⁴⁶⁴ POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, Le droit d'auteur, op. cit.*, p. 284, n° 329 ; BRUGUIÈRE (J.-M.), « Le "droit d'auteur économique", un droit d'auteur entrepreneurial perturbateur du droit d'auteur humaniste », in *Mélanges en l'honneur de Michel VIVANT*, Paris : Dalloz, 2020, p. 731, spé. p. 744, n° 17.

dire de « créateur intellectuel », et la qualité de titulaire des droits subjectifs qui lui revient, par principe, de façon initiale. L'existence d'une distinction entre les qualités de « créateur intellectuel » et de « titulaire du droit de propriété intellectuelle », explique que le droit puisse être attribué à quelqu'un d'autre que ce premier⁴⁶⁵. La possibilité d'une déconnexion des qualités de créateur intellectuel et de titulaire du droit de réservation a l'avantage de permettre à l'investisseur économique de pouvoir se réserver, ici de manière dérivée, les utilités économiques de son résultat d'investissement. De manière dérivée, la titularité du droit peut en effet être aménagée, de telle sorte que l'investisseur puisse lui-même l'exercer dans le but de rentabiliser son opération. Cependant, l'aménagement de la titularité par une dérivation ne concerne, *a priori*, que les prérogatives patrimoniales. Les possibilités d'attribution dérivée d'un droit subjectif de propriété intellectuelle, au bénéfice de l'investisseur économique, se manifestent tant dans le modèle de la propriété littéraire et artistique, et spécialement en matière de droit d'auteur (A), qu'en propriété industrielle, notamment en matière de droit au brevet (B).

A. L'attribution dérivée du droit d'auteur à l'investisseur économique

221. Les modalités de la titularité dérivée en droit d'auteur. En droit d'auteur, la titularité dérivée est permise et organisée par la loi, par exception au principe selon lequel, le créateur intellectuel est titulaire du droit par le simple fait qu'il est l'auteur de l'objet sur lequel porte le droit. D'une part, à l'examen des textes, on constate que la loi permet le transfert des droits sur l'objet protégé à un tiers pouvant être l'investisseur économique, par le biais de l'outil contractuel (1), mais sous certaines conditions précisément établies. D'autre part, la loi autorise un transfert plus automatique des droits au bénéfice de l'investisseur économique, selon des modalités de « cessions légales » (2).

1) L'attribution dérivée par le simple effet du contrat

222. L'effet variable du contrat. Dans certaines circonstances, lorsque créateur intellectuel et créateur économique sont dans une relation de dépendance économique et/ou juridique, afin de faire naître un résultat créatif d'investissements, le transfert des droits en assurant la réservation au bénéfice de l'investisseur économique, ne saurait être tiré implicitement de la simple existence d'un contrat matérialisant cette relation (a). Cependant, dans d'autres

⁴⁶⁵ Ainsi, dans le domaine du droit d'auteur, si une personne morale ne peut avoir la qualité d'auteur, elle peut néanmoins avoir la qualité de titulaire du droit.

circonstances, s'agissant de cas particuliers, la loi reconnaît bien un transfert de ces droits par « présomption » de cession⁴⁶⁶ (b).

a. Le principe de l'exclusion des cessions implicites

223. La règle de principe : neutralité de la création dans un lien d'engagement. En droit d'auteur français, les règles de principes relatives à la titularité de cette prérogative ne retiennent pas l'investisseur économique pour titulaire initial. Celui-ci peut néanmoins être amené à exercer les prérogatives dont il sera reconnu titulaire, mais pas de façon initiale. En effet, le titulaire naturel du droit d'auteur est la personne de l'auteur réalisant, par un acte de création intellectuelle, une œuvre de l'esprit, et la divulguant⁴⁶⁷. L'article liminaire du Code de la propriété intellectuelle en dispose ainsi : « 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 »⁴⁶⁸. Le même article poursuit en disposant qu'en principe⁴⁶⁹, la circonstance que l'œuvre de l'esprit soit réalisée dans le cadre d'un contrat de travail de droit commun ou de droit public, ou dans celui d'un contrat de commande⁴⁷⁰, est indifférente à cette règle de titularité du droit. Que l'œuvre ait été réalisée pour un employeur ou un commanditaire, selon ses demandes et ses directives, n'a pas d'influence sur la titularité des droits. Le principe de neutralité du contrat s'applique.

224. Les justifications de la règle. Les principes de titularité initiale de l'auteur et de neutralité du contrat sont cohérents avec la conception personnaliste du droit d'auteur. La mission de ce dernier est notamment de veiller à un équilibre entre les intérêts des auteurs et

⁴⁶⁶ Ainsi, le transfert du droit d'auteur à un tiers, par le simple effet d'un contrat matérialisant une relation de dépendance, déroge au principe énoncé à l'article L111-1 du CPI. Nous ne développerons pas dans ces propos l'existence d'une présomption de titularité des droits patrimoniaux sur une œuvre de l'esprit au bénéfice de l'exploitant, élaborée par la jurisprudence (arrêt fondateur, Cass. 1^{ère} civ., 24 mars 1993, *Aréo* : *Bull. civ.* I, n° 126 ; *RTD com.* 1995, p. 418, obs. FRANÇON (A.), et 2011, p. 45 obs. POLLAUD-DULIAN (F.) ; *JCP G* 1993, II, 22085, note GREFFE (F.) ; *RIDA* 1993, n° 158, p. 91, obs. KÉREVER (A.)). Celle-ci œuvre néanmoins dans le sens d'un mouvement de faveur aux intérêts des investisseurs économiques que sont les exploitants. En pratique, cette présomption de titularité par l'effet de l'exploitation de l'œuvre permet d'agir en contrefaçon à l'égard des tiers, en n'ayant pas à faire la preuve formelle de sa qualité de cessionnaire. À ce sujet, cf. not., POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, Le droit d'auteur, op. cit.*, p. 288, n° 337 et s. ; du même auteur, « La présomption prétorienne de titularité du droit d'auteur dans l'action en contrefaçon : la jurisprudence *Aréo* à l'épreuve du temps », *RTD com.* 2011, p. 45.

⁴⁶⁷ L'article L113-1 du CPI dispose que « la qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée ».

⁴⁶⁸ Art. L111-1 al. 1 CPI.

⁴⁶⁹ Art. L111-1 al. 3 CPI.

⁴⁷⁰ CARON (Ch.), *op. cit.*, p. 185, n° 214 et s., sur l'effet du contrat de commande pour le transfert des droits patrimoniaux du droit d'auteur ; sur le régime juridique du contrat de commande, DENOIX DE SAINT-MARC (S.), *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, Coll. Le droit des affaires, Propriété intellectuelle, t. 19., Paris : Litec, 1999.

ceux des exploitants. Dans cette perspective, la loi exige, afin que l'exploitant puisse bénéficier du droit par une cession consentie, que celle-ci le soit en respectant un formalisme particulier se voulant protecteur de l'auteur contre l'exploitant. Ainsi, lorsque l'investisseur économique (assimilé à l'exploitant, l'employeur, le commanditaire) souhaite jouir du droit sur une œuvre de l'esprit, dont il a concouru à la naissance, il ne peut se prévaloir de l'existence d'un simple contrat de travail ou de commande, qui aurait pour effet de l'investir de ce droit de façon automatique et initiale⁴⁷¹. Il incombe alors à l'auteur et au cessionnaire, de respecter le principe de neutralité du contrat témoignant de leur relation dans la phase de conception de la création, ainsi que celui de spécialité de la cession⁴⁷². L'investisseur ne peut en effet qu'être cessionnaire du droit, tout en respectant certaines conditions⁴⁷³.

225. Les inconvénients pour l'investisseur. Cependant, le respect de tels principes protecteurs de l'auteur est assez inconfortable pour l'investisseur économique⁴⁷⁴. Ce dernier recherche en effet la maîtrise juridique de l'œuvre de l'esprit ainsi réalisée, à l'appui de la titularité des droits y afférant. La maîtrise doit lui permettre de procéder efficacement à l'exploitation de l'œuvre constituant la source potentielle du retour attendu de son investissement dans sa conception. Le respect du formalisme rigoureux ne lui facilite pas la tâche. Ces règles semblent donc assez irréalistes pour satisfaire les intérêts des entreprises. La loi reconnaît cependant ponctuellement des exceptions en la matière, afin de ménager les intérêts des investisseurs. Il en va de la nécessité de concilier les intérêts en présence⁴⁷⁵.

226. La titularité dérivée par la cession implicite, solution aux inconvénients. La titularité dérivée du droit pour l'investisseur, au travers de l'hypothèse d'une cession implicite, représente une solution au problème⁴⁷⁶. Sa réception juridique est pourtant incertaine. Afin de s'affranchir des règles formalisées et contractuelles rigoureuses, la pratique s'est réfugiée derrière l'argument des effets du contrat de travail, dans le domaine de la production de biens matériels, afin d'obtenir la maîtrise des droits sur l'œuvre⁴⁷⁷. Cette argumentation révèle une

⁴⁷¹ À l'opposé de cette conception, se trouve celle de la loi américaine, qui est intégrée dans la catégorie juridique des « *works made for hire* », cf. POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, Le droit d'auteur, op. cit.*, p. 285, n° 331 ; VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 320, n° 213 ; BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, p. 100, n° 86.

⁴⁷² Art. L131-3 al. 1 CPI. Est également employée l'expression de principe de la « *cession retenue* ».

⁴⁷³ En aucun cas il ne peut être titulaire *ab initio* du droit d'auteur, si ce n'est dans le cas exceptionnel de l'œuvre collective.

⁴⁷⁴ VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 368, n° 321 : « *La tradition personnaliste du droit d'auteur est, en effet, considérée comme un frein au développement des entreprises, celles-ci pouvant voir à tout moment leur projet de valorisation de créations contrarié par les auteurs salariés* ».

⁴⁷⁵ CARON (Ch.), *op. cit.*, p. 181, n° 206.

⁴⁷⁶ VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 368, n° 322.

⁴⁷⁷ BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, p. 100, n° 85 et s. ; pour une lecture du phénomène d'appropriation de l'œuvre salariée, en tant que fruit d'un travail salarié, sous l'angle du mécanisme de la location,

assimilation de l'acte créatif à un simple travail et consolide le constat de l'existence d'une confrontation entre les disciplines du droit du travail et du droit de la propriété intellectuelle⁴⁷⁸. Les investisseurs voient en effet une cession implicite en l'existence du contrat de travail ou de commande les liant à l'auteur, en tant que chemin vers une titularité dérivée, voire même initiale. Pourtant, au terme d'une longue période d'acquiescement, la jurisprudence viendra considérer que cette existence est en tant que telle insuffisante⁴⁷⁹. Le contrat de travail ou le contrat de commande ne suffit pas à emporter une dérivation de la titularité du droit au bénéfice de l'investisseur économique, que cela ressorte d'une interprétation tacite ou d'une volonté explicite. Tandis que la loi exige une cession expresse et spéciale des droits, la jurisprudence a parfois accepté que cette cession puisse être implicite⁴⁸⁰. Par ailleurs, l'argumentation impliquait d'envisager le salaire perçu par l'auteur comme la contrepartie de la cession implicite des droits de ce dernier, au bénéfice de l'investisseur exploitant, alors qu'il ne s'agit, en réalité, que de la contrepartie de la mise à disposition de sa force de travail⁴⁸¹.

227. L'illicéité de la cession implicite. L'argumentaire de la cession implicite au bénéfice de l'investisseur économique, dans le cadre des besoins de l'entreprise (employeur ou commanditaire), a trouvé un écho favorable en jurisprudence, jusqu'à l'arrêt du 16 décembre 1992 rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation⁴⁸². La jurisprudence voyait en effet dans l'existence de ces contrats la justification d'une cession implicite des droits

cf. REVET (Th.), *La force de travail, étude juridique*, Coll. Bibl. Droit de l'entreprise, t. 28, Paris : Litec, 1992 ; et sous l'angle du mécanisme de l'accession, GAUDRAT (Ph.), « Les démêlés [...] », *loc. cit.*, spé. p. 129, précisant que « la propriété des choses corporelles industriellement produites allant, par accession, au détenteur du capital, la propriété intellectuelle des créations, doit, par identité de motifs, lui être similairement dévolue ».

⁴⁷⁸ DRAI (L.), « La logique du droit du travail versus la logique du droit de la propriété intellectuelle », in *Créations et inventions de salariés - Rompre avec les schémas reçus...*, Coll. IRPI, t. 35, Paris : Litec, 2010, p. 109, spé. p. 109, n° 1, p. 111, n° 4, et plus généralement, p. 117, n° 20 et s. ; et du même auteur, *Le Droit du travail intellectuel*, Coll. Bibl. droit social, t. 42, Paris : LGDJ 2005 ; J. RAYNARD, « Créations et inventions de salariés : une divergence irréductible ? », in Colloque organisé par le CUERPI, 28 nov. 2003, Grenoble, *Propriétés intellectuelles : unité ou diversité. A la recherche d'un droit commun des propriétés intellectuelles*, JCP E, Cah. dr. entr., 14 oct. 2004, suppl., n° 4, p. 13 ; LE CAM (S.), *L'auteur professionnel, entre droit d'auteur et droit social*, IRPI, t. 44, Paris : LexisNexis, 2014.

⁴⁷⁹ Cass. 1^{ère} civ., 16 déc. 1992, n° 91-11.480, *Norten* : Bull. civ. I, n° 315 ; JCP E 1993, I, 246, n° 4, obs. VIVANT (M.) et LUCAS (A.) ; RDPI 1993, n° 50, p. 48 ; RIDA avr. 1993, n° 156, p. 193, note SIRINELLI (P.).

⁴⁸⁰ BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 103, n° 90 ; en matière de contrat de commande, cf. DENOIX DE SAINT-MARC (S.), *op. cit.*, p. 182, n° 434 et s.

⁴⁸¹ Cf. à ce sujet POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, Le droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 302, n° 359 ; du même auteur, « Propriétés intellectuelles et travail salarié », *RTD com.* 2000, p. 273 et « Ombre et lumière sur le droit d'auteur des salariés », *JCP G* 1999, I, 150. Sur le régime juridique de la force de travail, cf. REVET (Th.), *op. cit.*

⁴⁸² Cass. 1^{ère} civ., 16 décembre 1992, *préc.* ; pour une même rupture jurisprudentielle en matière de contrat de commande, Cass. 1^{ère} civ., 24 oct. 2000, n° 97-19.032 : Bull. civ. I, n° 267 ; RJDA 2001, p. 374, obs. LE PÉCHON-JOUBERT (F.) ; CCE déc. 2000, Comm. 123 note CARON (Ch.) ; Cass. 1^{ère} civ., 16 mars 2004 n° 99-12.015 : Bull. civ. I, n° 89 ; JCP E 2004, Pan. 759 ; PI 2004, n° 11, p. 636, note SIRINELLI (P.) ; RIDA juill. 2004, n° 201, p. 255 obs. KEREVER (A.).

patrimoniaux de l'auteur à l'employeur⁴⁸³, ou au commanditaire⁴⁸⁴. Cependant, depuis le début des années quatre-vingt-dix, elle semble faire front⁴⁸⁵, en considérant que le contrat par lui-même ne peut emporter la cession implicite des droits patrimoniaux de l'auteur. En matière de contrat de travail, la Cour de cassation décida par un arrêt de cassation, rendu au Visa des articles L111-1 alinéa 3 et L131-3 alinéa 1 du Code de la propriété intellectuelle, 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 »⁴⁸⁶. Quant au cas de la cession implicite dans le cadre d'un contrat de commande, la jurisprudence a pu relever, par un arrêt de cassation, 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 »⁴⁸⁷.

228. L'affirmation de la nécessité d'une cession expresse et distincte respectant le formalisme. Puisque les dispositions de l'article L111-1 du Code de la propriété intellectuelle prévoient que la cession ne peut être implicite, il en découle qu'elle doit être expresse, et respectueuse du formalisme protecteur notamment des articles L132-2 et L131-3 dudit Code. Pour satisfaire ces exigences, la cession des droits de l'auteur à l'employeur doit ainsi s'opérer par un acte distinct du contrat de travail⁴⁸⁸. Elle doit prévoir en contrepartie, le versement d'un prix. Le salaire perçu par l'auteur dans le cadre de son contrat de travail est donc bien distinct de ce prix. Il rémunère la mise à disposition de la force de travail de l'auteur, son investissement intellectuel et humain en tant que salarié. La cession exige le versement d'une somme

⁴⁸³ TGI Seine, 28 juin 1954 : *JCP* 1955, II, 8692, note PLAISANT (R.) ; *RTD com.* 1955, p. 576, obs. DESBOIS (H.) ; Paris, 20 avr. 1989, RG n° 86-011861, *Mortureux de Faudoas* : *D.* 1989, IR p. 177 ; *RIDA* janv. 1990, n° 143, p. 317 obs. SIRINELLI (P.).

⁴⁸⁴ Cass. 1^{ère} civ. 27 mai 1986, n° 84-14.154 : *Bull. civ.* I, n° 144 ; *D.* 1987, somm. p. 154, obs. COLOMBET (Cl.), et jur. p. 209, note GAUTIER (P.-Y.) ; Cass. 1^{ère} civ. 7 mars 1989, n° 87-14.574 : *Bull. civ.* I, n° 115 ; Cass. 1^{er} civ. 27 oct. 1993, n° 91-16.394 : *Légifrance* ; *RIDA* janv. 1994, n° 159, p. 314 obs. KEREVER (A.).

⁴⁸⁵ Cass. 1^{ère} civ., 27 janv. 1993, n° 91-11.485 : *Légifrance* ; Cass. soc., 7 janv. 2015, n° 13-20.224 : *Légifrance* ; *D.* 2015, p. 2214, obs. LARRIEU (J.), LE STANC (Ch.) et TREFIGNY (P.) ; *JCP G* 2015, Doctr. 484, n° 6, p. 795 obs. BINCTIN (N.) ; *CCE* 2015, Comm. 31, note CARON (Ch.) ; *PI* 2015, n° 55, p. 205, obs. BRUGUIERE (J.-M.) ; *RLDI* 2015/112, n° 3665, obs. COSTES (L.) ; *RIDA* janv. 2016, n° 247, p. 198, obs. SIRINELLI (P.).

⁴⁸⁶ Cass. 1^{ère} civ., 16 décembre 1992, *préc.*

⁴⁸⁷ Cass. 1^{ère} civ., 24 octobre 2000, *préc.*

⁴⁸⁸ Cass. 1^{ère} civ., 15 nov. 1989, n° 88-13.441 : *Légifrance* ; *JCP* 1990, I, 3433, n° 29, obs. EDELMAN (B.), l'arrêt relevant que « la cession par un auteur de son droit de reproduction ne saurait être implicite. [...] La rémunération de l'architecte est indépendante de la cession des droits de propriété intellectuelle ».

supplémentaire - le prix, en lien avec la valeur du résultat de l'investissement humain du salarié et de l'investissement financier de l'employeur⁴⁸⁹.

229. Vers des cas de présomptions légales de cessions. En définitive, l'investisseur économique à la création, soit-il employeur ou commanditaire, ne peut être, en dehors de cas exceptionnels prévus par la loi, que cessionnaire des droits sur l'œuvre, par un acte distinct respectant un certain formalisme. Seul le cadre de l'œuvre collective peut dispenser du formalisme de la cession. Si cette dernière ne peut en principe s'inférer de la simple existence du contrat liant l'auteur à l'investisseur économique, la loi institue pour certains cas, des présomptions de cession.

b. Les exceptions : la reconnaissance légale de cessions implicites

230. Le mécanisme de la présomption de cession. Tandis que la jurisprudence tend à considérer que le contrat de création ne peut avoir pour effet la cession tacite des droits sur l'œuvre créée, la loi vient contourner cette règle de manière exceptionnelle⁴⁹⁰. L'enjeu de telles exceptions est de parer les inconvénients présentés par les principes de formalisme, de spécialité des cessions, et de prohibition des cessions globales des œuvres futures, en faveur des investisseurs économiques à la création. En ce sens, le législateur a fait le choix, pour certains types d'œuvres, d'aménager le régime de titularité. Ainsi, la loi attache à l'existence de certains contrats un effet de cession présumée des droits d'exploitation sur une œuvre de l'esprit. Elle prévoit que l'existence de ce contrat doit faire présumer une cession des prérogatives patrimoniales de l'auteur, au bénéfice de l'investisseur économique⁴⁹¹.

231. Opportunité et illustration des mécanismes de présomptions de cessions. Les présomptions de cession sont établies en compensation des effets des règles de neutralité du contrat et d'exigence du formalisme de la cession, compliquant les intérêts de l'investisseur entendant exploiter l'œuvre. La reconnaissance légale des présomptions de cessions des droits patrimoniaux sur une œuvre du simple fait du contrat, de l'auteur à l'investisseur économique, intervient dans un souci de satisfaire à la fois les intérêts des auteurs et des investisseurs. Une telle présomption serait le fruit d'un compromis. On songera d'ailleurs au caractère limité de la portée de telles présomptions, les contrats pouvant stipuler des clauses contraires. Pour le

⁴⁸⁹ Cf. BARBIER (H.), *op. cit.*, p. 522, n° 600 : « En bref, le salaire rémunère l'information cherchée, le prix de cession, l'information trouvée ».

⁴⁹⁰ Cf. LUCAS (A. et H.-J.) et LUCAS-SCHLOETTER (A.), *op. cit.*, 3^e éd., p. 40, n° 35 : « [...] Dans la même optique, on tendra à faire de l'investisseur le titulaire originaire des droits en élargissant le concept d'œuvre collective, ou, à tout le moins, à l'en investir automatiquement par l'effet de présomptions de cessions ».

⁴⁹¹ BRUGUIÈRE (J.-M.), « Le "droit d'auteur économique", [...] », *loc. cit.*, spé. p. 743, n° 15.

moins, la raison d'être des aménagements de titularité trouve sa source dans la considération de la réalité économique des secteurs d'activité concernés⁴⁹². Il en va du souci d'offrir à l'investissement, dans ces secteurs, un environnement favorable à sa rentabilité⁴⁹³, condition de l'incitation à la création et à la production de ces œuvres au bénéfice de la société. Le mécanisme de la présomption de cession serait de nature à favoriser le retour sur investissement attendu⁴⁹⁴. L'exploitation de l'œuvre se trouve en effet *a priori* facilitée pour l'investisseur économique, tant vis-à-vis des tiers⁴⁹⁵, que du créateur intellectuel. La loi a procédé à la reconnaissance d'une présomption de cession des droits par l'existence d'un contrat d'engagement de création dans deux cas. Il s'agit du contrat de production d'une œuvre audiovisuelle, et du contrat de commande pour la publicité. Nous procéderons à la présentation sommaire des modalités de ces présomptions, emportant des effets similaires, dont la portée et les limites ne sont pas dénuées non plus de similitudes.

232. Effet des présomptions de cessions des contrats de production d'œuvre audiovisuelle et de commande pour la publicité. L'article L132-24 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « le contrat qui lie le producteur aux auteurs d'une œuvre audiovisuelle, [...], emporte, sauf clause contraire et sans préjudice des droits reconnus à l'auteur [...], cession au profit du producteur des droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle ». Les auteurs ici mentionnés sont les titulaires naturels et initiaux des droits d'auteur, conformément au principe personnaliste du droit d'auteur français. Le producteur, qui peut être identifié par sa fonction d'investisseur économique, n'a donc pas vocation à être, selon cette règle de principe, titulaire initial des droits des auteurs⁴⁹⁶. Dans la même veine, l'article L132-31 dudit Code, quant à lui, dispose que « dans le cas d'une œuvre de commande utilisée pour la publicité, le contrat entre le producteur et l'auteur entraîne, sauf clause contraire, cession au producteur des droits d'exploitation de l'œuvre, [...] ». D'après le texte et son interprétation jurisprudentielle, ce contrat régit les relations entre l'auteur et l'annonceur (l'entreprise projetant d'engager une campagne publicitaire), ou entre l'auteur et l'agence de publicité⁴⁹⁷. Dans le cadre de ces relations, l'auteur est un cocontractant de l'agence de publicité. Comme

⁴⁹² LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *op. cit.*, p. 51, n° 38.

⁴⁹³ DESBOIS (H.), *op. cit.*, p. 796, n° 673, sur l'opportunité de la présomption de cession en matière de production audiovisuelle.

⁴⁹⁴ TILLOY (C.), *loc. cit.*, p. 154, n° 37, mentionnant le fait que la présomption de cession des droits patrimoniaux au bénéfice du producteur de l'œuvre audiovisuelle « favorise incontestablement le retour sur investissement ».

⁴⁹⁵ POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, Le droit d'auteur, op. cit.*, p. 379, n° 491, au sujet de la présomption de cession des droits d'exploitation au profit du producteur en matière d'œuvre audiovisuelle.

⁴⁹⁶ Sur ce contrat, cf. not. PARISOT (B.), « La présomption de cession des droits d'auteur dans le contrat de production audiovisuelle : réalité ou mythe ? », *D.* 1992, chron., p. 75.

⁴⁹⁷ CARON (Ch.), *op. cit.*, p. 460, n° 478.

pour la situation précédente, selon le principe en droit d'auteur, le titulaire naturel du droit d'auteur est l'auteur lui-même. L'annonceur ou l'agence de publicité ne peut donc en être titulaire initial⁴⁹⁸. Les droits patrimoniaux des auteurs sont présumés cédés au producteur de l'œuvre audiovisuelle, par la seule existence d'un contrat d'engagement en vue de la réalisation d'une œuvre audiovisuelle. Le producteur, tenant le rôle d'investisseur économique, n'a donc pas à se faire céder les droits par des stipulations expresses, ni en respectant les formalités d'écrits et d'étendues des cessions⁴⁹⁹. Le même effet intervient par la présomption reconnue en matière de contrat de commande pour la publicité. L'existence de ce contrat emporte présomption de cession des droits d'exploitation de l'auteur sur l'œuvre, au commanditaire, sans que ce dernier ait à se les faire céder de façon spécifique, ni expresse.

233. Utilité et portée relatives des présomptions de cessions⁵⁰⁰. En dépit des aspects vertueux de ces régimes pour l'investisseur économique, leur efficacité demeure limitée. En effet, l'avantage n'est pas absolu, ne serait-ce que parce que la loi précise que des clauses peuvent être insérées dans le contrat, afin de tenir en échec la présomption, ou pour limiter l'étendue de la cession. Tant les articles L132-24, que L132-31 du Code de la propriété intellectuelle prévoient l'effectivité d'une présomption de cession, sauf clause contraire. La présomption de cession du contrat de production d'œuvre audiovisuelle n'est pas absolue dans son étendue, car certaines prérogatives ne sont pas cédées. Tel est le cas par exemple des droits graphiques, ainsi que les droits théâtraux⁵⁰¹. De plus, la présomption ne s'applique que concernant les droits de certains auteurs de l'œuvre⁵⁰². L'utilité de la présomption peut être discutée de ces points de vue, mais aussi du fait qu'une rémunération pour chaque type d'exploitation de l'œuvre est due, et donc, doit être prévue de façon particulière. Cela ramène semble-t-il aux exigences des formalités que la présomption a vocation à contourner... Par ailleurs, il semble que les dispositions des articles L131-3 et L131-4 du Code de la propriété intellectuelle, en plus de celles de l'article L132-25, mènent tout de même à exiger la présence d'un contrat écrit. L'exigence conduit à détailler les droits spécifiquement cédés et leur étendue, ainsi que les modalités de la rémunération proportionnelle aux recettes de l'exploitation⁵⁰³. Le même constat critique de l'utilité de la présomption de cession peut être dressé en matière de

⁴⁹⁸ Sur ce contrat, cf. not. DENOIX DE SAINT-MARC (S.), *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, *op. cit.*, p. 187, n° 449 et s.

⁴⁹⁹ *Id.*, p. 426, n° 463 ; MONTELS (B.), « Contrats de production et d'exploitation des œuvres audiovisuelles », *J.-Cl. Communication*, fasc. 6085, 2006, n° 7.

⁵⁰⁰ Pour des propos critiques sur l'utilité de cette présomption, DESBOIS (H.), *op. cit.*, p. 796, n° 673 ; PARISOT (B.), *loc. cit.*

⁵⁰¹ Art. L132-24 CPI.

⁵⁰² *Idem.*

⁵⁰³ Art. L132-25 CPI.

contrat de commande pour la publicité⁵⁰⁴, du moins, en ce qui concerne l'exigence de précision des termes de la rémunération pour chaque type d'exploitation prévue de l'œuvre. L'article L132-31 du même Code exige en effet, pour que la présomption de cession soit effective, que le contrat de commande contienne des stipulations relatives à la « rémunération distincte due pour chaque mode d'exploitation de l'œuvre en fonction notamment de la zone géographique, de la durée de l'exploitation, de l'importance du tirage et de la nature du support ». Ainsi, comment peut-on être convaincu de l'opportunité d'une telle présomption, dès lors que son efficacité implique de respecter des conditions formelles que la loi visait justement à contourner ? Les conditions formelles visées évoquent, à vrai dire, celles de l'article L131-3 du Code de la propriété intellectuelle. Aussi, il semble à ce titre qu'un écrit soit indispensable⁵⁰⁵. L'effectivité de cette présomption se trouve ainsi « bien fragile »⁵⁰⁶.

2) *L'attribution dérivée par l'effet de la loi : les cessions automatiques*

234. Cession par effet de la loi. Par exception au principe, la loi permet et organise des « cessions automatiques » des droits d'auteur au bénéfice de l'investisseur économique. Dans ces hypothèses, le droit naît sur la tête de l'auteur, il en est donc titulaire « *ab initio* ». Puis par l'effet automatique de la loi, l'investisseur économique en est investi. Tel est le cas, soit à raison de la nature de l'œuvre objet du droit **(a)**, soit à raison du statut du créateur intellectuel **(b)**.

a. Le cas de l'œuvre logicielle

235. Contexte de construction d'un régime d'exception. Les modalités d'aménagement de la titularité des droits sur un logiciel produit par un salarié, dans le cadre de ses fonctions, témoignent d'une prise en compte des intérêts de l'employeur, investisseur économique. Ceux-ci résident dans la protection du retour attendu de l'investissement. Dans cet objectif, la loi permet à l'investisseur de bénéficier, de façon plus aisée, de la titularité des droits, sans avoir à respecter des formalités rigoureuses de cession⁵⁰⁷. En ce sens vont les dispositions de l'article L113-9 du Code de la propriété intellectuelle.

⁵⁰⁴ Sur la portée et l'utilité de la présomption, DENOIX DE SAINT-MARC (S.), *op. cit.*, p. 189, n° 452 et s.

⁵⁰⁵ POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, Le droit d'auteur, op. cit.*, p. 1074, n° 1604, et p. 1075, n° 1605 ; DENOIX DE SAINT-MARC (S.), *op. cit.*, p. 189, n° 452 et s. ; PARENT (E.), *Le droit d'auteur sur les créations publicitaires*, Paris : Eyrolles, 1989, p. 134-135 ; DURRANDE (S.), « La cession du droit d'exploitation des œuvres publicitaires de commande », *D.* 1986, chron., p. 280, spé. p. 282.

⁵⁰⁶ VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 851, n° 868.

⁵⁰⁷ L'employeur cessionnaire échappe aux dispositions de l'article L131-1 et s. du CPI ; BENSAMOUN (A.), « La titularité des droits patrimoniaux sur une création salariée : du paradis artificiel à l'artifice du paradis », *RLDI* 2011/67, n° 2210, spé. p. 59, n° 13.

236. Une « dévolution » conditionnée. La méthode employée n'est pas strictement celle de la cession⁵⁰⁸. Selon la lettre de la loi, il s'agit d'une dévolution⁵⁰⁹. Le procédé a pour effet de faire naître le droit d'auteur sur la tête de l'auteur salarié, sans qu'il ait toutefois le pouvoir de l'exercer, l'exercice en étant réservé à l'employeur. Il s'agit d'un transfert des droits automatique régit par la loi, et conditionné par la circonstance que le logiciel ait été réalisé par un salarié dans l'« exercice de ses fonctions »⁵¹⁰, ou d'« après les instructions de l'employeur »⁵¹¹, dans un lien de dépendance juridique⁵¹².

237. L'hypothèse du défaut de contrepartie. Cette cession automatique et légale ne justifie pas de versement supplémentaire, ni autre que le salaire versé par l'employeur au salarié. On pourrait dès lors y voir une cession sans contrepartie. La situation de cet auteur serait ainsi moins favorable que celle des autres auteurs, dont les droits sont cédés par présomptions ou selon les modalités traditionnelles⁵¹³. Aussi, même si inspiré du régime du droit des brevets⁵¹⁴, cet aménagement de la titularité des droits favorable à l'employeur présente des limites dans la considération de l'intérêt du créateur intellectuel. Ce dernier ne reçoit pas de compensation, et peu de sollicitude⁵¹⁵, en dehors de la conservation d'un reliquat de droit moral. Si elle demeure dans les mains de l'auteur salarié du logiciel, force est de reconnaître, que la prérogative extrapatrimoniale est nettement réduite dans sa consistance⁵¹⁶.

b. Les cas des œuvres créées par des fonctionnaires et des journalistes

238. Cessions de « plein droit ». Selon une démarche similaire à celle précédemment exposée, la loi a introduit des exceptions au principe de l'article L111-1 du Code de la propriété intellectuelle, concernant les droits des auteurs fonctionnaires et des auteurs journalistes. En la

⁵⁰⁸ Sur la notion de « cession », GAUDRAT (Ph.), « La protection des logiciels [...] », *loc. cit.* spé. p. 273, n° 48.

⁵⁰⁹ *Id.*, p. 255, n° 42, sur l'interprétation du terme « dévolus ».

⁵¹⁰ Art. L113-9 du CPI.

⁵¹¹ *Ibid.*

⁵¹² Art. L611-7 CPI ; cette modalité d'attribution du droit d'auteur n'est pas sans faire penser à celle existant en matière de droit des brevets d'invention, à ce sujet, cf. not. POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, Le droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 328, n° 409 ; GAUDRAT (Ph.), « La protection des logiciels [...] », *loc. cit.*, spé. p. 251, n° 39 et s., sur la situation de dépendance matérielle et/ou juridique du créateur.

⁵¹³ BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 107, n° 101 : « Un traitement aussi défavorable des auteurs laisse pantois ! Le programmeur est le créateur de bien intellectuel le plus mal traité du Code de la propriété intellectuelle ».

⁵¹⁴ L'article L611-7 du CPI prévoit le versement d'une compensation à la cession automatique, soit sous forme de rémunération supplémentaire, soit sous forme de juste prix.

⁵¹⁵ La loi permet néanmoins aux parties, à l'article L113-9 du CPI, de prévoir une solution contraire plus favorable à l'auteur salarié par stipulations contractuelles.

⁵¹⁶ L'auteur ne peut en effet s'opposer à la modification de son œuvre, qu'en cas d'« atteinte à son honneur et à sa réputation » (art. L121-7 CPI). Pour leur part, les droits de repentir et de retrait disparaissent. Ne reste plus, essentiellement, que le droit de paternité ; POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, Le droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 330, n° 411.

matière, la cession légale des droits des auteurs s'apparente à une cession dite de « plein droit ». Nous nous intéresserons surtout au régime de titularité des droits sur les créations des journalistes salariés. En effet, le régime de cession légale des droits des fonctionnaires au bénéfice de l'État, quand bien même ce dernier pourrait être assimilé à un investisseur économique dans la conception des œuvres, démontre que la cession légale prévue n'entre pas véritablement dans le cadre d'un souci de valorisation économique de l'œuvre, ni dans la recherche d'une rentabilité de l'opération. La cession légale ne vaut en l'occurrence que si l'utilité de la création entre dans le champ strict et nécessaire de l'exercice d'une mission de service public⁵¹⁷. Or, cette dernière n'a *a priori* pas pour vocation la recherche d'une rentabilité économique.

239. La titularité des droits sur les œuvres des journalistes. Avant 2009, le régime de titularité des droits sur les œuvres créées par les journalistes dans un lien de subordination était dirigé par les règles de principes liées aux dispositions de l'article L111-1 du Code de la propriété intellectuelle. Un aménagement au bénéfice des entreprises de presse existait cependant déjà, sous la forme d'une présomption de cession des droits de ces auteurs sur leurs œuvres, seulement pour leur première publication⁵¹⁸. Les suivantes étaient soumises aux règles de principe de la cession⁵¹⁹. Comme pour les autres investisseurs économiques envisagés dans les autres domaines, cette situation était inconfortable pour leurs intérêts. Les investisseurs obtinrent, par la loi du 12 juin 2009, un régime de cession plus favorable et d'une portée plus large⁵²⁰. Le besoin d'extension de la cession s'est fait ressentir notamment dans un contexte d'évolution des techniques de diffusion, par le développement du numérique et des réseaux. Les œuvres des journalistes de presse avaient en effet vocation à être exploitées, de façon large, à plusieurs reprises, et sur des supports de diffusion différents. L'article L111-1 du Code de la propriété intellectuelle, précisant l'indifférence de la création dans un lien de dépendance sur la titularité des droits des œuvres créées dans ce cadre, fait aujourd'hui allusion à des exceptions⁵²¹, dans lesquelles s'inscrit celle relative à la titularité des droits sur les œuvres créées par des journalistes salariés. Ainsi, la réforme de 2009 instaure les dispositions relatives

⁵¹⁷ Art. L131-3-1 CPI.

⁵¹⁸ POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, Le droit d'auteur, op. cit.*, p. 317, n° 385.

⁵¹⁹ BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, p. 108, n° 102 ; POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, Le droit d'auteur, op. cit.*, p. 319, n° 389.

⁵²⁰ Sur le régime de titularité du droit d'auteur sur les œuvres de journalistes salariés, cf. not. LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *op. cit.*, p. 199, n° 175 et s. ; n° 207 et s. ; BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, p. 108, n° 102 et s. ; VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 324, n° 318 ; CARON (Ch.), *op. cit.*, p. 182 ; DERIEUX (E.), « La presse : le droit d'auteur des journalistes – Incidences de la loi du 12 juin 2009 », in *Créations et inventions de salariés - Rompre avec les schémas reçus...*, *op. cit.*, p. 71, spé. p. 78.

⁵²¹ Art. L111-1 al. 3 CPI.

au régime de titularité des droits de l'organe de presse sur les œuvres de leurs journalistes salariés à l'article L132-36 du même code. L'employeur, investisseur économique à la production des œuvres des journalistes, peut être considéré au sens de la loi comme l'organe de presse éditant un titre de presse. L'effet de ces dispositions se concentre dans la cession des droits du journaliste à l'employeur, par la seule existence d'un contrat matérialisant leur relation. L'employeur, organe de presse, se trouve ainsi cessionnaire des droits sans avoir à respecter les formalités traditionnelles de cession des droits. Pour autant, l'employeur n'est pas ici titulaire *ab initio* des droits, lesquels naissent originellement dans le patrimoine de l'auteur journaliste. Cette cession légale des droits d'exploitation sur une œuvre, pour différents supports, dans le cadre d'un titre de presse, ne semble pas s'effectuer sans contrepartie.

240. Condition et contrepartie de la cession. En effet, l'article L132-37 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que la cession a pour « seule contrepartie le salaire, pendant une période fixée [...] »⁵²². Elle n'est pas absolue, mais limitée et ce, à deux titres. D'une part, la cession des droits d'exploitation est limitée aux œuvres réalisées par le journaliste dans le cadre d'« un titre de presse »⁵²³, dont il contribue à l'élaboration, et pour leur exploitation, dans ce même cadre. D'autre part, la cession légale est limitée de façon temporelle, puisque, au-delà de la période fixée, « période de référence », la cession des droits d'exploitation sur les œuvres doit être « rémunérée, à titre de rémunération complémentaire sous forme de droits d'auteur ou de salaire »⁵²⁴.

241. Les règles traditionnelles et personnalistes relatives au régime de titularité des droits sur une œuvre de l'esprit ne sont pas très favorables à l'investisseur économique intervenant pour le financement de la conception. Cela les contraint à recourir à un mode de titularité dérivée du droit n'apparaissant pas des plus confortables. Pourtant, sans aller jusqu'à l'obtention d'une titularité initiale, les investisseurs ont pu obtenir des modalités facilitées de titularité dérivée des droits. La dynamique de faveur de la titularité dérivée des droits au bénéfice des investisseurs économiques peut également être identifiée en matière de propriété industrielle.

⁵²² On pourrait d'une certaine façon considérer que la cession légale s'opère ainsi à titre gratuit, puisque nous avons précédemment envisagé que le salaire perçu par l'auteur salarié n'était que la contrepartie de la mise à disposition de sa force de travail, et pas la contrepartie de la cession tacite des droits de l'auteur à l'employeur. Ainsi, dans le cas des journalistes salariés, la cession des droits d'exploitation pour une période fixée ne fait pas l'objet de « redevances », comme la règle le veut, mais seulement d'un salaire.

⁵²³ La notion de titre de presse est définie à l'article L132-35 du CPI.

⁵²⁴ Art. L132-38 CPI.

B. L'attribution dérivée du droit au titre à l'investisseur économique en droit des brevets d'invention

242. Une dynamique commune aux différentes catégories de la propriété industrielle.

Le droit de la propriété industrielle partage *a priori* en commun avec la propriété littéraire et artistique l'attribution de la titularité des droits aux créateurs intellectuels. Cependant, la détermination de la titularité est parfois aménagée au bénéfice plus direct de l'investisseur économique, par faveur de la loi à son égard. Le régime de titularité favorable à l'investisseur économique en matière de brevets d'invention en témoigne. Le propos peut se vérifier également de façon transversale pour l'ensemble des titres de propriété industrielle. Certains titres de propriété industrielle connaissent néanmoins quelques particularités et complications dans la détermination de la qualité de titulaire du droit, lorsque l'objet protégé est créé dans un lien de dépendance⁵²⁵.

243. Distinction entre propriété de l'invention et droit au brevet sur l'invention. Le droit de la propriété industrielle ne raisonne pas en termes de titularité d'un droit exclusif, tout à fait de la même façon que dans le système du droit de la propriété littéraire et artistique, et *a fortiori* du droit d'auteur. Ainsi, en droit des brevets, il ne s'agit pas de raisonner en termes de propriété d'une invention, comme on raisonne en termes de propriété d'une œuvre de l'esprit en droit d'auteur. Il convient davantage de raisonner en termes de droit *au* brevet⁵²⁶. Il existe en effet une dissociation semblant prendre sa source dans la différence de nature du fait générateur du droit dans les deux modèles. Le fait que l'acte générateur du droit de propriété industrielle, ici le brevet, réside dans un dépôt, a une influence sur la possibilité qu'un tiers à l'inventeur puisse être titulaire du titre, protégeant et réservant l'invention brevetée⁵²⁷. La règle de principe est celle dite du « premier déposant ». La loi précise en effet que « le droit au titre de propriété industrielle mentionné à l'article L611-1 appartient à l'inventeur ou à son ayant cause »⁵²⁸.

⁵²⁵ Tel est notamment le cas en matière de droit des dessins et modèles, l'objet de ce droit pouvant également être protégé par le droit d'auteur. Les règles et principes de titularité du droit d'auteur et du droit des dessins et modèles, applicables parfois sur un même objet, ne semblent pas identifier la même personne comme titulaire des droits en fonction du fondement choisi. À ce sujet cf. not. POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, La propriété industrielle*, *op. cit.*, p. 584, n° 1077 et s. et p. 587, n° 1083 et s. pour les créations de salariés.

⁵²⁶ PASSA (J.), *op. cit.*, t. 2, p. 275, n° 219.

⁵²⁷ RAYNARD (J.), PY (E.) et TREFIGNY (P.), *op. cit.*, p. 16, n° 23 : « [...] la dissociation de l'acte de mise au point de l'invention avec la naissance du droit privatif, consécutif au dépôt d'une demande, permet de légitimer le dépôt du droit industriel par quelqu'un d'autre que l'inventeur (qui sera « l'ayant-droit » de ce dernier) : le breveté ne sera donc pas toujours l'inventeur », précisant en note n° 89 : « Si l'inventeur a, de par la loi, le droit premier de déposer un brevet sur son invention, il peut affecter ce « droit » à autrui (son ayant cause) : mais seul le dépôt du brevet (par l'ayant cause) fait naître le droit de propriété », et p. 130, n° 251.

⁵²⁸ Art. L611-6 CPI.

244. Le titulaire naturel du « droit au brevet » sur une invention : théorie et pratique.

Selon ces dispositions, en théorie et selon le principe, l'inventeur est en mesure de procéder au dépôt d'une demande visant à breveter sa création⁵²⁹, afin d'en obtenir un droit exclusif d'exploitation. Cependant, la loi précise également que le premier déposant peut être son « ayant cause ». Ce dernier bénéficiera ainsi du droit au titre. Il s'agira, bien souvent, du cocontractant de l'inventeur, commanditaire d'une invention, ou son employeur. La vocation du droit *au titre* de l'ayant-cause s'opère ainsi par l'effet du contrat ou par l'effet de la loi. En somme, si en théorie le droit au titre revient à l'inventeur, il revient en pratique à son ayant-cause, lorsque l'invention est créée dans le cadre d'un lien d'engagement, liant l'inventeur à l'ayant cause. La loi organise plus précisément dans quelles circonstances celui-ci sera en droit de recueillir la qualité de premier déposant. Tel est le cas lorsque le contrat liant l'inventeur à un commanditaire le prévoit, ou, plus spécialement, lorsque l'inventeur réalise son activité dans le cadre d'un lien de subordination. La loi, pas plus que le contrat, n'organisent en tant que tels une « cession » ou un « transfert » du droit de brevet, au bénéfice du commanditaire ou de l'employeur assimilable à des investisseurs économiques. Ils aménagent néanmoins la détermination de la personne ayant qualité de premier déposant, pour ensuite jouir de la titularité des droits du brevet. La loi ou le contrat permettent d'identifier qui a le « droit *au brevet* ». Ainsi, pour certains auteurs⁵³⁰, il n'est pas convenable de parler de « cession de droit » au brevet⁵³¹. Il conviendrait peut-être davantage, de parler de transfert de la qualité de premier déposant par l'effet de la loi ou du contrat. Cet aménagement légal est effectivement pensé pour s'appliquer aux inventions brevetables réalisées dans le cadre d'un lien de subordination. Ce faisant, la modalité facilite la titularité du droit au bénéfice de l'investisseur, afin qu'il puisse au mieux gérer la rentabilité de son opération. La justification de telles modalités est d'ordre pratique.

245. Justification pratique. Les inventions ont vocation à être développées dans le cadre de contrats de commande ou au sein d'une entreprise. Leurs mises au point nécessitent de lourds moyens de différents ordres. L'invention est ainsi le fruit d'une combinaison d'investissements. Elle requiert des apports de natures humaines et intellectuelles qu'assument les inventeurs, ainsi que des apports d'ordres matériels et financiers qui sont, pour leurs parts, assumés par des entités qui en ont les moyens, dont des entreprises. L'entreprise tient donc un rôle d'investisseur

⁵²⁹ TILLOY (C.), *loc. cit.*, p. 142, n° 20.

⁵³⁰ RAYNARD (J.), PY (E.) et TREFIGNY (P.), *op. cit.*, p. 131, n° 253 *in fine*.

⁵³¹ POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, La propriété industrielle, op. cit.*, p. 215, n° 335 employant cette notion de « cession » du droit de l'inventeur à demander un brevet.

dans la conception et le développement de ces inventions, aspirant à détenir un moyen de réservation (octroyé par le brevet), afin de rentabiliser ses dépenses engagées, par la perception en retour, d'un profit espéré. C'est, dans cette perspective, qu'en pratique, le droit au brevet sur l'invention est attribué à l'employeur ou au commanditaire, par différentes modalités prévues par la loi. Cette attribution apparaît comme une récompense de la prise de risque assumée par l'employeur⁵³², lorsqu'il investit dans la naissance d'une invention. Dans le cadre d'un lien de subordination, et à défaut de stipulations contractuelles contraires plus favorables à l'inventeur⁵³³, la loi organise des règles de titularité en faveur de l'investisseur économique⁵³⁴.

246. Le régime de droit au brevet sur les inventions de salariés. Le statut de salarié de l'inventeur, par le biais d'un lien de subordination, permet à l'employeur de jouir des droits d'exploitations sur le brevet d'invention de différentes façons. Nous ne nous intéresserons à ce stade qu'à une d'entre elles : l'invention hors-mission attribuable. Par définition, selon la qualification de la loi⁵³⁵, les droits au brevet sur ces inventions n'ont pas vocation naturelle à être attribués à l'employeur, même si les inventions ont été réalisées par une personne se trouvant sous le statut de salarié, dans un lien de subordination à l'égard de l'employeur⁵³⁶. Le droit au brevet, concernant les inventions réalisées par le salarié en dehors de sa mission de travail appartient, selon le principe, à cet inventeur salarié⁵³⁷. Pourtant, ce statut spécifique permet à l'employeur, quand bien même l'invention réalisée par son salarié l'aurait été « en dehors de ses missions », et par exception, de s'en faire « attribuer la propriété ou la jouissance »⁵³⁸.

247. Le cas de l'invention hors-mission attribuable. L'article L611-7 2° du Code de la propriété intellectuelle ouvre, au bénéfice de l'employeur, une possibilité de se faire attribuer la propriété ou la jouissance d'une invention réalisée par son salarié, en dehors de sa mission de travail. Les inventions hors missions sont celles réalisées en « périphérie » du contrat de

⁵³² Pour une interprétation en ce sens, cf. BARBIER (H.), *op. cit.*, p. 517, n° 592 et s., n° 593 ; RAYNARD (J.), PY (E.) et TREFIGNY (P.), *op. cit.*, p. 133, n° 256.

⁵³³ Art. L611-7 CPI ; AZÉMA (J.) et GALLOUX (J.-Ch.), *op. cit.*, p. 279, n° 388 ; POLLAUD-DULIAN (F.), *La propriété industrielle, op. cit.*, p. 225, n° 362 ; PASSA (J.), *op. cit.*, t. 2, *op. cit.*, p. 286, n° 229.

⁵³⁴ FOYER (J.) et VIVANT (M.), *Le droit des brevets, op. cit.*, p. 88 : « La grande majorité des inventions est faite de nos jours par des salariés ou des agents publics. D'où la très grande importance de la solution donnée à la question de savoir à qui est reconnu le droit d'obtenir un brevet pour l'invention réalisée : à celui qui l'a faite ou à celui qui a rémunéré l'inventeur afin qu'il inventât ? ».

⁵³⁵ Les dispositions de ce régime légal des inventions de salariés (art. L611-7 CPI) sont issues principalement de la loi du 13 juillet 1978, portant réforme du droit des brevets.

⁵³⁶ Le régime est applicable tant à l'égard des inventeurs salariés de droit privé, qu'à l'égard des inventeurs fonctionnaires ou agents publics, cf. art. L611-7 5° CPI ; POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, La propriété industrielle, op. cit.*, p. 225, n° 361.

⁵³⁷ La loi, à l'article L611-7 du CPI précise en substance que toutes les autres inventions que celles réalisées dans le cadre d'une mission de travail confiée au salarié, lui appartiennent.

⁵³⁸ Art. L611-7 2° CPI.

travail⁵³⁹, mais présentant un lien avec l'entreprise. Selon la lettre de la loi, ces inventions sont conçues par un salarié « soit dans le cours de l'exécution de ses fonctions, soit dans le domaine des activités de l'entreprise, soit par la connaissance ou l'utilisation des techniques ou de moyens spécifiques à l'entreprise, ou de données procurées par elle »⁵⁴⁰. Les caractères requis de ces inventions en lien avec l'entreprise sont d'ordre alternatif. En somme, ce qui justifie une telle dérogation au principe réside dans le fait que, bien que réalisée en dehors des missions qui lui sont confiées, l'invention hors mission réalisée par l'inventeur salarié l'est, « sous l'influence du contrat de travail »⁵⁴¹. En pratique, l'employeur mettra en œuvre cette faculté d'attribution, lorsque l'invention en question est susceptible de l'intéresser, présentant un intérêt pour l'entreprise. En utilisant son droit au titre sur l'invention, puis en exerçant son droit de brevet, l'employeur pour obtenir un moyen de rentabiliser ses investissements.

248. L'attribution de l'invention par la volonté de l'employeur. La loi met à la charge de l'inventeur salarié l'obligation de faire état de l'existence de son invention à son employeur, par une déclaration⁵⁴², y compris si elle est réalisée « hors-mission ». L'employeur dispose d'un délai à compter de la date de réception de la déclaration pour exercer le droit d'attribution⁵⁴³. Par un acte de revendication manifestant sa volonté, « c'est en somme l'invention, et avec le droit au brevet, que l'employeur se fait attribuer »⁵⁴⁴. Cette attribution par la simple volonté de l'employeur est permise par la conjugaison des effets du contrat de travail et de la loi. On parle à ce titre de droit de préemption ou encore d'« expropriation pour cause d'utilité privée »⁵⁴⁵. Le droit d'attribution s'analyse encore comme « un pouvoir unilatéral de l'employeur, analogue à un droit d'option potestatif »⁵⁴⁶. Par l'effet de la loi, et à l'appui de l'existence d'un lien de subordination, l'employeur est en mesure de bénéficier de façon « dérivée », de la propriété et de la jouissance de l'invention, grâce au droit au titre en tant qu'ayant cause. De façon primitive, la faveur du régime revient bien à l'inventeur. Ce n'est que par la mise en œuvre d'une faculté

⁵³⁹ Pour l'emploi de cette notion, cf. MARINO (L.), *op. cit.*, p. 300, n° 144.

⁵⁴⁰ Sur les différentes hypothèses de qualification d'inventions hors-missions attribuables, AZÉMA (J.) et GALLOUX (J.-Ch.), *op. cit.*, p. 290, n° 406.

⁵⁴¹ RAYNARD (J.), PY (E.) et TREFIGNY (P.), *op. cit.*, p. 143, n° 276 ; POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, La propriété industrielle, op. cit.*, p. 228, n° 368, pour qui ces trois hypothèses légales d'attribution « ont en commun à la fois le défaut de mission inventive et l'existence d'un lien avec l'employeur ».

⁵⁴² Art. L611-7, 3° et R611-1 CPI.

⁵⁴³ PASSA (J.), *op. cit.*, t. 2, p. 324, n° 262, selon lequel, le droit d'attribution porte sur l'invention ; pour d'autres interprétations, cf. not. AZÉMA (J.) et GALLOUX (J.-Ch.), *op. cit.*, p. 291, n° 407.

⁵⁴⁴ PASSA (J.), *op. cit.*, t. 2, p. 325, n° 262.

⁵⁴⁵ Formule employée par PASSA (J.), *op. cit.*, t. 2, p. 323, n° 261, citant en note n° 261 AZÉMA (J.), « Le droit à attribution des inventions mixtes », in *Les inventions d'employés, Journée d'actualité du droit de l'entreprise*, Coll. Actualités du droit de l'entreprise, Montpellier : Librairies techniques, 1979, p. 135, spé. p. 137.

⁵⁴⁶ *Id.*, p. 322, n° 261, employant la notion de droit d'« option » sur l'invention que l'employeur « peut lever ou non au gré de ses intérêts ».

laissée à l'employeur, que ce dernier peut se trouver titulaire des droits, de façon dérivée. Si la loi prévoit que ce type d'invention appartient au salarié, mais que « l'employeur a le droit de se faire attribuer la propriété ou la jouissance de tout ou partie des droits attachés au brevet »⁵⁴⁷, c'est bien qu'il s'agit, d'une certaine manière, d'une titularité « dérivée ». Ayant vocation à être principalement appropriée par l'inventeur salarié, l'invention et la titularité des droits, qui en assurent sa réservation, « dérivent » vers la personne de l'employeur, investisseur économique. Le caractère attribuable de l'invention hors mission, décidé par l'employeur, a par ailleurs pour effet le versement d'un « juste prix » en contrepartie.

249. Le « juste prix », contrepartie de l'attribution. Le salaire de l'inventeur salarié ne rémunère que la recherche, et non le transfert des droits sur le fruit de sa recherche. C'est à ce titre que l'attribution du droit au brevet sur l'invention, encore envisagée comme la possibilité pour l'employeur de se faire attribuer la propriété ou la jouissance de l'invention, implique le versement par celui-ci d'une rémunération en plus, sous la forme d'un « juste prix »⁵⁴⁸. La fonction de ce dernier réside dans une contrepartie financière de l'attribution du droit au brevet à l'employeur, par l'effet de la loi⁵⁴⁹. Son montant doit refléter la valeur industrielle et commerciale de l'invention, et n'a pas de rapport avec le salaire.

250. « Titularité dérivée » et inventions hors mission attribuable. Pourquoi parler du régime des inventions hors-mission attribuables dans le cadre de la « titularité dérivée » des droits de propriété intellectuelle, au bénéfice d'un investisseur économique ? Par ce que dans ce cas, comme l'exprime la loi, dans un premier temps, l'attribution de la propriété et de la jouissance des droits sur l'invention, de même que la qualité de premier déposant reviennent en principe à l'inventeur, même s'il est salarié. L'inventeur salarié bénéficie principalement de la libre disposition de son invention. Cependant,

II. L'attribution initiale de la titularité du droit à l'investisseur économique

251. La titularité initiale du droit, stade supplémentaire de recentrage des prérogatives dans les mains de l'investisseur économique. La recherche d'efficacité économique de la valorisation d'un objet réservé par un droit de propriété intellectuelle conduit à apporter le droit de réservation directement dans les mains de l'investisseur économique. Cette technique

⁵⁴⁷ AZÉMA (J.) et GALLOUX (J.-Ch.), *op. cit.*, p. 291, n° 407.

⁵⁴⁸ Art. L611-7 2° CPI.

⁵⁴⁹ FOYER (J.) et VIVANT (M.), *op. cit.*, p. 91, pour la qualification de « contrepartie » du « juste prix » ; dans le même sens, PASSA (J.), *op. cit.*, p. 331, n° 265 ; MARINO (L.), *op. cit.*, p. 301, n° 144, selon qui le « juste prix s'apparente à un prix de cession », dans le même sens, POLLAUD-DULIAN (F.), *La propriété industrielle*, *op. cit.*, p. 232, n° 378.

d'attribution du droit « *ab initio* », au bénéfice de l'investisseur économique, le dispense de se faire céder les droits de façon traditionnelle, dans le respect de certains principes garantissant la protection de l'intérêt du créateur intellectuel. La titularité initiale du droit, au bénéfice de l'investisseur économique, constitue un statut d'exception au principe, selon lequel est titulaire initial du droit le créateur intellectuel. Il s'agit d'une technique bien plus attractive que celle de la titularité dérivée. Un pas est alors franchi dans la révélation du souci de protection des intérêts des investisseurs économiques à la conception de créations intellectuelles. La dynamique innervée aussi bien la propriété littéraire et artistique que la propriété industrielle. Peuvent ainsi successivement être mis en lumière les mécanismes d'attribution initiale de la titularité des droits de réservation en droit d'auteur, au travers du régime de l'œuvre collective (A), et en droit des brevets, au travers du régime des inventions réalisées par un salarié dans le cadre de sa mission (B).

A. L'attribution initiale du droit d'auteur à l'investisseur économique dans le régime de l'œuvre collective

252. La fiction juridique de l'œuvre collective au bénéfice des investisseurs. Instituée par la loi du 11 mars 1957, et entourée de dispositions visant à protéger l'auteur, le régime de l'œuvre collective semble, à plusieurs égards, taillé sur mesure pour protéger l'intérêt de l'investisseur économique à la conception d'une création intellectuelle⁵⁵⁰. Le régime de titularité des droits sur l'œuvre collective va beaucoup plus loin que la technique des cessions implicites de droits des créateurs au bénéfice de l'investisseur. Ce dernier se trouve en effet directement investi des droits de l'auteur⁵⁵¹. La distinction des qualités de créateur et de titulaire de droit de propriété intellectuelle permet, dans le domaine de la propriété littéraire et artistique, d'attribuer de façon initiale la titularité des droits directement dans le patrimoine de l'investisseur économique. Cette modalité d'attribution, appliquée au cas de l'œuvre collective, constitue une fiction juridique de nature légale, reposant précisément sur la distinction des qualités de créateur personne physique et de titulaire du droit⁵⁵². Elle permet en effet de faire abstraction de la qualité de créateurs intellectuels des contributeurs d'une telle œuvre, pour attribuer de façon initiale les droits à celui ayant pris la responsabilité⁵⁵³, de sa réalisation et de son exploitation,

⁵⁵⁰ LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *op. cit.*, p. 241, n° 221 : « À n'en pas douter, l'attribution des droits au promoteur de l'œuvre collective répond au souci de lui permettre de rentabiliser son investissement ».

⁵⁵¹ Art. L113-5 CPI.

⁵⁵² BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 125, n° 128.

⁵⁵³ Autrement dit, le risque. Cf. *Id.*, p. 122, n° 124.

quand bien même il s'agirait d'une personne morale. Afin de recevoir la qualification d'« œuvre collective », et permettre ainsi l'application du régime de titularité favorable à l'investisseur, une œuvre de l'esprit doit répondre à différents critères. Ceux-ci tiennent, notamment, aux rôles du promoteur de cette œuvre et à ceux de ses contributeurs. Le rôle du promoteur de cette œuvre permet de l'identifier à un investisseur économique et technique, le régime de titularité étant organisé de telle sorte que ces intérêts soient pris en compte avantageusement. On pourra donc observer que ce régime de titularité se révèle cohérent avec un objectif de prise en compte de l'investissement et de sa protection.

253. Des conditions de qualification d'une œuvre collective laissant transparaître la faveur pour l'intérêt de l'investisseur. L'œuvre collective est définie par la loi comme celle « 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 »⁵⁵⁴. Cette définition légale appelle à qualifier une œuvre de collective⁵⁵⁵, en distinguant les rôles respectifs, d'une part de la personne assumant des tâches de promotion et de coordination de l'œuvre, et d'autre part des auteurs contributeurs œuvrant à la réalisation de cette œuvre. La fonction de cette première personne est davantage mise sur le devant de la scène que celle des seconds. En témoigne la prise en charge et l'organisation de leurs intérêts respectifs. Les conditions de qualification d'une telle œuvre renvoient essentiellement au rôle de l'investisseur, et au souci du législateur de protéger son intérêt en tant que tel.

254. Le rôle d'initiative et d'exploitation de l'œuvre de la personne physique ou morale assimilable à un investisseur. Pour qualifier une œuvre de collective, la loi exige qu'elle ait été initiée par une personne en dirigeant la réalisation⁵⁵⁶, pour ensuite l'éditer, la publier et la divulguer sous son propre nom⁵⁵⁷. Le rôle de direction du maître d'œuvre manifeste l'existence d'un lien, présentant une nature verticale, entre les contributeurs et lui. L'œuvre collective est le fruit d'un assemblage d'apports, assuré par le rôle de direction et de coordination du maître d'œuvre. Ce dernier donne l'impulsion, la dynamique, les instructions aux contributeurs dans la « création » de l'œuvre. Ces fonctions d'initiative et d'exploitation attachées à la personne

⁵⁵⁴ Art. L113-2 al. 3 CPI.

⁵⁵⁵ Évoquant des difficultés dans la définition de l'œuvre collective, cf. not. EDELMAN (B.), « L'œuvre collective, une définition introuvable », *D.* 1998, chron., p. 141 ; LATREILLE (A.), « La notion d'œuvre collective ou l'entonnoir sur la tête », *CCE* mai 2000, Chron. 10.

⁵⁵⁶ POLLAUD-DULIAN (F.), *Le droit d'auteur, op. cit.*, p. 387, n° 505.

⁵⁵⁷ *Id.*, p. 388, n° 506 et s.

physique ou morale, appellent également, sans que cela soit exprimé expressément, une fonction de financement et de prise de risque économique. Cette personne physique ou morale se trouve être un investisseur, d'abord, dans l'initiative et la réalisation de l'œuvre. Les œuvres collectives suggèrent en effet des moyens matériels et financiers pour leur mise au point, que l'initiateur est en mesure d'assumer. Ensuite, cette personne remplit également la fonction d'exploitant⁵⁵⁸. En cela, elle peut être considérée comme un investisseur. La tâche d'exploitation assumée semble être motivée par la nécessité d'obtenir, en retour de l'opération, un profit apporté par les résultats de l'exploitation. Le maître d'œuvre en prend la responsabilité notamment économique. De façon générale, cette personne est un investisseur dans l'élaboration de l'œuvre en question, car elle dirige le processus d'élaboration dans le but ensuite de l'exploiter. Il existe une corrélation entre la qualité d'investisseur de cette personne qui initie, dirige et exploite l'œuvre de façon risquée, et le régime de titularité.

255. Une œuvre fusionnant des contributions dans un ensemble sous la responsabilité d'un investisseur. La loi précise que la qualification d'une œuvre collective impose que « la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond(e) dans l'ensemble en vue duquel est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé ». Ces dispositions appréhendent l'œuvre collective en ce qu'elle est le fruit d'une fusion de différents apports⁵⁵⁹, qui, une fois réunis, forment un ensemble au sein duquel on ne peut plus distinguer les contributions des créateurs intellectuels. La qualification d'œuvre collective consacre donc un droit d'auteur sur un « ensemble ». Elle ne peut être effective que s'il est impossible d'identifier distinctement chacune de ces contributions. Néanmoins, les droits des contributeurs semblent subsister de façon indépendante sur chacune des contributions, considérées en dehors de leur fusion. On retiendra pour le moins la prise en compte marginale du rôle des auteurs contribuant à la réalisation de l'œuvre collective. Quoi qu'elle soit discutable en termes de justice, elle peut sans doute s'expliquer par la nécessité d'offrir à l'investisseur les moyens d'une exploitation optimale de l'œuvre en vue d'une rentabilité.

256. L'effet de la qualification d'œuvre collective sur la titularité du droit. La qualification a résolument pour effet de régler la question de la titularité du droit d'auteur sur ce type d'œuvre en faveur des intérêts de son promoteur⁵⁶⁰. L'article L113-5 du Code de la propriété intellectuelle dispose ainsi que « l'œuvre collective est, sauf preuve contraire, la

⁵⁵⁸ *Id.*, p. 374, n° 390.

⁵⁵⁹ POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, Le droit d'auteur, op. cit.*, p. 391, n° 509 et s.

⁵⁶⁰ *Id.*, p. 395, n° 514.

propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée. Cette personne est investie des droits de l'auteur ». Contrairement au principe en matière de titularité du droit d'auteur, ce qui dicte l'identification du titulaire du droit sur ce type d'œuvre collective n'est pas l'acte de création, ni son auteur, mais par une fiction, l'acte d'initiative et d'exploitation d'une personne physique ou morale organisant sa création et sa diffusion. Puisque cette personne la divulgue sous son nom, elle en est titulaire des droits, de façon initiale. Pour autant, cette attribution des droits de façon initiale n'emporte pas la reconnaissance d'une qualité d'auteur. D'où la rupture avec le principe selon lequel, le droit naît du seul fait de la création au bénéfice de son créateur, l'auteur. Il découle aussi de cette attribution qu'elle permettra au maître d'œuvre de l'exploiter de façon exclusive en son nom et à ses conditions. L'investiture des droits n'est pas issue d'une cession, mais de l'effet de la loi. Si la personne titulaire des droits ne dispose pas de la qualité d'auteur, elle n'est pas non plus cessionnaire des droits. Elle est investie des droits à titre originaire, ce qui signifie que les droits n'ont pas auparavant transité par le patrimoine des contributeurs, qui, d'ailleurs, ne sont pas nommés « co-auteurs ». La personne physique ou morale est titulaire originaire des droits. Elle n'a pas besoin de se les faire céder. Il en découle que les contributeurs n'ont pas, en contrepartie de cette investiture, à percevoir un paiement ou une contrepartie à ce titre⁵⁶¹, autre que la rémunération prévue pour leur prestation⁵⁶². En d'autres termes, puisqu'il ne s'agit pas d'une cession des droits des auteurs, ceux-ci n'ont pas à toucher de rémunération, soit-elle ou non proportionnelle aux recettes de l'exploitation de l'œuvre collective⁵⁶³. La loi évoque une investiture « des droits » de l'auteur dans les mains de la personne la divulguant. Les droits patrimoniaux sont ainsi concernés, mais également les droits moraux⁵⁶⁴, même si le titulaire

⁵⁶¹ BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 125, n° 128.

⁵⁶² Cette prestation est bien souvent exécutée dans le cadre d'un contrat de travail. La rémunération de cette prestation revêt alors la nature du salaire, en échange de la mise à disposition de la force de travail.

⁵⁶³ Cass. 1^{ère} civ., 21 nov. 2006, n° 05-14.850 : *Bull. civ. I*, n° 507 ; *D.* 2007, p. 26, obs. DALEAU (J.) ; *RTD com.*, p. 89, obs. POLLAUD-DULIAN (F.) ; *Légipresse* 2007, II, p. 187, obs. ALLEAUME (Ch.) ; *JCP G* 2006, IV, 3486 et I, 101 obs. CARON (Ch.) ; *CCE* 2007, Comm. 2, note CARON (Ch.) ; *PI* 2007, n° 22, p. 77, obs. LUCAS (A.) et BRUGUIERE (J.-M.) et p. 97, note LUCAS (A.) ; *RLDI* 2006/22, n° 684, obs. COSTES (L.) et AUROUX (J.-B.), et 2007/24, n° 761 note MARINO (L.) ; *RIDA* janv. 2007, n° 211, p. 339 et 281, obs. SIRINELLI (P.).

⁵⁶⁴ Cass. 1^{ère} civ. 8 déc. 1993, n° 91-20.170 : *Bull. civ. I*, n° 361 ; Cass. 1^{ère} civ., 22 mars 2012, n° 11-10.132 : *Bull. civ. I*, n° 70 ; *D.* 2012, p. 873, obs. DALEAU (J.), et p. 1246, note LATIL (A.), et 2842, obs. SIRINELLI (P.) ; *RTD civ.* 2012, p. 338, obs. REVET (Th.) ; *RTD com.* 2015, p. 321, obs. GAUDRAT (Ph.) ; *Rev. sociétés* 2012, p. 496, note BINCTIN (N.) ; *CCE* 2012, Comm. 61, note CARON (Ch.) ; *JCP E* 2013, 1060, n° 2, obs. LAPORTE-LEGEAIS (M.-E.) ; *LPA* 29 janv. 2013, n° 21, p. 12, obs. DAVERAT (X.) ; *PI* 2012, n° 44, p. 329, obs. BRUGUIERE (J.-M.), et n° 45, p. 455, obs. DE CANDE (P.) ; *RLDI* 2012/82, n° 2737 obs. TRÉZÉGUET (M.), et 2012/83, n° 2769 obs. LANCRENON (Th.).

n'est pas pour autant reconnu auteur⁵⁶⁵. Le texte n'opère en effet pas de distinction, quant à la nature ni à l'étendue de ces prérogatives.

257. L'intérêt explicite du régime de l'œuvre collective pour l'investisseur. La qualification d'œuvre collective, et le régime de titularité qu'elle implique, semblent particulièrement appréciés des employeurs et autres investisseurs économiques promoteurs et exploitants de tels types de créations pluraux. La catégorie, créée pour régler le sort de la titularité du droit d'auteur sur des œuvres telles que des dictionnaires et des encyclopédies, œuvres de journalistes, est à ce point attractive qu'elle permet d'y intégrer des créations aux profils aujourd'hui variés⁵⁶⁶. Celles-ci peuvent revêtir les traits d'un résultat d'investissements. Ce régime particulier est utilisé pour régler en partie la question de la titularité des droits d'auteur, sur les œuvres réalisées dans un lien de dépendance. Investi du droit de réservation, l'entrepreneur de la création est dispensé de la lourde tâche de se faire céder, un à un, les droits des auteurs, en respectant les règles formalistes exigées en la matière. Ainsi, ce régime facilite l'exploitation de l'œuvre par l'attribution directe du droit à l'initiateur investisseur, sans qu'il ait à se soucier de la préservation et de la protection des intérêts des auteurs contributeurs. En cela, il poursuit une fonction de protection de l'investissement⁵⁶⁷.

258. La critique du régime de l'œuvre collective. La situation avantageuse, pour les intérêts économiques de l'investisseur économique, a presque fatalement son revers concernant ceux des créateurs. À plusieurs égards, ceux-ci sont mis en retrait. Par la fiction juridique, « l'œuvre collective permet en effet précisément une titularité déliée de l'acte créatif subjectif [...] »⁵⁶⁸. Force est de reconnaître que cette titularité initiale n'est pas des plus naturelles, surtout lorsqu'elle désigne comme sujet de droit une personne morale⁵⁶⁹. Elle bouscule ainsi la logique traditionnellement et fondamentalement personnaliste du droit d'auteur français, au point que

⁵⁶⁵ Cass. 1^{ère} civ., 15 janv. 2015, n° 13-23.566, *Orqual* : *Bull. civ. I*, n° 11 ; *RTD com.* 2015, p. 307, Comm. GAUDRAT (Ph.) ; *Légipresse* 1^{er} avr. 2015, n° 326, p. 223 note BINCTIN (N.) ; *CCE* 2015, Comm. 19, CARON (Ch.) ; *Prop. Ind.* 2015, comm. 25, BOUCHE (N.) ; *Gaz. Pal.* 2015, p. 479, note HUGON (Ch.) ; *PI* 2015, n° 55, p. 195, obs. BRUGUIÈRE (J.-M.), et p. 196, note LUCAS (A.), et n° 57, p. 452, obs. DE CANDE (P.) ; *RLDI* 2015/112, n° 3666 obs. COSTES (L.) ; *RIDA* janv. 2016, n° 247, p. 198, obs. SIRINELLI (P.). BRUGUIÈRE (J.-M.), « Le "droit d'auteur économique", [...] », *loc. cit.*, spé. p. 760, n° 33, formulant l'hypothèse de la reconnaissance exceptionnelle de la qualité d'auteur à la personne morale dans le strict cadre de l'œuvre collective.

⁵⁶⁶ Pour de nombreuses illustrations, cf. VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 418, n° 390.

⁵⁶⁷ TILLOY (C.), *loc. cit.*, p. 152, n° 35 ; et CARON (Ch.), *op. cit.*, p. 209, n° 233, sous-titrant, « *L'œuvre collective : une protection de l'investissement* » ; sur cette expression, cf. aussi VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 370, n° 384 et p. 372, n° 388 ; BENSAMOUN (A.), « La personne morale en droit d'auteur : auteur contre-nature ou titulaire naturel ? », *D.* 2013, p. 376, spé. p. 380, n° 13.

⁵⁶⁸ BENSAMOUN (A.), « La personne morale en droit d'auteur [...] », *loc. cit.*, spé. p. 380, n° 13.

⁵⁶⁹ *Id.*, p. 383, n° 19, évoquant un « *autorat* « contre-nature » de la personne morale ».

certain auteurs en appellent à sa disparition⁵⁷⁰. Ce bousculement de logique est dénoncé⁵⁷¹, de longue date⁵⁷², à l'appui d'un champ lexical assez péjoratif employé pour désigner et qualifier la figure de l'œuvre collective. Le droit d'auteur sur l'œuvre collective fait ainsi songer à « un droit d'auteur sans auteur »⁵⁷³. L'existence de l'œuvre collective est qualifiée de « malheureuse fiction légale »⁵⁷⁴, représentant une « anomalie » au regard du droit d'auteur et de ses principes⁵⁷⁵. Contribuant au passage du « droit de l'auteur au droit de l'entreprise »⁵⁷⁶, ce régime appelle pourtant le constat d'une prise en compte pragmatique des intérêts notamment économiques des investisseurs dans la création⁵⁷⁷.

B. L'attribution initiale du droit au brevet à l'investisseur économique dans le régime de l'invention de mission

259. L'attribution initiale du droit au brevet. Il ne convient pas ici de raisonner en termes de titularité initiale du droit *de* brevet protégeant une invention, mais en termes de bénéfice initial du droit *au* brevet, au profit de l'employeur assumant le rôle d'investisseur économique à la conception de l'invention. La loi organise les modalités d'une jouissance automatique et *ab initio* du droit *au* brevet⁵⁷⁸, et ainsi de la vocation au bénéfice du droit exclusif qu'est le droit de brevet. À la différence des règles de titularité en matière de droit d'auteur, il ne s'agit donc pas d'une attribution initiale de la titularité du droit exclusif sur une création, mais de l'attribution initiale de la possibilité légale de demander la naissance d'un droit exclusif sur une création. Seront traités le droit *au* brevet sur une invention réalisée par un salarié, ainsi que les modalités de son attribution initiale à l'employeur.

260. Rappel de la règle de principe. En matière de droit des brevets, selon les dispositions de l'article L611-6 du Code de la propriété intellectuelle, l'inventeur est la personne à qui « appartient » le droit *au* titre de propriété industrielle que constitue le brevet. Il dispose donc selon ce principe du droit au brevet, à moins que ce ne soit son ayant-cause. Selon cette règle,

⁵⁷⁰ POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, Le droit d'auteur, op. cit.*, p. 394, n° 513 et du même auteur, « Ombre et lumière sur le droit d'auteur des salariés », *JCP G* 1999, I, 150, spé. p. 1287, n° 18, relevant « l'aberration que constitue la catégorie de l'œuvre collective ».

⁵⁷¹ GAUDRAT (Ph.), « Les démêlés [...] », *loc. cit.*, p. 171, spé. p. 193 et s.

⁵⁷² DESBOIS (H.), *op. cit.*, p. 206, n° 173, qualifiant les œuvres collectives, d'« intruses dans une loi pétrie d'humanisme ».

⁵⁷³ LATREILLE (A.), « L'avènement d'un droit d'auteur sans auteur », *Dr. et patr.*, sept. 2007, n° 162, p. 28.

⁵⁷⁴ POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, Le droit d'auteur, op. cit.*, p. 384, n° 500.

⁵⁷⁵ DESBOIS (H.), *op. cit.*, p. 198, n° 166.

⁵⁷⁶ POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, Le droit d'auteur, op. cit.*, p. 331, n° 413.

⁵⁷⁷ MARINO (L.), *op. cit.*, p. 194.

⁵⁷⁸ POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, La propriété industrielle, op. cit.*, p. 226, n° 365, exprimant l'appartenance initiale, « *ab initio* », du droit au brevet à l'employeur que nous qualifions ici d'investisseur économique.

c'est à l'inventeur, ou son ayant cause, que revient la possibilité d'effectuer une demande de brevet sur l'invention, c'est-à-dire la qualité de premier déposant. Pour autant, cette règle ne détermine pas réellement de « propriété » sur l'invention ni son propriétaire. C'est donc en principe l'inventeur qui bénéficie de façon initiale du droit *au* brevet, et qui dispose de la maîtrise de son invention. Cependant, la solution est tout autre lorsque l'invention a été réalisée par un créateur intellectuel exerçant son activité dans le cadre d'un contrat d'engagement le liant à un employeur par un rapport de subordination. L'attribution légale de la qualité de premier déposant à l'employeur est alors permise, en ce que le droit sur l'invention ne naît pas de l'acte créatif, mais d'une formalité administrative de dépôt. Le lien entre l'inventeur et l'invention n'est pas reflété dans le droit. Le droit sur l'invention peut donc revenir directement à l'employeur lorsqu'elle est créée par un salarié, dans le cadre de ses missions de travail.

261. Le régime de l'invention de mission. Par dérogation aux dispositions de l'article L611-6 Code de la propriété intellectuelle, la loi dispose que les inventions réalisées par un salarié dans le cadre des missions confiées par son employeur, appartiennent à ce dernier⁵⁷⁹. La règle à laquelle il est dérogé pose une qualité de premier déposant, permettant à l'employeur de faire jouer un droit *au* brevet, sans que cela soit dit en tant que tel dans le texte. Ce dernier précise en effet simplement que l'invention « appartient » de façon initiale à l'employeur⁵⁸⁰. Il n'est pas question à ce stade de protection par un brevet. Cependant, la notion de droit au brevet permet d'envisager que celui en disposant n'est pas dans l'obligation de procéder à une demande de brevet. Il peut se contenter d'autres techniques de protection. On pourrait également exprimer le sens de cette disposition en affirmant qu'elle confère de façon automatique et légale une « pleine maîtrise »⁵⁸¹ de l'invention à l'employeur.

262. Condition du rapport hiérarchique. L'attribution initiale et automatique à l'employeur de la maîtrise de l'invention réalisée par le salarié ressort de l'existence d'un lien de subordination entre ces deux cocontractants⁵⁸², reposant sur le contrat de travail et contenant

⁵⁷⁹ Art. L611-7 1 CPI.

⁵⁸⁰ PASSA (J.), *op. cit.*, t. 2, p. 275, n° 219, reconnaissant que « Cette terminologie, qui évoque la propriété de l'invention, est cependant maladroite et imprécise. [...] Les termes « les inventions appartiennent » employés par le législateur doivent dès lors être compris comme une référence à l'attribution de la maîtrise de l'invention, permettant au bénéficiaire de cette maîtrise de décider seul de l'utilisation ou de la divulgation de l'invention et du dépôt d'un demande de brevet, seule susceptible de faire naître une propriété. « Appartenir à... » doit donc ici être compris comme « être à la disposition ou sous la maîtrise de... » ».

⁵⁸¹ *Id.*, p. 303, n° 250 : « On sait que les termes « appartenir à... » signifient, non que l'invention est nécessairement la propriété de l'employeur, puisqu'une telle propriété ne peut résulter que d'un brevet, mais que l'employeur a la maîtrise de l'invention ou, si l'on préfère, que celle-ci est à sa disposition. On peut même dire ici que l'employeur a la pleine maîtrise de l'invention ou que celle-ci est à son entière disposition dès lors que le salarié ne peut faire valoir aucune prérogative à l'égard de l'invention ; [...] », et p. 275, n° 219.

⁵⁸² RAYNARD (J.), PY (E.) et TREFIGNY (P.), *op. cit.*, p. 139, n° 271, l'attribution automatique et initiale de la maîtrise de l'invention de mission à l'employeur est organisée par la loi et justifiée par l'existence « du contrat de

une prescription hiérarchique⁵⁸³. Encore s'agit-il de déterminer quelle est en est la teneur⁵⁸⁴. L'article L611-7 du Code de la propriété intellectuelle envisage deux types de prescriptions hiérarchiques. D'une part, appartiennent à l'employeur les inventions de missions réalisées par le salarié, dans « l'exécution [...] d'un contrat de travail comportant une mission inventive qui correspond à ses fonctions effectives ». D'autre part, appartiennent également à l'employeur, les inventions de mission réalisées par le salarié dans le cadre « d'études et de recherches qui lui sont explicitement confiées ». Les types de missions distinguées par la loi sont ainsi d'ordres permanentes⁵⁸⁵, ou occasionnelles⁵⁸⁶. Ces missions doivent surtout avoir un caractère effectif⁵⁸⁷.

263. Le salaire, justification de la maîtrise initiale et automatique de l'invention par l'employeur. Le principe d'attribution à l'employeur de la maîtrise de l'invention de mission trouve sa justification dans le versement d'un salaire par l'employeur au salarié, afin qu'il produise une invention « pour son compte ». L'attribution procède de l'« application de la règle de droit commun qui veut que l'employeur profite des fruits de l'activité du salarié, tout comme il en supporte les risques, à raison du seul paiement du salaire »⁵⁸⁸. Comme l'explique Monsieur le Professeur Jérôme Passa, « cette attribution de l'invention au seul employeur procède de l'idée que l'invention découle directement de l'exécution d'un contrat de travail, comportant mission inventive, en contrepartie de laquelle le salarié perçoit un salaire. Celui-ci constitue en effet, de manière générale, la rétribution de la force de travail que le salarié met à la disposition de l'employeur et qu'il consacre ici à la recherche dans le but de réaliser des inventions ; le salaire justifie que l'employeur tire les profits de l'activité exercée par le salarié en contrepartie. Il est donc naturel que le salarié ne bénéficie d'aucune prérogative sur les inventions pour la réalisation desquelles il est rétribué [...] »⁵⁸⁹. Il s'agit de la mise en œuvre d'une logique dont l'application est exclue en droit d'auteur.

264. La rémunération supplémentaire. La qualification d'invention de mission a pour effet de mettre à la charge de l'employeur le versement d'une rémunération supplémentaire à l'inventeur salarié⁵⁹⁰, laquelle « naît du seul fait de la réalisation de l'invention »⁵⁹¹. Il est utile

travail et du rapport de subordination qu'il emporte ».

⁵⁸³ *Id.*, p. 138, n° 271.

⁵⁸⁴ Sur la teneur des inventions qualifiées de missions et leurs caractères, AZÉMA (J.) et GALLOUX (J.-Ch.), *op. cit.*, p. 279, n° 389 ; BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, p. 353, n° 524.

⁵⁸⁵ PASSA (J.), *op. cit.*, t. 2, p. 289, n° 234.

⁵⁸⁶ *Id.*, p. 291, n° 236.

⁵⁸⁷ *Id.*, p. 290, n° 235.

⁵⁸⁸ RAYNARD (J.), PY (E.) et TREFIGNY (P.), *op. cit.*, p. 139, n° 271.

⁵⁸⁹ PASSA (J.), *op. cit.*, t. 2, p. 303, n° 250.

⁵⁹⁰ Art. L611-7 CPI.

⁵⁹¹ PASSA (J.), *op. cit.*, t. 2, 304, n° 251.

d'identifier la nature et la fonction de cette rémunération supplémentaire obligatoire et d'ordre public⁵⁹². Il n'est pas question d'analyser la rémunération supplémentaire, comme une contrepartie ou comme un prix de cession du droit sur l'invention à l'employeur, puisqu'il ne s'agit pas d'un transfert de l'invention, ni de sa cession. Il s'agit d'une attribution directe du droit au brevet à l'employeur par la loi. Cette rémunération présente la nature d'un salaire supplémentaire et exceptionnel⁵⁹³, apparentée à une « prime de résultat ». Elle « ne tend pas [...] à rétribuer le salarié pour son travail, puisqu'il l'est déjà par son salaire, ni ne constitue la contrepartie du transfert de son invention, puisque celle-ci appartient dès l'origine à l'employeur, mais vise à le récompenser et à l'encourager par là à mettre au point de nouvelles inventions susceptibles d'être exploitées par l'employeur et de faire l'objet de dépôts par lui de demandes de brevet »⁵⁹⁴. Elle doit s'envisager comme une « gratification », récompensant l'inventeur salarié pour ses efforts de recherche. Si la loi rend obligatoire le versement d'une rémunération supplémentaire, pour autant, elle n'exprime pas selon quels critères son montant doit être fixé. Ainsi, bien que partageant la nature et le statut du traitement des salaires, elle n'a pourtant pas obligatoirement à être fixée en fonction de celui-ci⁵⁹⁵. En pratique, il existe néanmoins une corrélation. Il semble que le montant de cette rémunération supplémentaire puisse être fixé en fonction de « l'intérêt économique » que présente l'invention⁵⁹⁶.

265. Enjeu de l'attribution initiale. Ce régime privilégie les intérêts de l'employeur, investisseur économique à la création et à l'exploitation de l'objet intellectuel que représente l'invention en tant que résultat d'investissements. Cette faveur à son égard se manifeste dans l'effet du régime de l'invention de mission lui conférant de façon automatique une pleine maîtrise de l'invention. L'intérêt essentiel du régime est de permettre à l'employeur la maîtrise de l'invention et le droit au brevet, sans nécessité de transfert de propriété⁵⁹⁷. Aussi, ce régime

⁵⁹² Exigence introduite par la loi du 26 nov. 1990.

⁵⁹³ Sur la nature salariale de cette rémunération exceptionnelle, PASSA (J.), *op. cit.*, t. 2, p. 307, n° 252.

⁵⁹⁴ *Id.*, 304, n° 251.

⁵⁹⁵ Cf. Cass. com., 21 nov. 2000, n° 98-11.900, *Raynaud* : *Bull. civ.* IV, n° 179 ; *D.* 2002, p. 1188, obs. RAYNARD (J.) ; *RTD com.* 2001, p. 87, obs. GALLOUX (J.-Ch.) ; *JCP G* 2001, II, 10463, note GALLOUX (J.-Ch.) ; *Prop. Ind.*, 2002, Comm. 28, obs. RAYNARD (J.) ; *RDPI* 1^{er} mai 2004, n° 159, p. 29, obs. MARTIN (J.-P.). La décision précise : « il ne résulte d'aucun texte légal ou conventionnel applicable en l'espèce que la rémunération due au salarié, auteur d'une invention de mission, doit être fixée en fonction de son salaire » ; AZÉMA (J.) et GALLOUX (J.-Ch.), *op. cit.*, p. 283, n° 394, spé. p. 284 ; PASSA (J.), *op. cit.*, t. 2, p. 307, n° 253 et p. 310, n° 254 pour une appréciation.

⁵⁹⁶ BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, p. 355, n° 528 ; sur la question de la rémunération supplémentaire dont le montant serait fixé en fonction du résultat économique de l'exploitation de l'invention brevetée, cf. SUEUR (Th.), « Les inventions de salariés : principes et pratiques », in *Créations et inventions de salariés - Rompre avec les schémas reçus...*, *op. cit.*, p. 5, spé. p. 16, se référant lui-même à l'analyse de MÉNIÈRE (Y.), « Une analyse économique de la rémunération supplémentaire des salariés inventeurs », *Prop. Ind.* oct. 2009, Étude 18.

⁵⁹⁷ BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, p. 354, n° 525.

a le mérite de présenter un effet incitatif, tant du point de vue des activités d'investissement économique de l'employeur⁵⁹⁸, que de celle d'investissement intellectuel de l'inventeur salarié⁵⁹⁹.

⁵⁹⁸ RAYNARD (J.), PY (E.) et TREFIGNY (P.), *op. cit.*, p. 129, n° 249 ; PASSA (J.), *op. cit.*, t. 2, p. 303, n° 250.

⁵⁹⁹ Sur l'effet incitatif de la perception par l'inventeur salarié d'une rémunération supplémentaire cf. DRAI (L.), « L'articulation du droit du travail et du droit de la propriété intellectuelle », *in* TEYSSIER (B.) (dir.), *L'articulation des normes en droit du travail*, Paris : Economica, 2011, p. 111 ; PASSA (J.), *op. cit.*, t. 2, p. 303, n° 250.

Conclusion du Chapitre 2

266. Originellement et par tradition, seule la création intellectuelle et ses qualités sont considérées, pour déterminer si celle-ci peut faire l'objet d'un droit de propriété. Cependant, l'importance de l'investissement dans la conception d'une création immatérielle prend de l'ampleur. La volonté de protéger la rentabilité de l'opération engagée, par la technique du droit subjectif de propriété intellectuelle, se révèle de façon plus transparente, mais à des degrés d'intensité variés. Ainsi, la prise en charge du souci de rentabilité de l'investissement a été exposée, tantôt sous un angle objectif, tantôt sous un angle subjectif. Assez logiquement, il est apparu que le résultat d'investissement faisait l'objet d'une réservation privative, à raison des efforts financiers que sa conception a nécessité. Cela ne transparait pourtant pas clairement à l'analyse globale du droit positif.

267. L'appréhension juridique du résultat d'investissement, en vue de sa réservation, se concrétise parfois dans l'aménagement des critères d'intégration des catégories juridiques de la propriété intellectuelle. Elle se concrétise également dans la création de catégories spécifiques dédiées, beaucoup plus clairement, à la protection d'un investissement. Ainsi, l'aménagement des critères des catégories traditionnelles suggère une démarche conjoncturelle. L'aménagement semble commandé par des besoins ponctuels. Cependant, afin de protéger davantage en tant que tel un résultat d'investissement, la multiplication de catégories juridiques nouvelles traduit le constat d'une transformation de la dimension conjoncturelle, en une dimension structurelle. D'autre part, la faveur pour la rentabilité des moyens qu'a nécessité la conception de l'objet réservé se manifeste aussi par l'attribution de la titularité du droit à l'investisseur économique. L'attribution de la titularité à cette personne physique ou morale s'opère soit de façon dérivée, soit de façon initiale. Si dans les domaines de la propriété littéraire et artistique, ainsi que de la propriété industrielle, la règle de principe commande l'attribution initiale du droit de propriété intellectuelle au créateur intellectuelle, la volonté de protéger, en tant que tel, un investissement implique l'attribution favorisée du droit à l'investisseur économique.

268. En définitive, on quitte le système construit *a priori* autour de la protection d'une création intellectuelle et se voulant un droit de la création, pour s'engager dans un système tourné, plus ouvertement, vers la protection de valeurs économiques, constituant alors un droit de la production. Le système juridique de la propriété intellectuelle connaîtrait ainsi une évolution de paradigme.

CONCLUSION DU TITRE I

269. Au terme de ce titre, il n'est pas aisé de conclure par une réponse ferme, à la question de savoir quelle place tiennent l'investissement et son souci de protection au sein du droit de la propriété intellectuelle. L'examen du droit positif, et des différents discours portés sur la discipline, nous a en effet indiqué paradoxalement que, la place tenue par l'investissement était à la fois marginale et centrale. La protection de l'investissement se trouve à la fois, en dehors et, à l'intérieur de la discipline. Selon une conception humaniste, elle est traditionnellement exclue, tandis qu'elle apparaît progressivement révélée, selon une autre conception plus économique, semblant prendre de plus en plus le dessus.

270. La difficulté d'identification de la place de l'investissement au sein du droit de propriété intellectuelle pourrait être imputable à la coexistence de différents discours fondant et finalisant la discipline. Des jeux de dominations entre ces discours tendent notamment à refouler, au travers des différentes périodes de l'Histoire, la conception de la propriété intellectuelle, en tant que système de protection de l'investissement. Une telle fonction semble en effet parfois occultée. Néanmoins, malgré le paradoxe dans la place qu'il convient d'attribuer à l'investissement, on a pu constater que certains facteurs et arguments poussaient à envisager qu'il tient bel et bien une place non négligeable. Tel est le cas de façon transversale, dans les deux branches du droit de la propriété intellectuelle. L'investissement dans la création d'objets immatériels et sa protection, en tant que fondements et finalités du droit de la propriété intellectuelle, semblent replacés sur le devant de la scène.

271. Au demeurant, ces différents constats nous ont amenés à considérer que la protection de l'investissement dans la création par le droit de la propriété intellectuelle existe effectivement. Pourtant, demeurent des incertitudes quant à la place qu'elle occupe. Nous regrettons à ce titre que le souci et la finalité de protection de l'investissement, qui doivent être associés à ce système juridique, ne soient pas suffisamment mis en avant. Ce, d'autant plus que la technique juridique employée, sous la figure du droit privatif, s'avère être, au-delà de son caractère adéquate, presque irrésistible.

TITRE II – L'ADÉQUATION DE LA PROTECTION

272. Le recours à la technique privative. Au-delà du doute, quant à la protection effective de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle, il n'en demeure pas moins que la technique employée est adéquate. Les modalités de réservation et de valorisation d'un résultat d'investissement par cette technique, reposant sur le fondement privatif, témoignent de ce caractère. Le fondement privatif peut effectivement assurer la protection de l'intérêt de l'investisseur. Pour comprendre en quoi la protection est techniquement adéquate, il convient d'analyser plus précisément de quelle manière elle se déploie. La protection de l'investissement passant par la protection de l'intérêt de l'investisseur, le recours au droit subjectif de type propriétaire est naturellement appelé, en tant que mode le plus abouti. Cela se vérifie à l'étude des grandes lignes du modèle propriétaire, mais également à celle de la déclinaison de la technique, sous les traits du droit de la propriété intellectuelle. Il s'agira donc de vérifier l'aptitude de cette technique déclinée.

273. La préférence pour la technique privative. Le recours au droit subjectif de propriété intellectuelle est particulièrement intéressant pour garantir la défense de l'intérêt de l'investisseur. Il apparaît comme le mode le plus adapté à la réservation exclusive et à la valorisation du résultat d'investissement. L'adéquation de la technique privative ne saurait toutefois passer sous silence l'existence de modes alternatifs de protection. Une protection, offerte à l'investisseur ne pouvant, ou ne voulant recourir au fondement privatif, peut être fondée sur le droit des obligations contractuelles et/ou extracontractuelles. Une comparaison de l'efficacité des modes de protection conduit à la préférence du recours à ce premier.

274. Plan. La protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle est assurée sur le fondement de la technique privative dont le modèle, décliné, permet la réservation et la valorisation du résultat d'investissement, afin d'en sécuriser les retombées en termes de rentabilité (**Chapitre 1**). La force de la protection privative, par rapport à celle des techniques de réservation extra-privatives, emporte la préférence (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 – La technique privative de protection

275. Le modèle propriétaire et de sa déclinaison intellectualiste. Le droit de propriété est d'une telle attractivité, qu'il apparaît naturel de s'en remettre à cette technique de réservation pour assurer la protection d'un intérêt. Il en va ainsi des intérêts des investisseurs à la conception d'un objet immatériel. Ceux-ci entendent obtenir la réservation exclusive du résultat d'investissement, afin d'en maîtriser la valorisation, et la gestion du retour devant en découler à leur bénéfice. Le droit de propriété intellectuelle, fondé sur le modèle de la technique propriétaire et dont il est une déclinaison, apparaît particulièrement adapté pour remplir l'objectif. Le modèle est en effet adopté, puis adapté aux objets particuliers⁶⁰⁰, dont il s'agit d'assurer le régime de réservation et d'exploitation.

276. De la réservation à la valorisation. Une telle protection se manifeste au travers de la reconnaissance par le droit objectif de droits subjectifs de propriété intellectuelle. Ceux-ci semblent taillés à la mesure d'intérêts spécifiques, au regard des particularités de l'opération d'investissement⁶⁰¹. Cette technique est particulièrement intéressante en ce qu'elle offre, d'abord, un régime de réservation exclusive du résultat d'investissement recélant une valeur⁶⁰², faisant possiblement de lui un bien approprié. Ensuite, elle offre un régime de valorisation de l'objet du droit ou du droit lui-même, adapté à la satisfaction de l'intérêt de l'investisseur. En ce sens, la sollicitation de la réservation du résultat d'investissement sur ce fondement trouve son intérêt dans l'environnement de sa phase de valorisation, devant aboutir à une rentabilité optimale de l'opération⁶⁰³.

277. Plan. L'utilité de la technique privative pour protéger les intérêts de l'investisseur se manifeste dans ses fonctions de réservation (**Section 1**), et de valorisation (**Section 2**).

Section 1 – Une technique de réservation

278. Un régime de réservation adéquat. Le droit de la propriété intellectuelle peut être appréhendé comme un système juridique ayant vocation à assurer la réservation des résultats immatériels et créatifs d'investissements. À ce titre, il octroie des droits subjectifs de propriété

⁶⁰⁰ MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.) et REVET (Th.), *loc. cit.*, spé. p. 283, n° 7 et s.

⁶⁰¹ Le thème des droits subjectifs de propriété intellectuelle, en tant que technique de protection de l'investissement, a déjà été ouvert dans le chapitre précédent. Nous n'avons cependant abordé que les grandes lignes. Il s'agira désormais d'exposer de façon plus technique et plus complète, l'adéquation du régime de ces droits.

⁶⁰² MOUSSERON (J.-M.), « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges en hommage à André BRETON et Fernand DERRIDA*, Paris : Dalloz, 1991, p. 283, spé. p. 279, n° 7.

⁶⁰³ Sur les liens entre réservation et valorisation, cf. not. MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.) et REVET (Th.), *loc. cit.* ; MOUSSERON (J.-M.), « Valeurs, biens, droits », *loc. cit.*

intellectuelle assurant la protection juridique de l'intérêt de leur titulaire. Ces droits empruntent les caractères du droit subjectif de nature réelle, et présentent des particularités adaptées à la réservation d'un résultat immatériel d'investissement. La technique du droit de propriété intellectuelle semble encore plus apte que celle de son modèle à assurer la réservation d'un tel objet, et la protection de l'intérêt particulier de l'investisseur. Pour son opérateur, l'enjeu de la titularité de ce droit exclusif de réservation tient à la possibilité d'une valorisation optimale de l'objet ou du droit lui-même, devant aboutir à la perception d'un retour sur investissement. Il s'agira de présenter techniquement la manière dont cette protection est assurée.

279. Plan. Le droit subjectif de propriété intellectuelle peut, dans sa fonction de réservation, être présenté comme un mécanisme de protection de l'investissement (I). Aussi, les règles du régime particulier de mise en œuvre des droits apparaissent en corrélation avec les objectifs précis visés par l'investisseur (II).

I. Le droit subjectif de propriété intellectuelle, mécanisme de protection de l'investissement

280. Définition et composition du droit au regard de l'investissement. Le droit subjectif de propriété intellectuelle, en tant que technique juridique de protection d'un intérêt reconnu comme légitime, est susceptible d'offrir à l'investisseur une voie adéquate pour sécuriser son opération. Sa définition au regard des spécificités de l'opération d'investissement en témoigne (A), ainsi que sa composition (B).

A. La définition du droit au regard de l'investissement

281. L'intégration de l'investissement à protéger dans la définition du droit subjectif de propriété intellectuelle. La façon dont l'investissement semble pouvoir être appréhendé dans la définition du droit subjectif de propriété intellectuelle démontre la vocation de ce dernier à assurer la protection de l'intérêt de son auteur (1). Cette protection s'exprime au travers de la fonction de réservation privative et exclusive d'une valeur incarnée par le résultat d'investissement. L'interrogation quant à la nature du droit subjectif de propriété intellectuelle, au regard de sa fonction de réservation exclusive d'un objet immatériel, le révèle également (2).

1) *L'appréhension de l'investissement dans la définition du droit*

282. Identité du droit subjectif et investissement. La recherche d'identité du droit subjectif de propriété intellectuelle permet d'y déceler, plus ou moins explicitement, la possible appréhension de l'opération d'investissement et de ses spécificités. La vocation de ce droit à appréhender une telle opération s'explique dans le rôle attribué à la prérogative. Le droit subjectif constitue la traduction, en termes de technique juridique, de la protection d'un intérêt jugé légitime⁶⁰⁴. Ce droit peut appréhender l'investissement, dès lors qu'il poursuit la protection de l'intérêt de son opérateur, l'investisseur. Sans qu'il soit nécessaire d'ouvrir le débat relatif aux définitions et conceptions variées du droit subjectif⁶⁰⁵, nous nous contenterons ici de la définition selon laquelle il constitue un « intérêt juridiquement protégé »⁶⁰⁶. Encore est-il nécessaire de définir ce qu'est un intérêt. Roubier le désigne « comme une "utilité", matérielle ou morale, actuelle ou future, en général égoïste mais parfois altruiste, d'une personne, physique ou morale, "porteuse" d'intérêt. Cette utilité que représente l'intérêt consiste pour son "porteur" à avoir la possibilité matérielle soit de satisfaire des besoins, soit d'obtenir des avantages, soit d'éviter des inconvénients »⁶⁰⁷.

283. Consistance de l'intérêt économique de l'investisseur. Compte tenu de cette définition de l'intérêt, il faut considérer que celui de l'investisseur réside dans la possibilité de bénéficier d'un retour favorable de son opération. L'utilité, ou l'avantage matériel ainsi protégé, consistent dans l'accès à un profit, à un enrichissement, qui résulterait de la valorisation du résultat d'investissement. L'intérêt peut aussi résider dans la limitation d'une possible perte d'investissement, pouvant être causée par les agissements des tiers. L'intérêt en question est donc de nature économique. L'assurance de cet avantage patrimonial est garantie par l'élection

⁶⁰⁴ GÉRARD (Ph.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Droit et intérêt*, vol. 2, *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 15, n° 4.

⁶⁰⁵ Sur les définitions du droit subjectif, cf. not. : *Le droit subjectif en question*, Coll. APD, t. 9, Paris : Sirey, 1964, spé. les articles de DABIN (J.), « Droit subjectif et subjectivisme juridique », p. 17, ROUBIER (P.), « Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs », p. 83 ; GUTMANN (D.), « Droit subjectif », in ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, Paris : PUF, 2003, p. 529 ; BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 38, n° 28 ; du même auteur, *Méthodologie juridique fondamentale et appliquée*, op. cit., p. 52, n° 30 ; DABIN (J.), *Le droit subjectif*, Paris : Dalloz, 2008, p. 80 et s. et p. 105 ; ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, Coll. Philosophie du droit, Paris : Dalloz, 1963, p. 73.

⁶⁰⁶ IHERING (R. VON), *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. IV, trad. O. de Meulenaere, 3^e éd., Paris : éd. A. Marescq, 1886, p. 325-329, cité par ROCHFELD (J.), op. cit., p. 155, n° 5 ; à propos de la théorie de IHERING sur le droit subjectif et sa critique, cf. GHESTIN (J.), BARBIER (H.) et BERGÉ (J.-S.), op. cit., p. 212, n° 275.

⁶⁰⁷ ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., p. 68, n° 9 ; sur la distinction et les rapports entre les notions d'intérêt et de droit, cf. égal. GERVAIS (A.), « Quelques réflexions à propos de la distinction des "droits" et des "intérêts" », in *Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER*, t. 1, *Théorie générale du droit et droit transitoire*, Paris : Sirey, 1961, p. 241, spé. p. 241, n° 1.

de son résultat comme objet du droit subjectif, dont l'accès se trouve réservé exclusivement au titulaire. Ainsi, en reconnaissant à l'investisseur une prérogative lui permettant de défendre son intérêt, le droit subjectif apparaît comme une technique favorable à la protection des utilités que représente le résultat de son engagement. Le résultat d'investissement est réservé par le droit subjectif, au profit de l'investisseur, ce qui lui permet d'en bénéficier de façon exclusive, et d'éloigner les tiers éventuellement responsables d'un défaut de retour sur investissement dans le futur. Le droit subjectif reconnu à l'investisseur œuvrerait ainsi dans le sens d'une certaine garantie de la rentabilité de son opération. Le droit objectif de la propriété intellectuelle lui offre ce moyen, tout en n'omettant pas de l'assortir d'une action en justice⁶⁰⁸, afin qu'il puisse mettre en œuvre la défense de son intérêt.

284. Identité du droit subjectif de propriété intellectuelle protecteur de l'intérêt de l'investisseur. Le droit de la propriété intellectuelle peut être considéré comme un système juridique comprenant et organisant des droits subjectifs reconnus au bénéfice des créateurs intellectuels, la plupart du temps, ⁶⁰⁹. De manière traditionnelle, il est possible de concevoir que ces droits tendent à la protection juridique des intérêts patrimoniaux et extrapatrimoniaux des créateurs, en tant qu'investisseurs intellectuels. En revanche, tel n'est pas explicitement le cas, ou pas toujours, s'agissant des intérêts patrimoniaux des investisseurs économiques participant au processus créatif. Le droit subjectif de propriété intellectuelle peut pourtant être analysé comme un mode de protection de l'intérêt d'un investisseur économique à la conception d'un objet immatériel. La structure de ces droits subjectifs peut être examinée sous l'angle de l'intérêt particulier de l'investisseur qu'il s'agit de défendre. Si de façon générique, dans la loi, l'objet du droit subjectif tend à se présenter sous les traits d'une création intellectuelle, il pourrait bien également être appréhendé sous les traits d'un résultat d'investissement. Considéré dans son immatérialité, le résultat d'investissement pourrait être assimilé à la création intellectuelle, et jouir du même régime. L'intérêt de l'investisseur à protéger s'en trouverait ainsi traité juridiquement. La protection de l'investissement par le droit subjectif de propriété intellectuelle transparaît dans chacun des éléments structurant ce dernier. Non seulement l'objet du droit peut être incarné par le résultat d'investissement, tout comme la création intellectuelle, mais le titulaire peut aussi être incarné par la personne de l'investisseur. Un raisonnement analogue peut être mené s'agissant du contenu du droit. La vocation du droit subjectif de propriété intellectuelle à la protection de l'intérêt de l'investisseur peut également

⁶⁰⁸ Cf. *infra*, n° 315 et s.

⁶⁰⁹ Pour un essai de qualification des droits de « propriété intellectuelles » selon la structure du droit subjectif, cf. MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.) et REVET (Th.), *loc. cit.*, p. 284, n° 10 et s.

s'illustrer au regard de la nature de ce droit. Les effets attachés à ce dernier sont bénéfiques à l'intérêt en jeu, lequel réside dans la défense du retour sur investissement attendu et favorisé par la réservation privative du résultat d'investissement.

2) La nature du droit protecteur de l'investissement

285. Discussions sur la nature du droit subjectif de propriété intellectuelle dans sa fonction de protection de l'investissement. Les droits subjectifs peuvent présenter différentes natures, fondant des typologies prétextes à leur analyse et à leur distinction de régime⁶¹⁰. Au travers du bénéfice d'un droit subjectif de propriété intellectuelle, l'investisseur qui en serait le titulaire jouirait d'un droit dont la nature du modèle lui offre la plus large protection⁶¹¹. Le droit de propriété, et par extension le droit de propriété intellectuelle, est traditionnellement considéré comme un droit patrimonial présentant une nature réelle, et permettant à son titulaire de jouir de toutes les utilités de l'objet de son droit⁶¹². Une telle considération procède d'une analyse en fonction de la consistance du rapport juridique établi entre l'objet et son titulaire⁶¹³. Le droit réel désigne un droit subjectif offrant à son titulaire la garantie d'un pouvoir direct sur la chose objet du droit⁶¹⁴. Cette chose, représentant une valeur d'usage et d'échange, devient un bien. Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de considérer le droit d'auteur comme droit de propriété⁶¹⁵. Aussi, le régime juridique du droit commun des biens est présenté comme

⁶¹⁰ GHESTIN (J.), BARBIER (H.) et BERGÉ (J.-S.), *op. cit.*, p. 258, n° 325 et s., énumérant successivement les « droits ayant pour objet des choses (droits réels) », des « droits ayant pour objet l'activité d'une personne (droits de créance) », les « droits ayant pour objet des œuvres immatérielles (droits intellectuels) », et des « droits ayant pour objet la personne même du sujet (droits de la personnalité) » ; ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 136 : « Au point de vue de leur contenu, les droits subjectifs forment cinq catégories principales : les droits de créance, les droits réels, les droits d'entreprise et de clientèle, les droits universels et enfin les droits extrapatrimoniaux ».

⁶¹¹ LUCAS (A.), DEVÈZE (J.) et FRAYSINET (J.), *op. cit.*, p. 272, n° 472 : « Une fois constatée la valeur économique, la tendance irrésistible est à raisonner en termes de propriété. Elle ne date pas d'aujourd'hui. Elle s'explique peut-être par la fascination qu'exerce le droit de propriété, ce "lien magique entre l'être et l'avoir", certainement en tout cas par l'impérialisme du plus complet des droits réels ».

⁶¹² BERGEL (J.-L.), CIMANTONI (S.), ROUX (J.-M.) et TRANCHANT (L.), *Les biens*, Coll. Traité de Droit civil, 3^e éd., Paris : LGDJ, 2019, p. 53, n° 48 et p. 95, n° 81 et s. ; GHESTIN (J.), BARBIER (H.) et BERGÉ (J.-S.), *op. cit.*, p. 258, n° 325 ; sur la nature des droits de propriété intellectuelle, et notamment sur celle du droit d'auteur, cf. VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 57, n° 34 ; sur la nature des droits de propriété industrielle, cf. AZÉMA (J.) et GALLOUX (J.-Ch.), *op. cit.*, p. 1-2, n° 2 et s.

⁶¹³ RECHT (P.), *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété, Histoire et théorie*, Paris : LGDJ, Gembloux, Éd. J. Duculot, 1969.

⁶¹⁴ BERGEL (J.-L.), CIMANTONI (S.), ROUX (J.-M.) et TRANCHANT (L.), *op. cit.*, p. 45, n° 37.

⁶¹⁵ Cf. not. DC 27 juill. 2006, n° 2006-540 : JO 3 août 2006, p. 11541 ; D. 2006, p. 2157 note CASTETS-RENARD (C.) ; RTD civ. 2006, p. 791 note REVET (Th.) ; Légipresse sept. 2006, n° 234, I, p. 129, obs. THOUMYURE (L.) ; JCP E 2006, 2503, obs. CARON (Ch.) ; CCE 2006, Comm. 140, note CARON (Ch.) ; LPA 14 août 2006, n° 161, p. 4, obs. SCHOETTL (J.-E.) ; Dr. et patr. oct. 2006, n° 152, p. 102, note VELARDOCCIO (D.) ; PI 2006, n° 20, doct. p. 240 note BENABOU (V.-L.) ; V° égal. M. VIVANT, « Et donc la propriété littéraire et artistique est une propriété... », PI avr. 2007, n° 23, p. 193.

applicable à l'existence et l'exercice de ces droits portant sur des objets immatériels⁶¹⁶. Une telle nature attribuée au droit subjectif de propriété intellectuelle, pourtant largement acceptée⁶¹⁷, a toujours fait l'objet de discussions⁶¹⁸. Par exemple, le caractère temporaire de ces droits est mis en opposition du caractère perpétuel de la propriété pour exclure ce rattachement de nature. Par ailleurs, le droit de propriété ne pourrait s'appliquer qu'à des objets matériels⁶¹⁹. D'autres natures et qualifications ont pu être attribuées à ce droit, spécialement en considération de la nature incorporelle de l'objet⁶²⁰. Roubier a ainsi pu proposer une analyse en tant que droit de clientèle⁶²¹. Cette qualification semble par ailleurs permettre une analyse facilitée du droit subjectif de propriété intellectuelle en tant que mode de protection de l'intérêt d'un investisseur. La fonction de ralliement d'une clientèle contribue en effet à sécuriser un retour sur investissement attendu. L'intérêt du bénéfice de ce type de droit subjectif pour l'investisseur tient à ses effets. Ils résident dans la portée attractive de l'exclusivité et de l'opposabilité.

286. Hypothèse de dépassement des hésitations. Pour aller au-delà des différentes hésitations sur la nature du droit subjectif de propriété intellectuelle, il conviendrait peut-être de se contenter de réduire cette prérogative à un droit de réservation, de maîtrise⁶²², des utilités d'une chose. L'intérêt de cette prérogative pour l'investisseur économique à la création d'objets immatériels, dont l'exploitation constitue la source de son retour sur investissement, tient à son effet d'exclusivité. Cette dernière conduit à l'institution d'un monopole opposable à tous, permettant au titulaire de bénéficier exclusivement des retombées positives de la valorisation. Cette maîtrise conférée par la réservation permet à l'investisseur de tirer profit de l'utilisation et de la disposition de l'objet réservé. C'est surtout l'effet de réservation exclusive de la technique, ainsi que la portée de l'opposabilité de ce pouvoir, qui intéressent l'investisseur pour protéger ses intérêts se révélant dans la phase de commercialisation de l'objet réservé⁶²³. Ainsi

⁶¹⁶ CARON (Ch.), « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP G* 2004, I, 162 ; BINCTIN (N.), « Les biens intellectuels : contribution à l'étude des choses », *CCE* juin 2006, étude 14, spé. n°19.

⁶¹⁷ Sur la nature du droit de propriété littéraire et artistique, cf. not., VIVANT (M.), « Et donc la propriété littéraire et artistique est une propriété... », *PI* avr. 2007, n° 23, p. 193 ; GAUDRAT (Ph.), « L'importance de la référence propriétaire dans la loi du 11 mars 1957 », *RIDA* juill. 2009, n° 221, p. 3 ; LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *op. cit.*, p. 27, n° 22 et s.

⁶¹⁸ MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.) et REVET (Th.), *loc. cit.*, p. 283, n° 9.

⁶¹⁹ CARBONNIER (J.), *Droit civil, t. 3, Les biens*, Coll. Thémis droit privé, 19^e éd., Paris : PUF, 2000, p. 388, n° 250.

⁶²⁰ GHESTIN (J.), BARBIER (H.) et BERGÉ (J.-S.), *op. cit.*, p. 260, n° 327.

⁶²¹ ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 137, l'auteur place les droits subjectifs de propriété intellectuelle dans la catégorie qu'il nomme « droits d'entreprise et de clientèle ».

⁶²² À ce sujet cf. VIVANT (M.) et BRUGIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 57, n° 34, spé. p. 60, considérant que la « [...] maîtrise tend à réserver à celui qui peut s'en prévaloir les utilités économiques de la chose [...] ».

⁶²³ MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.) et REVET (Th.), *loc. cit.*, p. 293, n° 31-33 et p. 299, n°45 : « La réservation est souvent requise pour permettre la commercialisation ; le maître d'une valeur veut en obtenir la réservation pour subordonner à une contrepartie l'accès d'autrui ».

muni d'un moyen de préserver la source de son profit, l'investisseur peut se défendre contre les comportements malveillants et opportunistes des tiers qui entraveraient la rentabilité de son opération. Ces raisonnements illustrent la motivation de l'investisseur à se voir reconnaître la titularité d'un droit subjectif de propriété intellectuelle sur le résultat d'investissement qui en est l'objet. L'appréhension de l'investissement à protéger dans la définition du droit subjectif de propriété intellectuelle peut être relayée par l'analyse plus précise de la composition de ce droit. Chacun de ses éléments présente un lien avec l'opération d'investissement à sécuriser.

B. La composition du droit au regard de l'investissement

287. Composition spécifique du droit subjectif vis-à-vis de sa fonction de protection de l'investissement. Les droits de propriété intellectuelle, comme tout droit subjectif, comportent des éléments irréductibles⁶²⁴. L'examen de chacun d'eux traduit une fonction de protection de l'intérêt de l'investisseur du droit subjectif. L'enjeu immédiat pour l'investisseur tient en effet à la réservation du résultat d'investissement, afin d'obtenir des moyens de valorisation paisible de l'objet du droit ou du droit lui-même⁶²⁵. L'étude de l'objet et du sujet du droit (1), ainsi que celle du contenu du droit subjectif de propriété intellectuelle (2), démontre que ce dernier peut effectivement être protecteur de l'investissement.

1) L'objet et le titulaire du droit protecteur de l'investissement

288. Un lien entre l'objet et le sujet du droit. Le droit subjectif de propriété intellectuelle organise une relation directe entre l'objet et le sujet de droit, de l'ordre de la maîtrise exclusive. Par exemple, le droit d'auteur institue une relation entre l'œuvre de l'esprit (objet du droit) et l'auteur-créateur (sujet du droit). Ce raisonnement, appliqué à l'investissement, suggère que le résultat d'investissement soit considéré comme l'objet du droit (a), et que son sujet soit l'investisseur (b).

⁶²⁴ RAYNARD (J.), « Entre brevet et droit d'auteur, Les quatre points cardinaux de la propriété intellectuelle », *JCP G* 2013, Étude 399, analysant les points communs des droits de propriété intellectuelle, au regard, de l'objet, du fait générateur, du titulaire et du contenu du droit.

⁶²⁵ MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.) et REVET (Th.), *loc. cit.*, p. 285, n° 13.

a. *Le résultat d'investissement, objet du droit*

289. La valeur économique d'une chose immatérielle, objet du droit subjectif de propriété intellectuelle. La particularité du droit subjectif de nature réelle consiste dans le lien direct unissant l'objet du droit, la plupart du temps appréhendé comme une valeur économique⁶²⁶, à son sujet, le titulaire. Selon une conception rénovée de la notion de bien, à sa base se trouve une valeur économique, qu'il s'agit d'approprier. Nous assimilons à cette valeur économique objet du droit subjectif, la figure du résultat d'investissement, appréhendé dans sa dimension immatérielle.

290. Le résultat d'investissement, assiette supportant l'emprise du droit. « La notion d'objet de droit désigne l'élément qui supporte l'emprise du droit »⁶²⁷. La protection de l'intérêt de l'investisseur suppose d'ériger le résultat d'investissement comme l'assiette supportant l'emprise du droit, dont l'auteur sera reconnu titulaire. L'évolution de la conception de la notion de bien a permis de voir les objets appréhendés par le droit de propriété, notamment comme de simples « valeurs économiques »⁶²⁸. Plus spécialement, cette conception, appliquée à l'objet du droit de propriété intellectuelle, permet d'identifier une tendance selon laquelle il ne s'agit pas nécessairement d'une création intellectuelle, mais d'un objet réduit à sa valeur économique. Cette évolution pourrait aboutir à considérer que l'objet du droit subjectif de propriété intellectuelle n'aurait ainsi plus à se manifester seulement comme œuvre de l'esprit ou invention selon les critères traditionnels⁶²⁹. Il consisterait, de façon plus générique, en une valeur économique, représentative de l'intérêt présent ou à venir d'un agent économique⁶³⁰.

⁶²⁶ LUCAS (A.), DEVÈZE (J.) et FRAYSINET (J.), *op. cit.*, p. 272, n° 472 : « Une fois constatée la valeur économique, la tendance irrésistible est à raisonner en termes de propriété. Elle ne date pas d'aujourd'hui. Elle s'explique peut-être par la fascination qu'exerce le droit de propriété, ce "lien magique entre l'être et l'avoir", certainement en tout cas par l'impérialisme du plus complet des droits réels ».

⁶²⁷ MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.) et REVET (Th.), *loc. cit.*, p. spé. p. 285, n°13.

⁶²⁸ PIEDELIEVRE (A.), « Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », in *Les aspects du droit privé en fin du XX^e siècle, Études M. DE JUGLART*, Paris : LGDJ, 1986, p. 55 ; ZENATI (F.), « L'immatériel et les choses », in *Le droit et l'immatériel*, Coll. APD, t. 43, 1999, p. 79, spé. p. 90-91 ; sur l'appropriation des « nouveaux biens », et sur leur émergence sous l'influence d'impératifs économiques, cf. not. : BERGEL (J.-L.), « Rapport général », in *La propriété, Journées Vietnamiennes 2003*, Coll. Travaux de l'association Henri CAPITANT, t. 53, Société de législation comparée, 2006, p. 203, et REVET (Th.), « Rapport français. Les nouveaux biens », in *La propriété, op. cit.*, p. 271, spé. p. 276.

⁶²⁹ ROCHFELD (J.), *op. cit.*, p. 235, n° 14.

⁶³⁰ *Id.*, p. 229, n° 12, et p. 231, n° 12, citant différentes décisions selon lesquelles constituent des biens à raison d'un critère de valeur, « tout intérêt économique substantiel » (cf. not. CEDH, 18 juin 2002, n° 48939/99, *Oneryildiz c/Turquie* : D. 2002, somm. p. 2568, obs. BIRSAN (C.) ; AJDA 2002, p. 1281, obs. FLAUSS (J.-F.) ; JCP G 2002, I, 157, n° 63, obs. SUDRE (F.) ; CEDH, 30 nov. 2004, n° 48939/99, *Oneryildiz c/Turquie* : RTD civ. 2005, p. 422, obs. REVET (Th.) ; AJDA 2005, p. 550, obs. REVET (Th.) ; Europe 2005, comm. 105 note DEFFAINS (N.)), des « droits sur des œuvres de l'esprit » (CEDH, 29 janv. 2008, n° 19247/03, *Balan c/ Moldavie* : RTD eur. 2008, p. 405, obs. SCHMIDT-SZALESKI (J.) ; RTD com. 2008, p. 732, obs. POLLAUD-DULIAN (F.) ; Légipresse 2008, n° 250, III, p. 61, note LESUEUR (J.) ; JCP G 2008, I, 158, n° 1, obs. CARON (Ch.) ; JCP E 2008, 1934, note ZOLLIGER (A.) ; CCE 2008, Comm. 76, CARON (Ch.) ;

Ainsi se présente la dynamique de réservation privative de l'information⁶³¹, laquelle peut être considérée comme un résultat d'investissement valorisable⁶³². Cette dernière, ainsi appropriée, est érigée au statut de bien⁶³³. Présentant une valeur économique, l'appropriation de l'information se justifie par le souci de protéger l'investissement que sa mise au point à nécessité, contre son utilisation par les tiers⁶³⁴. L'enjeu est de pouvoir assurer à son producteur une certaine rentabilité. Ce mode de réservation de l'information est fortement discuté⁶³⁵. On pourrait convoquer ici, à titre d'illustration⁶³⁶, le cas du droit *sui generis* accordé au producteur de base de données⁶³⁷, à raison des investissements consentis. Ce droit, institué sur des motifs d'opportunité, interdit aux tiers d'utiliser, sous certaines conditions et dans certaines mesures, des informations contenues dans cette base. Cela revient à privatiser l'utilisation de ces dernières, représentant une utilité pour le titulaire du droit, et dont la prérogative lui reconnaît l'exclusivité. L'utilisation exclusive de la valeur économique de ces informations rassemblées est consentie au titulaire du droit, afin de permettre la rentabilité de son opération d'investissement dans une structure les rassemblant.

291. L'hypothèse du droit de réservation en tant qu'objet de la propriété. La notion de bien, à la faveur de sa rénovation, peut se manifester non seulement sous un aspect objectif, mais également sous un aspect subjectif⁶³⁸. La conception objective implique que la valeur se

Dr. et patr. oct. 2008, n° 174, p. 81, obs. VELARDOCCHIO (D.) ; *PI* 2008, n° 28, p. 338, obs. BRUGUIÈRE (J.-M.)).

⁶³¹ *Id.*, p. 272-274, n° 35, spé. p. 273 ; CATALA (P.), « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *D.* 1984, chron. p. 97 et du même auteur, « La propriété de l'information », in *Mélanges RAYNAUD*, Paris : Dalloz, 1985, p. 97 ; LUCAS (A.), DEVÈZE (J.) et FRAYSINET (J.), *op. cit.*, p. 269, n° 468 et s.

⁶³² MOUSSERON (J.-M.), « Valeurs, biens, droits », *loc. cit.*, p. 279, n° 7 : « *Le concept de valeur n'acquiert, donc, tout son sens que lorsque le souci de réservation prolonge celui de commercialisation [...]* » ; ROCHFELD (J.), *op. cit.*, p. 267, n° 33, sur la « *conception du bien comme valeur commercialisable* ».

⁶³³ MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.) et REVET (Th.), *loc. cit.*, spé. p. 285, n° 13 : « *Utile et rare, une valeur, au sens économique du terme, devient un bien, au sens juridique du mot, lorsque la Société répond, par le Droit, aux soucis complémentaires de réservation et de commercialisation de son maître du moment. Objet du droit de propriété, la chose est conceptualisée au rang de "bien"* » ; MOUSSERON (J.-M.), « Valeurs, biens, droits », *loc. cit.*, p. 279, n° 7 ; DROSS (W.), *Droit civil : Les choses*, Paris : LGDJ, 2012, p. 12, n° 9, sur la notion de valeur et ses rapports avec la notion de bien.

⁶³⁴ LUCAS (A.), DEVÈZE (J.) et FRAYSINET (J.), *op. cit.*, p. 270, n° 469 ; sur la notion de bien et ses liens avec l'utilité et la rareté des choses qui les poussent vers l'appropriabilité, voir ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (Th.), *Les biens*, Coll. Droit, 3^e éd., Paris : PUF, 2008, p. 18 et s., n° 2 et p. 21.

⁶³⁵ GALLOUX (J.-Ch.), « Ébauche d'une définition juridique de l'information », *D.* 1994, p. 229 ; MALLET-POUJOL (N.), « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D.* 1997, p. 330.

⁶³⁶ Quoique ce droit n'est pas présenté comme un droit de propriété. Il en présente néanmoins les traits, au regard de ses effets d'exclusivité et de son mode d'opposabilité.

⁶³⁷ Cf. *supra*, n° 202 et s. ; Direct. n° 96/9/CE du 11 mars 1996 relative à la protection juridique des bases de données, article 7.1, *préc.*, transposée en droit interne français par la L. n° 98-536 du 1^{er} juill. 1998, dont les dispositions relatives au droit *sui generis* sont codifiées aux articles L341-1 et s. CPI.

⁶³⁸ MIGNOT (M.), « La notion de bien, contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *RRJ* 2006, p. 1805, traitant de la problématique de la localisation de la valeur dans l'objet du droit ou dans le droit lui-même, spé. p. 1833, n° 52 et s. : « *La notion de bien est abordée d'un point de vue objectif et subjectif. Dans la conception objectiviste, le bien est défini en partant des choses, tandis que dans la conception subjectiviste, il l'est en partant des droits. Le bien est ainsi la chose objet du droit ou le droit sur la chose* » ; BERGEL (J.-L.), CIMANTONI (S.),

localise dans la chose devenant un bien⁶³⁹, tandis que la conception subjective suggère que la valeur est localisée dans le droit lui-même, faisant de ce dernier un bien⁶⁴⁰. La valeur peut en effet se trouver dans la chose, comme dans le droit. Ce dernier serait alors objet de propriété⁶⁴¹. Une telle évolution est connue en matière de droits de propriété intellectuelle⁶⁴². Ils peuvent en effet avoir tendance à être considérés eux-mêmes comme des biens. Le droit subjectif de propriété intellectuelle représenterait lui aussi une valeur économique ayant vocation à circuler⁶⁴³. Le droit est en effet lui-même cessible, représentant des valeurs d'usage et d'échange. Il peut être valorisé à l'appui d'actes contractuels d'exploitation, dont le titulaire pourra en retirer d'éventuels profits. Ainsi, l'on peut avoir tendance à parler de « cession » ou de « concession » de droit de propriété intellectuelle. Dans cette circonstance, cela signifie que le titulaire du droit offre la possibilité à un tiers d'utiliser le résultat d'investissement objet du droit, sous une forme de délégation contractuelle, ou légale, de l'« exercice » du droit en question. C'est autrement dit, la titularité du droit qui est transférée.

292. Le droit de propriété intellectuelle réservant le résultat d'investissement, objet de propriété. Le raisonnement, appliqué au droit de propriété intellectuelle assurant la réservation d'un résultat d'investissement, signifie que l'investisseur titulaire pourrait tirer un profit de la valorisation de son droit. À ce titre, si nous envisageons le droit de propriété sur un résultat d'investissement comme étant lui-même l'objet d'un droit de propriété⁶⁴⁴, on remarquera que cela représente un avantage majeur pour son titulaire qui pourra le faire circuler, et ainsi nourrir le retour sur investissement attendu. La valeur économique du droit sur le résultat d'investissement représente une richesse exploitable. Le droit, richesse exploitable, et valorisé par son transfert à un tiers, constituera une source de revenu pour son titulaire. Cela présuppose

ROUX (J.-M.) et TRANCHANT (L.), *op. cit.*, p. 7-8, n°1.

⁶³⁹ MIGNOT (M.), *loc. cit.*, p. 1832, n° 50 et s.

⁶⁴⁰ *Id.*, p. 1836, n°58 et s. : « Dans la conception subjectiviste, les biens sont des droits ayant une valeur économique ».

⁶⁴¹ LAURENT (J.), *La propriété des droits*, Coll. Bibl. droit privé, t. 537, Paris : LGDJ, 2012, identifiant, parmi les droits subjectifs, les droits qui sont des choses, et les droits qui permettent le rattachement des choses à un sujet. L'auteur identifie les premiers comme des « droits-prestation » (n° 81), et les seconds comme des « droits-exclusion » (n° 79).

⁶⁴² LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *op. cit.*, p. 37, n° 29, évoquant la question du « bien dans le droit ou dans la chose immatérielle », au sujet de « l'équivoque née de la confusion fréquemment entretenue entre la création intellectuelle et le droit auquel elle donne prise » ; LUCAS (A.), DEVÈZE (J.) et FRAYSINET (J.), *op. cit.*, p. 267, n° 466.

⁶⁴³ MIGNOT (M.), *loc. cit.*, p. 1811, n°14.

⁶⁴⁴ *Id.*, p. 1814, n° 20 : « Selon une vision classique, la valeur est une qualité de la chose corporelle ou incorporelle, objet d'une prérogative juridique, ou une qualité de la prérogative juridique elle-même ».

l'existence d'un lien de rattachement, d'une relation entre ce bien-droit et un sujet⁶⁴⁵. Ce lien se manifeste par le concept de titularité⁶⁴⁶.

b. L'investisseur, sujet du droit

293. Un lien juridique entre une valeur et une personne : le droit de réservation au bénéfice d'un titulaire. En tant que protection juridique d'un intérêt, le droit subjectif de propriété intellectuelle est rattaché à un sujet de droit. L'enjeu est de permettre à ce dernier d'exercer la défense de son intérêt, lequel prend sa source dans l'utilisation de l'objet du droit. Si, dans l'analyse du droit subjectif de propriété intellectuelle, a été identifié le résultat d'investissement comme l'objet du droit, encore faut-il que sa réservation soit indiquée et reliée au bénéfice d'un sujet de droit. Les droits de propriété intellectuelle, en tant que droits de réservation portant sur des biens incorporels et fondés sur une valeur économique, trouvent leurs modalités et effet d'appropriation d'une façon différente que pour les biens corporels. À ce titre, il s'agit de définir « comment et par quelles manifestations [l'appropriation] [...] va s'exprimer »⁶⁴⁷. On est ainsi face à une situation pour laquelle « le droit reconnaît expressément la possibilité de se réserver les utilités d'un élément de valeur et pose les conditions ainsi que le régime de celle-ci »⁶⁴⁸. Comme le relèvent néanmoins certains auteurs⁶⁴⁹, la question de l'analyse de la titularité du droit subjectif, notamment de propriété, ne fait pas l'objet de grandes discussions dans les ouvrages doctrinaux⁶⁵⁰. Nous nous contenterons de démontrer que la protection de l'intérêt de l'investisseur par le droit subjectif de propriété intellectuelle,

⁶⁴⁵ LAURENT (J.), *op. cit.*, p. 107, n° 133 et s. et p. 114, n° 142, selon qui, la titularité exprime un rapport d'appartenance exclusive du droit à son sujet.

⁶⁴⁶ Au demeurant, au sein des présents développements, nous privilégions l'analyse du bien – objet du droit de propriété intellectuelle comme la chose, assiette, d'un droit subjectif réel, et non pas comme le droit sur la chose. Nous n'envisageons pas ici de prime abord que le droit de propriété institué sur un résultat d'investissement soit lui-même considéré comme un bien (À ce sujet, cf. not. ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (Th.), *op. cit.*, p. 21, n° 3 pour qui « *Malgré qu'elle soit couramment présentée comme telle, il n'est guère concevable que la propriété soit un bien, car il serait tautologique et absurde de s'approprier le rapport d'appropriation. Le droit de propriété ne peut être un bien parce qu'il est ce qui permet aux choses d'être des biens. Ce sont les objets de propriété qui sont des biens, non pas la propriété elle-même* » ; pour une présentation de la théorie de la « propriété des droits », voir DROSS (W.), *op. cit.*, p. 888, n° 488 et s., et sur son aspect critique, p. 897, n° 491 et p. 899, n° 491-2 ; POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, Le droit d'auteur, op. cit.*, spé. n° 941). Pourtant, il faudra parfois s'en remettre à l'idée que l'objet de la valorisation n'est pas tant le résultat d'investissement réservé, que le droit en assurant la réservation. Ainsi, nous verrons que le droit français, notamment en propriété littéraire et artistique, considère de manière générale que les droits patrimoniaux d'exploitation font l'objet d'une valorisation dont découlera une valeur.

⁶⁴⁷ ROCHFELD (J.), *op. cit.*, p. 235, n° 14.

⁶⁴⁸ *Ibid.*, citant également, à titre d'exemple, le processus concernant les inventions et les œuvres de l'esprit.

⁶⁴⁹ MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.) et REVET (Th.), *loc. cit.*, p. 284, n° 11.

⁶⁵⁰ Nous ne nous y attarderons pas davantage ici, d'autant que cette question a été développée dans le chapitre précédent. Cf. *supra*, n° 218 et s.

impliquant la réservation du résultat d'investissement, nécessite que l'auteur de l'opération en soit le titulaire.

294. Un lien juridique entre le résultat d'investissement et l'investisseur assuré par le droit subjectif de propriété intellectuelle. Le droit positif de la propriété intellectuelle n'indique pas toujours ouvertement que l'objet, ni le sujet de ce droit sont tournés vers la protection de l'investissement économique⁶⁵¹. Nous entendons cependant mener une telle analyse, dès lors que le souci de rentabilité de l'investissement apparaît en filigrane. La réservation du résultat d'investissement par un droit de propriété intellectuelle, permettant à l'investisseur de protéger son intérêt, fait logiquement référence à l'investissement. Corrélativement, il apparaît logique que le titulaire soit l'investisseur, auteur de l'opération d'investissement dont l'issue a vocation à être protégée. L'investisseur entend se voir reconnaître juridiquement la jouissance exclusive, ou du moins paisible, de ce résultat, afin de pouvoir en retirer les utilités qui l'intéressent : le retour sur investissement. C'est à lui, en tant que producteur de la valeur, que doit être attribué l'exercice du droit de réservation privatif sur le résultat d'investissement. Néanmoins, dans la conception traditionnelle du droit de la propriété intellectuelle, les règles de titularité n'indiquent pas officiellement que le titulaire du droit sur l'objet réservé doive être l'investisseur économique, mais plutôt l'investisseur intellectuel. En effet, la question de la titularité du droit de propriété intellectuelle se complique lorsque l'investisseur économique n'est pas la seule personne ayant contribué à la conception du résultat d'investissement⁶⁵².

2) Le contenu du droit protecteur de l'investissement

295. Le contenu du droit de propriété intellectuelle assorti d'une action en justice spécifique. Le contenu du droit subjectif de propriété intellectuelle manifeste son aptitude à assurer la protection de l'intérêt de l'investisseur. La teneur de la prérogative **(a)**, ainsi que l'existence d'une action en justice permettant d'assurer la sanction d'une atteinte au droit **(b)**, en témoignent.

⁶⁵¹ Cependant, comme le relève Monsieur CAUSSE, « les régimes et techniques de protection du code de la propriété intellectuelle dissimulent l'investissement. Voilà abordés les rapports entre "biens" et "investissements" » (CAUSSE (H.), « L'investissement, le président de la République et le droit », *D.* 2006, p. 4).

⁶⁵² Il s'agit de la problématique que nous avons déjà envisagée dans le chapitre précédent, à propos de la relation entre créateur intellectuel dépendant et investisseur économique (employeur ou commanditaire). Cf. *supra*, n° 218 et s.

a. La teneur de la prérogative protectrice de l'investisseur

296. Les effets d'exclusivité et d'opposabilité du droit subjectif de propriété intellectuelle profitables à l'investisseur. Le propre du droit subjectif de propriété intellectuelle est d'offrir à son titulaire une exclusivité dans la maîtrise de l'objet du droit, de la façon la plus forte, à l'appui d'une large opposabilité⁶⁵³. Cette technique permet ainsi à l'investisseur titulaire du droit exclusif sur le résultat d'investissement de reléguer les tiers intéressés, de l'utilisation du résultat réservé. La propriété est en effet essentiellement caractérisée par « l'exclusivité qu'elle confère en propre à une personne sur une valeur économique »⁶⁵⁴. Ainsi que l'écrivait Ripert, « l'exclusivisme qui est le caractère principal du droit subjectif marque au suprême degré le droit de propriété »⁶⁵⁵. Plus précisément, « une définition satisfaisante de la propriété s'ordonne autour de deux éléments. D'une part, la propriété traduit l'attribution exclusive d'une chose à une personne. D'autre part, cette attribution exclusive permet à son bénéficiaire d'exercer une maîtrise absolue sur cette chose »⁶⁵⁶. Le droit de propriété est intéressant pour l'investisseur, car il institue une relation exclusive, opposable à tous, entre le titulaire et l'objet du droit. Il s'agit ainsi de présenter plus précisément la substance du contenu de la prérogative de propriété intellectuelle⁶⁵⁷, bénéficiant à l'intérêt de l'investisseur, au travers de ses caractères d'exclusivité et d'opposabilité. La prérogative de nature patrimoniale reconnue à l'investisseur révèle qu'elle est un outil sécurisant les perspectives de rentabilité économique de son opération.

297. Le pouvoir d'exclusivité conféré par le droit subjectif. La prérogative du droit subjectif de propriété, par son contenu, permet au titulaire d'exercer une large maîtrise de l'ordre de l'exclusivité sur l'objet du droit. Le corolaire en est qu'autrui est relégué de l'utilisation de cet objet (du moins sans l'autorisation de son propriétaire). Le titulaire de la prérogative est, non seulement en mesure de jouir de toutes les utilités de l'objet de son droit, mais aussi d'en exclure les tiers, ou d'autoriser ces derniers à les utiliser, éventuellement sous conditions. En somme, le droit de propriété confère à son titulaire, par le biais de

⁶⁵³ BERGEL (J.-L.), CIMANTONI (S.), ROUX (J.-M.) et TRANCHANT (L.), *op. cit.*, p.133, n° 110.

⁶⁵⁴ MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.) et REVET (Th.), *loc. cit.*, p. 284, n°17.

⁶⁵⁵ RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, Paris : LGDJ, réédition, 1994, p. 210, n° 84.

⁶⁵⁶ BERLIOZ (P.), *Droit des biens*, Coll. Cours magistral, Paris : Ellipses, 2014, p. 12, n° 7 et s.

⁶⁵⁷ Sur le contenu de la prérogative, cf. not. : DABIN (J.), *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 168 : « Le contenu d'un droit est ce qui le délimite dans son mode et dans son étendue : il inclut telle prérogative ou tel « faisceau » de prérogatives » ; GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.), et FABRE-MAGNAN (M.), *Introduction générale*, Coll. Traité de droit civil, 4^e éd., Paris : LGDJ, 1994, p. 172, n° 221 et s. ; MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.) et REVET (Th.), *loc. cit.*, p. 286, n°16.

l'exclusivité⁶⁵⁸, un pouvoir d'autoriser ou d'interdire l'accès à l'objet du droit à autrui⁶⁵⁹. La valorisation positive de cet objet de droit, source du retour sur investissement attendu, est ainsi préservée dans une certaine mesure, des risques de non-retour causés par les comportements des tiers. Le pouvoir de maîtrise exclusive que confère la propriété implique, en effet, la faculté pour le titulaire du droit, d'user, de faire fructifier et de disposer de l'objet comme il l'entend, afin d'en retirer des utilités. Cela intéresse particulièrement l'investisseur économique à la création de l'objet ainsi réservé, car en disposant du bien – résultat d'investissement, en le faisant fructifier au travers d'une exploitation, il peut en retirer des bénéfices constituant le retour positif attendu de l'investissement. Le caractère exclusif qu'implique le droit de propriété présente également l'intérêt de reléguer les tiers dans le bénéfice et la jouissance des utilités de l'objet du droit. Le titulaire est ainsi placé dans une situation de monopole. Il dispose du monopole de l'utilisation et de l'exploitation de l'objet du droit⁶⁶⁰. Appliqué aux attentes de notre investisseur, la titularité d'un tel monopole de droit s'avère attractive, car il permet d'en sécuriser le retour attendu de la valorisation de son résultat d'investissement. Il se réserve ainsi les bénéfices issus de l'exploitation de l'objet du droit, et en exclut également les tiers.

298. Le pouvoir d'exclusivité conféré par le droit subjectif de propriété intellectuelle.

Ce qui vaut pour le droit commun de la propriété vaut également en matière de propriété intellectuelle⁶⁶¹. Le caractère exclusif de la prérogative de propriété intellectuelle permet à son titulaire investisseur de bénéficier, seul, de toutes les utilités de l'objet réservé. À ce titre, il suffit de se référer au premier article du Code de la propriété intellectuelle pour constater que le droit d'auteur est un « droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous »⁶⁶². L'exclusivité intéresse particulièrement l'investisseur économique à la conception du résultat d'investissement ainsi réservé. En disposant du bien, en le faisant fructifier par des actes d'exploitation⁶⁶³, il peut alors en retirer des bénéfices constituant le retour positif attendu de son opération. De façon plus pratique, l'exclusivité dans les différents régimes de droits de propriété intellectuelle se manifeste par la précision que le titulaire a la faculté « d'autoriser ou d'interdire » l'utilisation, la représentation, la reproduction, la fabrication ... de la création, de l'invention, du signe, ... L'enjeu de cette prérogative exclusive, de nature patrimoniale réside, ici aussi, dans la possibilité dont bénéficie l'investisseur, d'obtenir des retombées positives de

⁶⁵⁸ Sur la notion d'exclusivité, GOURDON (P.), *L'exclusivité*, Coll. Bibl. Droit privé, t. 455, Paris : LGDJ, 2006, spé. p. 87, n° 198 et s., sur l'exclusivité en tant que principale finalité de la propriété littéraire et artistique.

⁶⁵⁹ MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.) et REVET (Th.), *loc. cit.*, p. 284, n° 17.

⁶⁶⁰ BERGEL (J.-L.), CIMANTONI (S.), ROUX (J.-M.) et TRANCHANT (L.), *op. cit.*, p. 115, n° 99.

⁶⁶¹ MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.) et REVET (Th.), *loc. cit.*, p. 283, n° 9 et s.

⁶⁶² Art. L111-1 al. 1 CPI.

⁶⁶³ BERGEL (J.-L.), CIMANTONI (S.), ROUX (J.-M.) et TRANCHANT (L.), *op. cit.*, p. 95, n° 83 et s.

l'exploitation de son bien, tout en en excluant les tiers. Ce caractère exclusif participe donc de la sécurisation de sa situation et de son intérêt.

299. La portée de l'exclusivité du droit subjectif de propriété intellectuelle : une opposabilité *erga omnes*. Le droit de propriété est présenté comme un droit « absolu », notamment en ce qu'il est opposable *erga omnes*⁶⁶⁴. L'effet d'exclusion des tiers de l'utilisation de l'objet réservé est soutenu par le caractère opposable à tous que présente cette prérogative. Contrairement au droit personnel, il n'est pas relatif, si bien qu'il peut être opposé à l'égard de n'importe qui. Cette opposabilité est le corolaire de l'exclusivité⁶⁶⁵. Pour protéger le retour qu'il attend de son investissement, par sa prérogative exclusive, son auteur pourra faire valoir l'interdiction faites aux tiers d'utiliser l'objet de droit protégé, ainsi que d'en tirer des profits sans autorisation⁶⁶⁶. Le but de l'investisseur est effectivement de restreindre les facultés de copies non autorisées du résultat d'investissement, car elles sont susceptibles de participer de la cause du défaut de retour sur investissement attendu. En ce sens, l'exclusivité et l'opposabilité des prérogatives de propriété contribuent à atteindre le but. S'agissant du droit subjectif de propriété intellectuelle, l'effet d'exclusion des tiers de l'utilisation de l'objet réservé est soutenu par le caractère opposable à tous que présente cette prérogative⁶⁶⁷. Ce caractère, en lien avec le caractère absolu du droit, est propice à la protection de l'intérêt de l'investisseur : il permet de dissuader des tiers de porter atteinte au droit exclusif reconnu. Concrètement, il est réputé faire reculer les comportements potentiellement nocifs, par exemple, des copieurs, passagers clandestins, contrefacteurs, qui auraient pour conséquence d'entraver la perception par l'investisseur d'un retour de son investissement⁶⁶⁸.

b. L'action en justice sanctionnant l'atteinte au droit protecteur

300. Une protection juridique garantie par le bénéfice d'une action en justice spécifique. La démonstration de l'attrait de la technique du droit de propriété pour l'investisseur ne serait pas complète, si l'on ne mentionnait pas l'existence d'un élément garantissant l'effectivité et l'efficacité d'une telle protection. Celle-ci dépend en effet du recours éventuel à l'action en justice⁶⁶⁹. « Le droit subjectif confère à son titulaire ” un domaine réservé ” par rapport aux

⁶⁶⁴ ROCHFELD (J.), *op. cit.*, p. 16, n° 7.

⁶⁶⁵ BERGEL (J.-L.), CIMANTONI (S.), ROUX (J.-M.) et TRANCHANT (L.), *op. cit.*, p.115, n° 99.

⁶⁶⁶ MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.) et REVET (Th.), *loc. cit.*, n° 17.

⁶⁶⁷ Opposabilité mentionnée s'agissant du droit d'auteur, cf. art. L111-1 CPI.

⁶⁶⁸ Par ailleurs, la procédure obligatoire de dépôt dans le cadre de certains droits de propriété intellectuelle, comme condition de leur existence et de leur validité, participe des liens entre la publicité des droits et de leur opposabilité.

⁶⁶⁹ Sur l'action en justice, cf. ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 54 et s.

autres individus, ce qui détermine son "opposabilité aux tiers", si bien qu'il peut leur en imposer le respect et dispose à cet effet de la protection d'une action en justice »⁶⁷⁰. Cette action permet, si nécessaire, au titulaire du droit de défendre son intérêt lorsqu'il est menacé par le non-respect des prérogatives du droit de réservation dont il est titulaire. L'exercice du droit, par la mise en œuvre de l'action en justice, offre au titulaire la possibilité de demander au juge, ou à une autorité compétente, de faire appliquer la sanction prévue par le droit objectif⁶⁷¹. Cette action en justice découlant de l'existence d'un droit subjectif⁶⁷², désigne un autre aspect de la prérogative⁶⁷³ : il s'agit du « droit sur le pied de guerre »⁶⁷⁴. La sanction éventuelle du droit par le biais de la mise en œuvre de l'action en justice intervient dans le cadre de la contrainte sociale⁶⁷⁵, pour soutenir l'effectivité et l'efficacité du droit subjectif reconnu au bénéfice d'un sujet de droit⁶⁷⁶. En matière de droit de propriété, le titulaire de ce droit subjectif pourra ainsi faire respecter son pouvoir exclusif en exerçant une action en justice prenant la forme d'une action en revendication.

301. L'action en contrefaçon, sanction de l'atteinte à l'intérêt de l'investisseur. En matière de propriété intellectuelle, le titulaire investisseur bénéficie d'une action plus spéciale : l'action en « contrefaçon ». L'aptitude du droit subjectif de propriété intellectuelle à la protection de l'investissement tient en effet à l'existence d'une action assurant de manière adéquate la sécurisation de l'intérêt de l'auteur de l'opération. Nous verrons ainsi que l'action en contrefaçon s'avère particulièrement propice à la protection du retour attendu par l'investisseur⁶⁷⁷. En effet, les conditions de sa mise en œuvre tendent à prendre en compte l'investissement et les attentes de l'investisseur, lorsque ce dernier est titulaire du droit de propriété intellectuelle ayant le résultat d'investissement pour objet. Les modalités de calcul des dommages et intérêts, alloués au titulaire du droit victime d'un acte de contrefaçon, semblent prendre en compte les conséquences de l'acte illicite sur le retour sur investissement.

⁶⁷⁰ BERGEL (J.-L.), BRUSCHI (M.) et CIMAMONTI (S.), *Les biens*, Coll. Traité de droit civil, 2^e éd., Paris : LGDJ, 2010, p. 132, n° 109.

⁶⁷¹ ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., p. 300.

⁶⁷² GERVAIS (A.), loc. cit., p. 241, spé. p. 246, n° 2 : « Les droits subjectifs servent eux-mêmes de fondement à l'action en justice mise à la disposition de leur titulaire pour les protéger : l'intérêt qui a été « érigé en droit subjectif » justifie à la fois la recevabilité de cette action et son bien-fondé, il lui sert en même temps de condition de recevabilité et de moyen » ; ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., p. 297 : « Si le concept d'action en justice n'existait pas, le titulaire de ce droit trouverait déjà, dans ce droit lui-même, la garantie des autorités publiques pour assurer sa sanction » et p. 297 et p. 298, « En d'autres termes, il en vrai de dire ici, comme le faisait la doctrine civiliste du XIX^e siècle, que l'on a, en pareil cas, une action parce qu'on a un droit ».

⁶⁷³ ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., p. 297 : « Les mots « action en justice » n'ont pas d'autre intérêt que d'indiquer que le droit est passé sur le plan contentieux ».

⁶⁷⁴ *Ibid.*

⁶⁷⁵ ROCHFELD (J.), op. cit., p. 179, n° 18.

⁶⁷⁶ *Id.*, p. 179, n° 17.

⁶⁷⁷ Cf. *infra*, n° 315 et s.

À plusieurs égards, l'existence du droit subjectif de propriété intellectuelle a pu être analysé comme une technique de réservation privative, propice à protéger les intérêts de l'investisseur économique à la création d'objets immatériels. Il convient désormais de détailler des aspects spécifiques du régime juridique de ce droit en lien, plus explicitement, avec l'objectif de protection de l'investissement.

II. Le régime du droit corrélé à la protection de l'investissement

302. Un régime adapté à la poursuite de l'objectif de rentabilité de l'investissement.

Certains aspects du régime du droit subjectif de propriété intellectuelle s'avèrent particulièrement adéquats pour favoriser la protection du retour sur investissement attendu par l'investisseur. Ainsi, la durée limitée des prérogatives semble aménagée afin de tenir compte du souci de rentabiliser un minimum l'opération d'investissement, de sorte que l'investisseur dispose du temps nécessaire pour obtenir un retour satisfaisant (A). De même, l'objectif de rentabilité de l'opération d'investissement semble pris en compte au travers de certains aspects de l'action en justice sanctionnant l'atteinte au droit subjectif de propriété intellectuelle. La sanction prévue dans le cadre de l'action en contrefaçon se préoccupe du souci de retour sur investissement (B).

A. Des prérogatives limitées dans le temps en lien avec la protection de l'investissement

303. Des durées adaptées au rythme de l'investissement. Il est possible de voir dans l'existence de droits limités dans le temps, un lien avec la durée nécessaire à la phase de rentabilité de l'investissement dans la conception de l'objet du droit (1). Aussi, le constat d'un mouvement récurrent d'allongement de la durée des droits permet d'interroger l'effectivité et la pertinence du lien entre cette limite temporelle, et le souci de faveurs pour la rentabilité (2).

1) L'existence de droits limités dans le temps liée à la rentabilité

304. Contours du régime temporaire des droits et examen des justifications. Afin d'exprimer le lien entre la durée des prérogatives et le souci de rentabilité de l'investissement, il convient d'exprimer le régime de ces droits de propriété temporaires (a), et de mettre en lumière leurs justifications variées (b).

a. Des droits de propriété temporaires

305. Régime temporaire des prérogatives patrimoniales. Les droits patrimoniaux de propriété intellectuelle ont la particularité commune, pour la grande majorité d'entre eux⁶⁷⁸, d'être limités dans le temps. Le caractère temporaire de certaines prérogatives patrimoniales de propriété intellectuelle a pu faire douter de la nature de ce droit⁶⁷⁹, dès lors que la propriété est réputée absolue et perpétuelle⁶⁸⁰. Pourtant, il est possible de concevoir le caractère temporaire de la propriété, spécialement s'agissant de celle des objets incorporels⁶⁸¹. Un tel caractère permet de légitimer les prérogatives réservant un bien de nature immatérielle et intellectuelle⁶⁸². En matière de propriété intellectuelle, le droit de réservation porte sur un objet présentant une valeur et une utilité économique, faisant de celui-ci un bien. La prérogative existe le temps que dure l'objet de propriété considéré comme bien, selon les indications données par la loi⁶⁸³. Ainsi, au terme de la durée du droit patrimonial attribué sur le bien, celui-ci n'est plus considéré comme tel, et le droit de propriété n'existe plus pour l'avenir. Le droit faisant d'un objet un bien ne peut donc plus exister sur celui-ci, puisqu'au terme de la durée fixée, le bien n'est plus considéré comme tel⁶⁸⁴. Il devient une sorte de « chose commune » au sens de l'article 714 du Code civil⁶⁸⁵, intégrant le domaine public.

306. Explications sommaires. De façon générale, la doctrine synthétise les justifications du caractère temporaire du droit selon différents arguments techniques, économiques et sociaux⁶⁸⁶. Il s'agit en effet d'éviter les conséquences nuisibles de la réservation illimitée d'objets de droits qui seraient devenus obsolètes, par perte de leur valeur et de leur utilité. En conséquence, l'enjeu est d'assurer un accès à l'objet au terme de sa réservation, et d'éviter l'effet de rente que pourrait produire une protection perpétuelle ou trop longue⁶⁸⁷. En somme, la durée fixée du droit doit être en adéquation avec le temps pendant lequel l'objet approprié et exploité peut

⁶⁷⁸ Le droit des marques et le droit *sui generis* du producteur de base de données ne semblent pas limités dans le temps puisque leurs durées sont renouvelables, cf. *infra*, n° 312 et s.

⁶⁷⁹ Sur ce débat, en matière de droit d'auteur, cf. VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 57, n° 34.

⁶⁸⁰ Le caractère perpétuel découle du caractère absolu affirmé à l'article 544 du Code civil.

⁶⁸¹ MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.) et REVET (Th.), *loc. cit.*, p. 291, n° 28 ; VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 475, n° 464, évoquant à ce titre, une propriété « autrement pensée ».

⁶⁸² MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.) et REVET (Th.), *loc. cit.*, p. 291, n° 28

⁶⁸³ Pour les différentes durées des droits, cf. not. les articles suivants : en droit d'auteur, art. L123-1 et s. CPI ; pour les droits voisins du droit d'auteur, art. L211-4 CPI ; en droit des dessins et modèles, art. L513-1 CPI ; en droit des brevets d'invention, art. L611-2 CPI.

⁶⁸⁴ MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.) et REVET (Th.), *loc. cit.*, p. 291-292, n° 28-29.

⁶⁸⁵ Article 714 du Code civil alinéa 1 : « Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous ».

⁶⁸⁶ VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 473, n° 462.

⁶⁸⁷ *Ibid.*

produire de la valeur⁶⁸⁸. Il semble également possible d'affirmer que la durée des droits patrimoniaux se justifie au regard du souci de conférer une exclusivité corrélée au temps nécessaire à la rentabilité de l'investissement⁶⁸⁹. Les différentes justifications du caractère temporaire des droits peuvent être interprétées dans le sens de cette thèse.

b. Des droits temporaires aux justifications variées

307. Justification consensuelle du caractère temporaire des droits. Contrairement au modèle classique de la propriété portant sur des objets corporels, le droit de propriété intellectuelle est une prérogative d'exception. Le législateur institue, en effet, et sous conditions une réservation privative des objets immatériels, par nature non-rivaux. En la matière, la règle de principe veut que ces objets soient utilisables par tous, n'appartenant à personne. L'appropriation généralisée de ces objets, profitables à toute la société, n'est en effet pas avantageuse *a priori* pour ses membres, car elle en prive l'accès ou du moins le subordonne à une autorisation éventuellement monnayée. Or, la non-réservation de ces objets au bénéfice de leurs créateurs ne serait pas profitable pour ces derniers, pas plus qu'à la société en termes d'incitation. Le droit de réservation privatif sur ces objets permet au créateur d'en retirer des revenus⁶⁹⁰. Cependant, la réservation des utilités économiques de l'objet est de nature à entraver l'accès par les tiers. Ainsi, afin que ces derniers puissent bénéficier et profiter des objets sans trop de barrières, les droits afférant à leur réservation ont été limités dans le temps. Au terme de la durée de protection, l'objet réservé intègre le domaine public. Il est alors utilisable librement⁶⁹¹. Le droit de la propriété intellectuelle assure ainsi une conciliation entre différents impératifs⁶⁹². D'une part, il faut rétribuer le créateur de l'objet pour ses efforts, afin qu'il puisse vivre des revenus de sa valorisation et assurer une incitation à leur création. D'autre part, il faut aussi permettre une diffusion et un accès satisfaisant à ces objets pour la société. Tels sont les arguments communément présentés pour justifier l'existence d'une durée limitée des droits patrimoniaux de propriété intellectuelle. Concernant l'objectif d'incitation à la création, il

⁶⁸⁸ BASIRE (Y.), *Les fonctions de la marque, essai sur la cohérence du régime juridique d'un signe distinctif*, Coll. CEIPI, t. 63, Paris/Strasbourg : LexisNexis, 2014, p. 107, n° 170 au sujet de la durée du droit déterminée en fonction de l'utilité de la chose.

⁶⁸⁹ VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 474, n° 462 : « [...] le législateur souhaite, avec l'exclusivité, rémunérer un investissement créatif sur une durée raisonnable ».

⁶⁹⁰ DIETZ (A.), « Le problème de la durée de protection adéquate du droit d'auteur sous l'aspect de la réglementation des contrats d'auteur », in *Mélanges en l'honneur de André FRANÇON, Propriétés intellectuelles*, Paris : Dalloz, 1995, p. 107, spé. p. 110, évoquant un « intérêt d'alimentation ».

⁶⁹¹ Sous réserve du respect des droits moraux, le cas échéant, perpétuité oblige.

⁶⁹² CARON (Ch.), *op. cit.*, p. 271, n° 299, sur la recherche d'équilibre entre les intérêts dans le caractère temporaire des droits, cf. STATHOULIAS (A.), *op. cit.*, p. 1101 et s.

pourrait par ailleurs s'agir davantage d'incitation à l'investissement économique dans la conception de ces objets.

308. Justification marginale du caractère temporaire du droit. Le caractère temporaire du droit de propriété intellectuelle est traditionnellement justifié selon une conception humaniste. Cependant, il peut également s'agir, dans une perspective incitatrice, d'offrir à l'investisseur une exclusivité durant le temps nécessaire à la rentabilité de son opération⁶⁹³. Ce souci se vérifie à différents titres⁶⁹⁴. À l'analyse des durées des droits d'exploitation, on constate parfois une volonté d'offrir au titulaire du droit une exclusivité durant le temps nécessaire à la rentabilité de l'opération d'investissement économique, eu égard au contexte économique. La doctrine et des études de nature économiques mettent parfois cet argument en exergue⁶⁹⁵. Cette justification de la temporalité du droit n'est cependant pas affichée clairement dans les textes. Elle ne vaut pas non plus, dans l'absolu, pour tous les droits de propriété intellectuelle. Néanmoins, nous sommes encline à considérer que l'approche humaniste du caractère temporaire du droit a peut-être été mise en avant pour dissimuler la volonté de favoriser la rentabilité d'un investissement. Nous avons ainsi le sentiment de nous trouver face à deux fonctions et justifications du caractère temporaire du droit : une officielle et une officieuse. Cette seconde interprétation de la justification du caractère temporaire du droit se retrouve à l'examen de la recherche de la fixation d'une durée idéale du droit.

2) Le mouvement d'allongement de la durée des droits

309. Allongement de la durée et optimisation de la rentabilité. La question de la durée des droits de propriété intellectuelle fait débat depuis fort longtemps⁶⁹⁶. La source de ce débat révèle l'enjeu d'une réservation privative qui, pour ne pas faire obstacle aux intérêts de la société ayant besoin d'accéder aux objets réservés, ne doit pas être fixée de façon arbitraire, ni être trop longue. Pourtant, la durée apparaît toujours plus étendue. Le droit semble œuvrer plus ou moins explicitement, dans un souci d'équilibre, à la recherche de la durée idéale du droit en

⁶⁹³ ROCHFELD (J.), *op. cit.*, p. 342, n° 39, spé. p. 343, formulant l'hypothèse au sujet de du caractère temporaire des droits de propriété intellectuelle.

⁶⁹⁴ Notamment celle de l'existence et de la fonction du certificat complémentaire de protection pour les produits pharmaceutiques protégés par le brevet, cf. art. L611-2 et L 611-3 CPI ; cf. *supra*, n° 215 ; TILLOY (C.), *loc. cit.*, p. 150, n° 32 ; MONELLI (Y.), *op. cit.*, p. 33.

⁶⁹⁵ MACKAAY (E.), ROUSSEAU (S.), LAROUCHE (P.) et PARENT (A.), *op. cit.*, en matière de droit d'auteur, p. 590, n° 1759 et s., et en matière de droit des brevets, p. 581, n° 1729 et s. ; DIETZ (A.), « Le problème de la durée de protection adéquate du droit d'auteur sous l'aspect de la réglementation des contrats d'auteur », *loc. cit.*, p. 110, évoquant un « *intérêt d'amortissement* ».

⁶⁹⁶ Pour un exposé historique de l'évolution de la durée des droits patrimoniaux du droit d'auteur, cf. STROWEL (A.), *op. cit.*, p. 595, n° 456 et s.

considération d'un souci de rentabilité de l'investissement (a). Il convient néanmoins d'évoquer le cas particulier des droits à durée illimitée (b).

a. La recherche de la durée idéale

310. Recherche de la durée en référence aux intérêts personnels des créateurs. La question de la recherche de la durée idéale de ces droits temporaires peut être traitée au regard de celle de son allongement. Les différentes durées de certains droits de propriété intellectuelle sont critiquées comme étant soit trop longues, soit trop courtes. On constate pourtant que l'évolution des durées a presque toujours tendu vers leur allongement dans le temps⁶⁹⁷, à l'appui de différents arguments d'ordre culturels, sociaux et économiques. Dans la première conception de la justification du caractère temporaire du droit, a d'ores et déjà été évoqué un argument visant à adapter la durée, par exemple en matière de droit d'auteur, sur un motif de protection des héritiers de l'auteur⁶⁹⁸. Aussi, en matière de droit voisin des artistes-interprètes, les droits ont été allongés dans le temps afin de leur conférer une plus large protection⁶⁹⁹. Cependant, il semble que cette justification ait eu pour mérite de dissimuler, en réalité, une volonté générale de protéger davantage les intérêts des producteurs et exploitants des œuvres, créations et interprétations⁷⁰⁰. L'enjeu est en effet que ceux-ci puissent rentabiliser leurs investissements économiques sur une plus longue durée⁷⁰¹.

311. Recherche de la durée en référence aux intérêts économiques des investisseurs. L'extension de la durée du droit ne semble pas avoir été appelée, tant des vœux des auteurs et artistes, que de ceux des investisseurs économiques producteurs et exploitants. L'enjeu tenait certainement à la possibilité d'obtenir un allongement de la durée du droit, afin de bénéficier d'un temps supplémentaire de protection, supposé favorable à la rentabilité de

⁶⁹⁷ Concernant l'allongement de la durée du droit d'auteur dans son volet patrimonial, cf. not. GEIGER (Ch.), *op. cit.*, p. 77, n° 62 et s. ; BRUGUIÈRE (J.-M.), « Faits et méfaits de la perpétuité dans le droit de la propriété littéraire et artistique », *Prop. Ind.* oct. 2010, Dossier 10, spé. p. 43, n° 9.

⁶⁹⁸ L'argument ne semble néanmoins pas être convaincant pour toutes les œuvres, et notamment pour celles à caractère technique, ce qui invite à considérer la conception utilitariste pour exposer la justification de l'extension de la durée du droit, cf. GEIGER (Ch.), *op. cit.*, p. 296, n° 339.

⁶⁹⁹ L. n° 2015-195 du 20 févr. 2015 transposant la Direct. 2011/77/UE du Parlement européen et du Conseil du 27 sept. 2011 modifiant la Direct. 2006/116/CE relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins.

⁷⁰⁰ DIETZ (A.), « Le problème de la durée de protection adéquate du droit d'auteur sous l'aspect de la réglementation des contrats d'auteur », *loc. cit.*, spé. p. 111.

⁷⁰¹ Sur l'extension de la durée du droit d'auteur et des droits voisins, et cette idée de dissimulation du but poursuivi, cf. GEIGER (Ch.), « Vers une propriété intellectuelle éternelle ? », *D.* 2008, p. 2880 ; GEIGER (Ch.), PASSA (J.) et VIVANT (M.), « La proposition de directive sur l'extension de la durée de certains droits voisins : une remise en cause injustifiée du domaine public », *PI* avr. 2009, n° 31, doctr., p. 146, spé. p. 148-149.

l'investissement⁷⁰². Si la durée du droit est fixée et justifiée pour assumer une fonction d'incitation à l'investissement dans ce secteur, il faut qu'elle soit assez longue pour permettre une rentabilité satisfaisante⁷⁰³. Il est par ailleurs certainement pertinent de s'en remettre à l'analyse économique pour déterminer une durée permettant la rentabilité et l'incitation à l'investissement, sans qu'elle soit contre-productive, ni n'atteigne les intérêts des tiers⁷⁰⁴. Dans la recherche de la fixation d'une durée idéale du droit, il convient toutefois de veiller à ce qu'elle ne soit pas déconnectée de la réalité du terrain économique⁷⁰⁵. Il ne faut pas que ce droit, selon cette conception, soit assimilé à une rente inutile⁷⁰⁶, qui entraînerait des effets qui ne sont pas ceux initialement recherchés⁷⁰⁷. Aussi, il a pu être avancé qu'une durée de protection trop longue inciterait à la contrefaçon⁷⁰⁸, et serait donc contre-productive. Elle ne permettrait pas au droit de la propriété intellectuelle de réaliser sa fonction d'équilibre entre les intérêts en jeu.

b. Les cas des droits aux durées illimitées

312. Hypothèses de signification des durées illimitées. Il existe un paradoxe à présenter les différents droits de propriété intellectuelle comme ayant en commun d'être des prérogatives limitées dans le temps. En effet, certains d'entre eux peuvent être perpétuels, puisque leurs durées sont renouvelables indéfiniment. Tel est le cas du droit des marques⁷⁰⁹, ainsi que du droit *sui generis* du producteur de base de données⁷¹⁰. Le caractère temporel de la plupart des droits se justifie notamment par une fonction de conciliation entre différents intérêts, ce qui se révèle à l'étude de leurs fondements et finalités. Or, il semble que ces droits ne poursuivent pas exactement les mêmes finalités traditionnelles et unitaires que les autres, ni ne procèdent des mêmes fondements. Le défaut de limite temporelle stricte à la durée du droit serait donc lié au fait que, dans ce cadre, n'a pas à être réalisé de conciliation entre les intérêts des titulaires de

⁷⁰² Exprimant cette idée, cf. not. GEIGER (Ch.), *op. cit.*, p. 65, n° 50, note n° 1.

⁷⁰³ *Id.*, p. 296-297, n° 340.

⁷⁰⁴ HILTY (R. M.), « La Constitution économique européenne et la propriété intellectuelle », *RIDE* 2011, n° 4, p. 481, spé. p. 502 et s. ; LANDES (W. M.) et POSNER (R. A.), *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Cambridge : Harvard University Press, 2003, p. 13.

⁷⁰⁵ MOUREAU (N.) et MARCIANO (A.), « Durée optimale de protection : les économistes battent la mesure », *Juris art etc.* juin 2013, n° 3 p. 22.

⁷⁰⁶ Sur le mouvement d'allongement du droit d'auteur et ses risques, menant notamment à l'assimilation du droit à une rente, et incitant à la contrefaçon, cf. not. BRUGUIÈRE (J.-M.), « Faits et méfaits de la perpétuité [...] », *loc. cit.*, p. 45, n° 20 ; et en matière de droits voisins, GEIGER (Ch.), « Vers une propriété intellectuelle éternelle ? », *loc. cit.*, p. 2880.

⁷⁰⁷ BRUGUIÈRE (J.-M.), « Faits et méfaits de la perpétuité [...] », *loc. cit.*, p. 45, n° 20.

⁷⁰⁸ *Id.*, p. 45, n° 21.

⁷⁰⁹ Art. L712-1 al. 2 CPI.

⁷¹⁰ Art. L342-5 CPI.

ces droits et ceux des concurrents, tels que ceux des tiers et utilisateurs dans l'accès à l'objet réservé. Du moins, une conciliation se réalise autrement.

313. Le cas du droit des marques. Il ne s'agit pas spécifiquement, pour le droit des marques, d'une question de conciliation entre les deux types d'intérêts envisagés précédemment. La marque n'est pas présentée comme ayant les mêmes fonctions que les autres droits de propriété intellectuelle. Il ne s'agit pas non plus d'un droit portant sur une création nouvelle comme objet du droit, mais sur l'association d'un signe à l'identité d'un service ou d'un produit déterminé d'une personne physique ou morale sur un marché. Elle poursuit en effet essentiellement une fonction consumériste d'indication d'origine du produit ou service marqué⁷¹¹, et permet une protection des consommateurs vis-à-vis de risques de confusion⁷¹². Pris dans sa fonction d'indication d'origine, on comprendra donc pourquoi le droit n'est pas limité dans le temps : la traçabilité semble imposer que le droit dure. En revanche, dans sa fonction publicitaire et d'investissement⁷¹³, la marque et la durée indéfiniment renouvelable du droit apparaissent plus volontiers en lien avec un besoin de rentabilité des efforts économiques et financiers, déployés dans l'exploitation de cette marque et de sa valeur. Il faut préciser ici que le rôle de la marque participe d'une fonction de promotion commerciale d'un produit ou d'un service nécessitant des investissements, et permettant à l'entreprise d'en dégager des profits grâce au ralliement d'une clientèle. L'exploitation d'une marque par le titulaire du droit lui permet en effet de rallier une clientèle⁷¹⁴, par le biais de sa notoriété et de sa réputation. La marque a donc une fonction publicitaire. Cette publicité peut être assimilée à un investissement dans le cadre duquel le titulaire déploie des efforts financiers notamment, afin que les clients consomment le produit ou service auquel la marque est attachée. Les recettes de l'exploitation de la marque au travers de l'offre de ses produits ou services sur un marché aux consommateurs permettent au titulaire de la marque de dégager des revenus et ainsi d'obtenir éventuellement un retour sur investissement⁷¹⁵. La durée presque illimitée de l'exclusivité de l'utilisation de la marque permet ainsi au titulaire du droit d'espérer obtenir des retombées positives en termes économiques et financiers.

⁷¹¹ Art. L711-1 CPI.

⁷¹² Il a pu également être attribué d'autres fonctions au droit de marque, à ce sujet cf. notamment. SCHMIDT-SZALEWSKI (J.), « Marque de fabrique, de commerce ou de service », *Rép. comm. Dalloz*, 2006, n° 30 et s. ; CJCE, 18 juin 2009, *préc.* ; CJUE, 23 mars 2010, *préc.* ; CJUE, 22 sept. 2011, *préc.*

⁷¹³ Sur les différentes fonctions de la marque, cf. BASIRE (Y.), *op. cit.*, spé. p. 143 n°227, not. sur la fonction d'investissement.

⁷¹⁴ À ce titre, ROUBIER envisageait certains droits de propriété industrielles dans une catégorie de « droits de clientèles », à ce sujet, cf. ROUBIER (P.), « Droits intellectuels et droits de clientèle », *RTD civ.* 1935, p. 251 ; du même auteur, *Le droit de la propriété industrielle, t. 1, op. cit.*, p. 104, n° 23.

⁷¹⁵ BASIRE (Y.), *op. cit.*, p. 71, n° 113, sur l'utilité économique de la marque.

314. Le cas du droit *sui generis* du producteur de base de données. La durée du droit exclusif, dont jouit le producteur d'une base de données, nous semble plus clairement liée à l'exigence de rentabilité que recherche le producteur investisseur. L'article L342-5 du Code de la propriété intellectuelle dispose que le droit du producteur de base de données prend effet à compter de l'achèvement de la fabrication de la base de données, et ce pour une durée de quinze ans⁷¹⁶. De plus, la loi prévoit que si cette base fait l'objet d'un nouvel investissement substantiel, sa protection expirera, là aussi, une quinzaine d'années après la réalisation de ce nouvel investissement⁷¹⁷. Ainsi, on comprendra bien qu'à considérer, par hypothèse, que la base fasse continuellement l'objet de nouveaux investissements substantiels, la durée de protection puisse être illimitée, selon le même raisonnement que celui exposé concernant la durée du droit des marques. On constate ici qu'il semble exister un lien particulier entre l'investissement réalisé et la durée du droit qui en protège le résultat. Cette durée renouvelée, en fonction d'un nouvel investissement substantiel, permettrait d'offrir un moyen de rentabiliser les investissements nouveaux par le biais de l'exclusivité. Elle donnerait ainsi à l'investisseur l'espoir de retirer un retour sur investissement satisfaisant. De plus, elle peut être perçue comme un moyen d'inciter continuellement à l'investissement⁷¹⁸. En revanche, elle ne serait pas exempte de critiques vis-à-vis du respect des intérêts des tiers.

B. Des sanctions d'atteintes aux prérogatives en lien avec la protection de l'investissement

315. Une sanction adaptée à la protection du retour sur investissement. Le régime de l'action en contrefaçon sanctionnant l'atteinte à un droit de propriété intellectuelle peut être interprété au regard du souci de protection de l'intérêt de l'investisseur. Ainsi, les fonctions de l'action civile traduisent un objectif de protection de l'investissement (1). De plus, les modalités de réparation des conséquences d'une atteinte au droit, subies par l'investisseur économique lorsqu'il en est titulaire, œuvrent à la protection du retour attendu (2).

⁷¹⁶ Art. L342-5 al. 1 CPI ; on pourrait dans un premier temps s'arrêter sur l'étendue de cette durée pour envisager qu'elle soit adéquate, afin de permettre au titulaire du droit, producteur économique de la base, de rentabiliser ses investissements dans le temps.

⁷¹⁷ Art. L342-5 al. 3 CPI.

⁷¹⁸ HILTY (R. M.), « La Constitution économique européenne et la propriété intellectuelle », *loc. cit.*, spé. p. 502 et s.

1) *Les fonctions de l'action en contrefaçon dans la protection de l'investissement*

316. Fonction de dissuasion par crainte d'une sanction *en amont* et protection de l'investissement. Le droit subjectif de propriété intellectuelle ne saurait être efficace pour protéger un intérêt, si l'ordre juridique et le pouvoir coercitif de l'autorité étatique ne lui permettaient d'être défendu. Ainsi, le droit est assorti d'une action en justice protégeant les intérêts des titulaires au travers de l'action en contrefaçon. À l'instar de la sanction du droit de propriété et de son action en revendication, l'action en contrefaçon a pour fonction de permettre au titulaire du droit d'être restitué dans son rapport d'exclusivité sur l'objet, en cas d'atteinte par un tiers⁷¹⁹. Elle poursuit donc une fonction *restitutive*⁷²⁰. L'exclusivité et l'opposabilité du droit commandent aux tiers de s'abstenir de toute utilisation non autorisée de l'objet du droit, de nature à porter atteinte à l'intérêt du titulaire. Si tel est toutefois le cas, l'action assurant la sanction permet au titulaire d'être rétabli dans cette exclusivité. L'existence de cette sanction poursuit une fonction plus globale de *dissuasion* des comportements tendant à porter atteinte à l'intérêt protégé⁷²¹. Autrement dit, la sanction de l'atteinte au droit par une action en contrefaçon doit avoir pour effet, *en amont*, de dissuader les tiers d'adopter des comportements contrefaisants, par *crainte de la sanction*. L'existence d'une telle sanction est donc de nature à protéger l'investissement du titulaire et le retour qu'il en attend, en tant que technique visant à reléguer la survenance d'aléas négatifs, sources du risque de non-retour sur investissement. Pourtant, si en théorie ce raisonnement semble logique et efficace, en pratique des questions demeurent sur sa véritable efficacité. Le dispositif actuel de sanction de la contrefaçon, dans le volet réparatif, pourrait être considéré comme une incitation à la commission d'actes de contrefaçon⁷²².

317. Fonctions de cessation et de réparation *en aval* et prise en compte de l'investissement. La seule existence d'une action en contrefaçon, sanctionnant l'atteinte à un droit de propriété intellectuelle, n'est parfois pas suffisante pour intimider les tiers contrefacteurs. Ce faisant, en aval d'une éventuelle atteinte, l'action permet le commandement de cessation des actes contrefaisants⁷²³, ainsi que la réparation de leurs conséquences

⁷¹⁹ CARON (Ch.), *op. cit.*, p. 14, n° 13.

⁷²⁰ ROUBIER (P.), *Le droit de la propriété industrielle, t. I, op. cit.*, n° 100.

⁷²¹ LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *op. cit.*, p. 986, n° 1260.

⁷²² VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 1056, n° 1090.

⁷²³ LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *op. cit.*, p. 986, n° 1260 ; VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 1052, n° 1086 ; CARON (Ch.), *op. cit.*, p. 563, n° 570.

négligentes⁷²⁴. Appliquée à la situation et aux attentes de l'investisseur titulaire du droit, l'action tend à lui offrir un environnement favorable et protecteur. Le juge, saisi d'une action en contrefaçon par le titulaire du droit à l'égard du contrefacteur, pourra ainsi commander que la situation illicite cesse, prononçant éventuellement des mesures particulières et nécessaires en ce sens. Or, l'ordre de la cessation de la situation illicite ne suffit parfois pas à replacer le titulaire dans cette situation antérieure « normale ». La sanction de la contrefaçon tend à permettre au titulaire du droit d'être rétabli dans la situation antérieure à celle de la commission des actes illicites, et de leurs conséquences négatives. Le rétablissement va alors s'opérer par la détermination et le versement de dommages et intérêts, auxquels sera condamné le contrefacteur en réparation des conséquences négatives de ses actes. L'acte de contrefaçon commis par le tiers est en effet susceptible de porter préjudice à l'investisseur titulaire du droit de propriété intellectuelle, entravant la rentabilité espérée de l'opération. Ici, l'action en contrefaçon poursuit une fonction *réparatrice*. Son régime prévoit des modalités de réparation du préjudice qui ne sont pas sans faire référence à l'objectif de protection du retour attendu.

2) *Les modalités de la réparation liées à la protection du retour attendu*

318. Des modalités de réparation taillées sur mesure pour protéger l'investissement.

Dans le cadre de l'action en contrefaçon, les limites des modalités classiques de fixation des dommages et intérêts à titre de sanction réparatrice, ont conduit à une évolution. L'aménagement du régime de la réparation a permis une meilleure protection de l'investissement (a). Les modes de fixation des dommages et intérêts sont en effet transformés pour tenir compte du préjudice de non-retour sur investissement attendu (b).

a. Vers une meilleure protection de l'investissement au travers du régime de la réparation

319. Protection du retour sur investissement attendu et calcul des dommages et intérêts.

Les conséquences économiques matérielles et morales des actes de contrefaçon subies par l'investisseur victime et titulaire du droit, doivent être réparées. Le préjudice de l'investisseur, s'assimilant au non-retour sur investissement, peut être qualifié juridiquement de perte subie ou de gain manqué⁷²⁵. Les modalités de détermination et de calcul du montant de la réparation,

⁷²⁴ GERVAIS (A.), *loc. cit.*, p. 241, spé. p. 246, n° 2 ; FOYER (J.) et VIVANT (M.), *op. cit.*, p. 349, pour lesquels l'action en contrefaçon présente un double caractère « réinvidicatoire et réparatoire ».

⁷²⁵ Sur ces qualifications, cf. not. BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 1074, n° 1620.

dans le cadre de la sanction de la contrefaçon, révèlent une volonté du législateur de protéger l'investissement et l'intérêt de son auteur. En effet, la nécessité de protéger la possibilité pour l'investisseur de bénéficier d'un retour de son opération a amené le législateur, au travers de deux lois, à adapter les modalités de calcul des dommages et intérêts assurant la réparation⁷²⁶. Ces modalités résultent de la loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon⁷²⁷, portant transposition de la directive du 29 avril 2004⁷²⁸, et de la loi du 11 mars 2014 renforçant la lutte à l'égard de la contrefaçon⁷²⁹.

320. Prise en compte plus ou moins ouverte de l'objectif de protection de l'investissement. Avant 2007, le régime de la sanction civile s'appuyait, pour la réparation du préjudice⁷³⁰, sur les modalités classiques de réparation, selon les principes de la responsabilité civile, et notamment celui de la réparation intégrale. Le dispositif n'apparaissait pas d'une protection suffisante⁷³¹. Il a donc été renforcé, tout d'abord, par la loi de 2007, en permettant au juge, dans le calcul des dommages et intérêts, de tenir compte à la fois des conséquences économiques négatives de la contrefaçon, dont le manque à gagner et les pertes, subis par la partie lésée, ainsi que des bénéfices réalisés par le contrefacteur, mais aussi du préjudice moral subi. La loi a également introduit la possibilité de fixer les dommages et intérêts de manière forfaitaire. Cela a constitué une avancée, permettant d'allouer des dommages et intérêt d'un montant plus important, du fait de la prise en compte, par exemple dans la détermination, des bénéfices réalisés par le contrefacteur. Il a pu être remarqué un détachement vis-à-vis du principe de la réparation intégrale et de la fonction compensatoire des dommages et intérêts, cette dernière évoluant vers une fonction davantage punitive⁷³². Dans la même dynamique, motivée par la nécessité de muscler le montant des dommages et intérêts, afin de lutter efficacement contre la faute lucrative, la loi indique que le juge les détermine en tenant compte de chaque chef de préjudice de façon distincte⁷³³. Par ailleurs, le législateur a été conduit à

⁷²⁶ Ces modalités s'appliquent pour la réparation des atteintes de la plupart des droits de propriété intellectuelle. Il en va ainsi en propriété littéraire et artistique (L331-1-3 CPI), en droit des dessins et modèles (L521-7 CPI), en droit des brevets (L615-7 CPI), en droit des obtentions végétales (L623-28 CPI) en droit des marques de fabrique, commerce ou service (L716-14 CPI) et en droit des indications géographiques (L722-6 CPI).

⁷²⁷ L. n° 2007-1544 du 29 oct. 2007 de lutte contre la contrefaçon ; pour une analyse de la mise en œuvre des nouvelles dispositions, cf. MARÉCHAL (C.), « L'évaluation des dommages-intérêts en matière de contrefaçon », *RTD com.* 2012, p. 245.

⁷²⁸ Direct. n° 2004/48/CE du 29 avr. 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

⁷²⁹ L. n° 2014-315 du 11 mars 2014, renforçant la lutte contre la contrefaçon.

⁷³⁰ POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, La propriété industrielle*, *op. cit.*, p. 426, n° 820.

⁷³¹ Il n'empêchait pas de lutter efficacement contre la contrefaçon et ses conséquences, permettant de la qualifier de « faute lucrative », cf. VIVANT (M.), « Prendre la contrefaçon au sérieux », *D.* 2009, p. 1839 ; MARÉCHAL (C.), « L'évaluation des dommages-intérêts en matière de contrefaçon », *loc. cit.*, p. 245.

⁷³² MARÉCHAL (C.), « L'évaluation des dommages-intérêts en matière de contrefaçon », *loc. cit.*, p. 245.

⁷³³ Par exemple, art. L331-1-3 CPI : « Pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération distinctement : [...] » ; Cf. GALLOUX (J.-Ch.), « La loi 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la

transposer, ensuite, une directive européenne visant à « renforcer » la lutte engagée, par la loi du 11 mars 2014. Elle peut être interprétée comme la suite logique des mesures introduites par la loi de 2007. Elle rapproche la fonction de l'action en contrefaçon de l'objectif de protection de l'investissement, en permettant au juge de tenir compte, dans la fixation des dommages et intérêts, des économies d'investissement du contrefacteur, au titre des conséquences économiques négatives.

b. Les modes de fixation des dommages et intérêts transformés

321. La réparation par la fixation des dommages et intérêts en référence aux bénéfices du contrefacteur. Depuis 2007, le manque à gagner attaché aux conséquences économiques négatives peut être déterminé en fonction des bénéfices réalisés par le contrefacteur⁷³⁴. Cette notion de « manque à gagner » peut, selon nous, renvoyer à celle de « non-retour sur investissement ». Nous y voyons une forme de possibilité de restitution des retours sur investissements du titulaire du droit, indûment détournés ou empêchés par le contrefacteur. On peut rappeler à ce titre que la notion de « manque à gagner » désigne un « profit perdu », et parfois une « occasion perdue de réaliser un profit »⁷³⁵. Aussi, afin de déterminer le montant des dommages et intérêts, dus pour réparer le préjudice subi par la victime, la prise en compte, des bénéfices réalisés par le contrefacteur est plus favorable pour la victime pouvant présenter des difficultés à rapporter la preuve de son préjudice. « Cette solution conduit le juge à considérer que si le contrefacteur réalise des bénéfices, alors la victime a subi, en raison de la contrefaçon, des conséquences économiques négatives qui ouvrent droit à la réparation »⁷³⁶.

322. Les « économies d'investissements » du contrefacteur. Par ailleurs, avec la loi du 11 mars 2014⁷³⁷, le législateur vient compléter le dispositif permettant au juge de fixer les montant des dommages et intérêts, afin de renforcer la lutte contre la contrefaçon. Il l'invite à prendre en compte, au titre des bénéfices réalisés par le contrefacteur, « les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels »⁷³⁸, que le contrefacteur « a retirées de l'atteinte aux

contrefaçon : vers la saturation ? », *PI* juill. 2014, n° 52, p. 242, spé. p. 246.

⁷³⁴ BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 1074, n° 1620 ; POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, La propriété industrielle*, op. cit., p. 431, n° 831.

⁷³⁵ CORNU (G.), op. cit., p. 639, V° manque à gagner.

⁷³⁶ BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 1074, n° 1620.

⁷³⁷ GALLOUX (J.-Ch.), « La loi 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon : vers la saturation ? », *loc. cit.* ; MARÉCHAL (C.), « La loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon », *CCE* juin 2014, Étude 11 ; OUANICHE (M.), « Renforcement du dispositif législatif dans l'évaluation du préjudice en cas de contrefaçon », *JCP E* 10 avr. 2014, 1194.

⁷³⁸ L. n° 2014-315 du 11 mars 2014, article 2.

droits ». À quoi renvoient ici ces « économies d'investissements » pour le contrefacteur⁷³⁹? Quels impacts ont-elles sur l'intérêt de la victime, que nous assimilons dans nos développements, à l'investisseur titulaire du droit ? Pour répondre à ces questions, il faut tout d'abord rappeler ce qui doit être entendu derrière ces différents types d' « investissements ». Il s'agit des investissements nécessaires à la conception intellectuelle (recherche-développement ou efforts personnels par exemples) de l'objet réservé par le droit de propriété intellectuelle, à sa fabrication, à sa publicité, ainsi qu'à son exploitation⁷⁴⁰. Les « économies d'investissements », quant à elles, doivent être envisagées comme les dépenses d'investissements que le contrefacteur n'a pas eu à engager pour développer et exploiter de tels objets protégés et contrefaits, en vue d'en percevoir des bénéfices. Ces économies constituent pour lui des bénéfices, du fait de l'atteinte portée aux droits exclusifs d'exploitation sur le résultat des investissements engagés par le titulaire. Les « économies d'investissements » représentent en effet un bénéfice pour le contrefacteur, puisque, dès lors qu'il n'a pas eu à engager ces opérations à l'issue incertaine, il n'a pas pris de risque d'investissement⁷⁴¹. Il s'est immiscé dans l'opération engagée par un autre, n'assumant pas la charge des frais, ni des éventuelles pertes. Au contraire, il aspire simplement à récolter les bénéfices et profits d'un autre⁷⁴². En s'abstenant d'engager des dépenses d'investissements⁷⁴³, et d'assumer les risques attenants, il réalise donc une « économie »⁷⁴⁴. Cette dernière a vocation à être prise en compte au titre des bénéfices réalisés, pour servir au calcul des dommages et intérêts en réparation du préjudice ainsi subi par le titulaire du droit. En commettant des actes de contrefaçon, autrement dit en portant atteinte au droit de l'investisseur, le contrefacteur se sert des résultats d'investissements déjà réalisés, pour les utiliser, voire les exploiter lui-même, sans autorisation ni contrepartie. La conséquence pour l'investisseur en est que le retour positif potentiel qu'il attend de son investissement, par l'exploitation du résultat de ses efforts financiers, est utilisé et détourné à profit par les tiers, entravant la rentabilité de son opération. Le préjudice qu'il

⁷³⁹ Cf. LATIL (A.), « Les économies d'investissements du contrefacteur », *CCE* mars 2015, Étude 6, s'interrogeant à ce sujet, p. 16, n° 3 et s.

⁷⁴⁰ *Id.*, p. 17, n° 9, et n° 12

⁷⁴¹ C'est-à-dire de perte, due à un éventuel défaut de retour sur ses propres investissements. Sur notre définition de la notion de « risque d'investissement », cf. *supra*, n° 19.

⁷⁴² Le phénomène n'est pas sans faire écho à la sanction du parasitisme des investissements. Au sujet de l'articulation de la sanction de la contrefaçon avec celle du parasitisme, distinguant les différences, cf. LATIL (A.), « Les économies d'investissements du contrefacteur », *op. cit.*, p. 16, n° 3 et p. 18, n° 19 et s.

⁷⁴³ Pour une nuance sur la signification des « économies d'investissements » du contrefacteur, eu égard aux investissements effectivement réalisés par le titulaire du droit et à ceux que le contrefacteur aurait dû consentir, qui ne sont pas forcément identiques, cf. LATIL (A.), « Les économies d'investissements du contrefacteur », *loc. cit.*, p. 17, n° 8.

⁷⁴⁴ *Id.* p. 17, n° 6.

subit, et qui doit être réparé, pourrait donc être ramené à la constatation d'un défaut de retour légitime et attendu de son investissement. Ainsi, la loi permet à l'investisseur victime de récupérer le retour manqué du fait du comportement du contrefacteur. Dans un premier temps, les intérêts de l'investisseur pourraient ne pas être protégés suffisamment par l'existence d'une sanction censée assumer une fonction de *dissuasion* des comportements malveillants par crainte de celle-ci. Toutefois, dans un second temps, la prise en charge des bénéfices du contrefacteur dans le calcul de la réparation, devrait y contribuer. Cependant, tenir compte de ces bénéfices et économies d'investissements dans le calcul des dommages et intérêts réparant le préjudice subi, amènerait à réparer peut-être davantage que le strict préjudice subi. Cela pourrait donc être interprété comme l'octroi de dommages et intérêts punitifs, sans que les mots ne soient dits. À ce titre, Monsieur Arnaud Latil relève que « dans la mesure où leur définition demeure assez floue, les économies d'investissements pourraient parfaitement être le Cheval de Troie des dommages-intérêts punitifs, ou en tout cas masquer une évaluation artificielle des dommages et intérêts »⁷⁴⁵. Ceci dit, cela permettrait de lutter plus efficacement contre la « faute lucrative »⁷⁴⁶.

323. La réparation par la fixation des dommages et intérêts selon un mode forfaitaire.

Enfin, il faut mentionner la possibilité alternative pour le juge, et sur la demande de la partie lésée, d'allouer à titre de dommages et intérêts, une somme forfaitaire, en réparation de l'atteinte au droit. Cette possibilité a été introduite dans un premier temps par la loi de 2007. La somme est déterminée en fonction du montant des droits et redevances qui auraient été dues, si l'auteur de l'atteinte au droit avait sollicité une autorisation pour en utiliser l'objet⁷⁴⁷. Ce montant ne peut être inférieur au montant qui aurait été fixé entre les parties. En 2014, la loi renforçant la lutte contre la contrefaçon modifie le texte en exigeant que ce montant soit « supérieur » aux sommes qui auraient été dues⁷⁴⁸. On se détache ici encore et davantage, du principe de la réparation intégrale du préjudice. La fixation de cette somme ne semble en effet pas strictement corrélée à l'état d'un préjudice qu'il s'agirait de réparer. De cette manière de fixer le montant des dommages et intérêts, on comprendra que celui-ci sera au moins égal au montant que le titulaire du droit aurait perçu en contrepartie de l'autorisation donnée par lui, au tiers, d'exploiter l'objet de son droit. Or, étant donné que cette contrepartie est censée entrer

⁷⁴⁵ *Id.*, p. 16 et s., spé. p. 18, n° 17.

⁷⁴⁶ *Id.*, p. 16, n° 2.

⁷⁴⁷ LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *op. cit.*, p. 1001, n° 1279, employant l'expression de « *redevance de licence fictive* » ; pour cet emploi, cf. aussi, GISCLARD (Th.), « La nature des « dommages et intérêts » sanctionnant la contrefaçon », *Prop. Ind.* mai 2017, Étude 15, spé. p. 28, n° 7, qualifiant la « *licence fictive* » de « *mécanisme quasi contractuel* ».

⁷⁴⁸ L. n° 2014-315 du 11 mars 2014, article 2.

dans l'assiette du bénéfice constituant le retour sur investissement attendu par l'investisseur titulaire en théorie, cette mesure revient à considérer l'intérêt de l'investisseur comme protégé, par une réparation *a posteriori*. D'une part, cette technique du forfait permet au contrefacteur de « racheter sa faute », et d'autre part, au titulaire investisseur d'être assuré d'obtenir un minimum de « retour sur investissement ». Aussi, on peut penser que cette modalité de fixation des dommages et intérêts n'a pas de réel effet sanctionnateur, car ne permettant pas de dissuader le contrefacteur d'agir en amont. En effet, dans le pire des cas, s'il est sanctionné, la méthode du forfait le conduira à payer ce qu'il aurait « normalement » dû payer⁷⁴⁹. Le montant doit certes en être supérieur. Toutefois, on peut douter de l'effet de cette sanction dès lors que la faute demeure lucrative pour le contrefacteur⁷⁵⁰ : les bénéfices qu'il aura retirés de l'atteinte au droit peuvent être plus importants que la somme forfaitaire à laquelle il sera condamné.

Section 2 – Une technique de valorisation

324. Organisation du processus de retour sur investissement. Le souci de réservation du résultat d'investissement n'a d'intérêt que dans la phase de sa commercialisation, laquelle représente la phase du retour attendu. Le droit subjectif de propriété intellectuelle est en effet une technique de réservation du résultat d'investissement, mais aussi une technique de valorisation. Les règles juridiques de la propriété intellectuelle offrent la possibilité au titulaire du droit de réservation sur le résultat d'investissement de procéder à sa valorisation, ou à celle du droit lui-même. Cette valorisation s'en trouve organisée juridiquement, au travers de l'exercice d'actes d'exploitations permettant de susciter la naissance du retour sur investissement attendu. L'organisation se manifeste au travers de l'existence et de l'exercice des droits patrimoniaux de propriété intellectuelle. Ces derniers sont en effet des outils servant d'appui à la mise en mouvement de la phase de retour sur investissement, à plusieurs égards. En matière de propriété intellectuelle, on tend à considérer que ce sont davantage les prérogatives qui sont exploitées, plutôt que l'objet du droit lui-même. Aussi, le droit de la propriété intellectuelle encadre, parfois très spécialement, la gestion de suites de la phase de valorisation, de telle sorte que l'intérêt de l'investisseur soit un minimum sécurisé.

325. Plan. En somme, le droit de la propriété intellectuelle est une technique de valorisation du droit ou de l'objet du droit, source du retour sur investissement attendu (I). De plus, il s'agit

⁷⁴⁹ CARON (Ch.), *op. cit.*, p. 562, n° 569.

⁷⁵⁰ BRUGUIÈRE (J.-M.) et VIVANT (M.), *op. cit.*, p. 1062, n° 1095.

d'une technique participant de l'organisation des suites de l'exploitation (II), contribuant à plusieurs titres, à la défense de l'intérêt de l'investisseur titulaire du droit.

I. Une technique de valorisation source du retour sur investissement

326. Fonction et modalité de mise en œuvre du droit patrimonial. L'existence et le régime des droits patrimoniaux de propriété intellectuelle révèlent leur fonction de valorisation. Ils véhiculent en effet la volonté et la possibilité du titulaire du droit d'obtenir de l'exploitation des prérogatives, ou de l'objet du droit, un profit. Ce dernier a vocation à constituer, et à être la condition du retour sur investissement attendu. Les droits patrimoniaux des régimes de propriété intellectuelle tiennent une fonction essentielle dans la possibilité qu'a le titulaire du droit de valoriser, par des actes d'exploitation, le résultat d'investissement ou les droits eux-mêmes (A). Les modalités de mise en œuvre des droits patrimoniaux se manifestent à l'appui de l'outil contractuel, encadrant les actes de valorisation des objets de l'exploitation (B).

A. La fonction des droits patrimoniaux dans la valorisation

327. Explications et illustration de la fonction des droits patrimoniaux. Pour exprimer la fonction des droits patrimoniaux dans la valorisation, il convient de rappeler en quoi ils assurent un lien entre réservation et valorisation, afin d'aboutir à un retour sur investissement (1). Une illustration peut en être donnée, à partir de l'étude du test des trois étapes et de ses fonctions, en propriété littéraire et artistique (2).

1) Les droits patrimoniaux, lien entre la réservation et la valorisation

328. L'enjeu de la réservation sur l'exploitation du droit source du retour sur investissement. Il est acquis que le souci de réservation d'un objet trouve appui dans la nécessité pour le titulaire de ce droit de pouvoir commercialiser l'objet⁷⁵¹. Cette affirmation, appliquée à nos propos, s'illustre par la volonté de l'investisseur de se réserver les utilités et la valeur du résultat d'investissement, afin de pouvoir l'exploiter de façon exclusive, et ainsi obtenir le retour qu'il attend de son opération. Le droit patrimonial de propriété intellectuelle, exclusif et opposable à tous, se voit assigner cette fonction. À l'appui du droit patrimonial

⁷⁵¹ MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.) et REVET (Th.), *loc. cit.*, p. 293, n°31-33.

d'exploitation, le titulaire va pouvoir entamer une phase de rentabilisation de sa dépense⁷⁵². En matière de propriété intellectuelle, il s'agit de considérer que l'objet de l'exploitation est moins l'objet du droit – résultat d'investissement, que ce droit lui-même. On parle en effet en la matière d'« exploitation du droit de propriété intellectuelle »⁷⁵³. En tant que droit d'exploitation portant sur l'objet réservé, la prérogative patrimoniale du droit exclusif de propriété intellectuelle peut elle-même faire l'objet d'une exploitation, car elle représente une valeur exploitable, pouvant procurer à son titulaire un profit. Avant de retracer plus précisément les vertus des droits patrimoniaux d'exploitation en tant qu'outils de valorisation **(b)**, il est judicieux d'exprimer en quoi l'acte d'exploitation des droits patrimoniaux, ou de l'objet du droit, est générateur du retour sur investissement attendu par son auteur **(a)**.

a. L'acte d'exploitation générateur du retour sur investissement

329. L'acte d'exploitation, condition du retour sur investissement. L'acte d'exploitation tend vers la recherche d'un profit. C'est l'acte de mise en valeur d'une chose pour en tirer des richesses. « Le premier sens de l'exploitation est la mise en valeur du bien, le fait d'en retirer profit. C'est le fructus du droit de propriété »⁷⁵⁴. À l'appui de son droit privatif de réservation, « le propriétaire a la faculté d'accomplir des actes juridiques sur son bien pour profiter de sa valeur pécuniaire »⁷⁵⁵. Comme dans la propriété classique, les attributs l'assortissant existent également dans le cadre du droit patrimonial de propriété intellectuelle⁷⁵⁶. Ces attributs, que sont le droit d'user, de jouir et de disposer de la chose⁷⁵⁷, peuvent être mis en œuvre par le titulaire du droit sur le résultat d'investissement. Ce droit pouvant être considéré lui-même comme un bien, il peut également être utilisé, fructifié et faire l'objet d'acte de disposition par son titulaire. Ainsi, ce dernier peut exploiter lui-même son droit et l'objet réservé : il en use et peut le faire fructifier⁷⁵⁸, en concédant l'exploitation à un tiers. Il est également libre d'en disposer en l'aliénant, par une cession emportant transfert de ses prérogatives sur l'objet.

⁷⁵² BENGHOZI (P.-J.) et PARIS (Th.), *loc. cit.* spé. p. 14 : « Les droits d'auteurs comportent des droits patrimoniaux [...] qui ne sont que la contrepartie économique des droits moraux, l'instrument économique visant à garantir un juste « retour sur investissement » ».

⁷⁵³ Le caractère patrimonial du droit de propriété intellectuelle lui permet d'ailleurs d'être dans le commerce, au contraire du volet moral de ce droit.

⁷⁵⁴ DUSOLLIER (S.), « L'exploitation des œuvres : une notion centrale du droit d'auteur », *loc. cit.*, p. 263, spé. p. 268.

⁷⁵⁵ ATIAS (Ch.), *Droit civil – les biens*, Coll. Manuels, 11^e éd., Paris : Litec, 2011, p. 90, n° 106.

⁷⁵⁶ À propos du droit d'auteur, cf. VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 520, n° 521 ; CARON (Ch.), *op. cit.*, p. 265, n° 294 et s. p. 257, n° 294.

⁷⁵⁷ BERGEL (J.-L.), BRUSCHI (M.) et CIMAMONTI (S.), *op. cit.*, p. 91, n° 81.

⁷⁵⁸ La prérogative patrimoniale octroyée au bénéfice du titulaire du droit de réservation lui permet de jouir de l'objet réservé, à la fois en l'utilisant simplement, et aussi en en retirant les fruits. DROSS (W.), *op. cit.*, p. 11,

330. Finalité d'exploitation des biens intellectuels. La fonction d'exploitation attribuée aux droits patrimoniaux de propriété intellectuelle est cohérente avec la considération selon laquelle l'objet de ces droits étant de nature frugifère, tout comme le droit lui-même, ils ont pour finalité d'être exploités. Raisonnant à partir des œuvres de l'esprit et des inventions, Madame Mélanie Jaoul rappelle en effet que l' « on tend à considérer que les créations immatérielles ont pour destination naturelle d'être mises en exploitation, ce qui en fait des biens frugifères par nature »⁷⁵⁹. « Ainsi, les biens incorporels doivent être considérés comme des biens frugifères par nature, car il est de leur essence même de produire des fruits »⁷⁶⁰. Le bien frugifère en question peut ici être assimilé à l'objet de la réservation, ou au droit de réservation lui-même. Appliqué à nos raisonnements, cette affirmation revient à considérer que le résultat d'investissement, de même que le droit de réservation sur ce résultat, sont de nature frugifère car ils peuvent être exploités, donnant ainsi naissance à des fruits. Ces derniers ont vocation à intégrer l'assiette du retour sur investissement attendu par l'investisseur titulaire du droit.

331. Exploitation par le titulaire du droit de réservation ou exploitation confiée à un tiers. L'exploitation de la chose réservée, ou du droit lui-même, peut être assurée par son propriétaire ou par un tiers dans le but de faire naître un retour sur investissement. Dans cette seconde hypothèse, on parlera de l'exploitation de la chose d'autrui⁷⁶¹. Ainsi, lorsque l'investisseur titulaire du droit confèrera à autrui l'autorisation d'exploiter sa chose en vertu du droit de réservation du résultat d'investissement, le tiers assurera l'exploitation de la chose du propriétaire. C'est en vertu d'un acte de transfert de jouissance de la chose, personnel ou réel, que le tiers peut exploiter la chose d'autrui à l'appui de son activité économique, la chose d'autrui ou le droit de réservation en étant le support. Titulaire d'un droit de jouissance, le tiers exploitant peut ainsi récolter les fruits et les profits de la mise en valeur, par son activité, de la chose dont il a la jouissance. En propriété intellectuelle, lorsque par exemple, le titulaire du droit d'auteur sur une œuvre en confère la jouissance par un contrat d'édition, l'éditeur bénéficie d'un droit de nature personnelle sur l'œuvre, lui permettant de développer sa propre activité économique. Il peut en tirer des profits par le biais de son activité économique de fabrication et de distribution de l'œuvre sous un format matérialisé ou non. L'auteur, partie au

n° 6, sur le faisceau de prérogatives du droit de propriété et à propos des deux attributs de l'usus et du fructus.

⁷⁵⁹ JAOUL (M.), *La notion de fruits : étude de droit privé*, Coll. Doctorat & Notariat, t. 57, Paris : Defrénois, 2018, p. 364, n° 560 et s.

⁷⁶⁰ *Id.*, p. 363, n° 559, au sujet des droits de propriété intellectuelle, et surtout du droit d'auteur et du droit du brevet.

⁷⁶¹ LE FUR (A.-V.), « L'exploitation de la chose d'autrui », *RTD civ.* 2004, p. 429, spé. p. 440, parlant de « *jouissance active* » de la chose pour désigner l'acte d'exploitation par autrui de la chose d'un propriétaire permise en vertu d'un contrat.

contrat d'édition, percevra lui-même des bénéfices de l'exploitation de son œuvre assurée par délégation à l'éditeur. Dans ce cadre, une rémunération proportionnelle de l'auteur est prévue en contrepartie de la mise à disposition de son droit d'exploitation. Celle-ci est alors « une quote-part des fruits civils produits par la clientèle que l'auteur a permis de rassembler autour de son œuvre grâce au monopole qu'il a transmis à l'exploitant »⁷⁶². Le droit patrimonial peut ainsi permettre au titulaire initial du droit d'auteur d'obtenir un retour de son investissement économique, lorsqu'il est l'auteur, par la mise en œuvre de son droit patrimonial d'exploitation. Il permet également à un entrepreneur tiers et autorisé, d'effectuer un investissement dans l'exploitation du résultat d'investissement, tout en retirant elle-même et potentiellement, un retour⁷⁶³. Il assure ainsi une conciliation des attentes en termes de retour sur investissement, à la fois du créateur intellectuel titulaire initial du droit d'auteur, et aussi de l'exploitant titulaire dérivé du droit d'exploitation, lui-même investisseur dans l'acte d'exploitation. Nous retiendrons que le droit de propriété intellectuelle, en tant que droit d'exploitation, peut faire l'objet d'une valorisation directe ou indirecte. Dans ce premier cas, le titulaire du droit assure lui-même l'exploitation et en retire en principe en contrepartie un retour. Dans le second cas, le titulaire du droit délègue l'exploitation à un tiers, recevant en contrepartie, également, un retour⁷⁶⁴. Dans ces différents cas, l'acte d'exploitation est engagé dans le but d'obtenir en échange un avantage susceptible de nourrir le retour sur investissement attendu.

b. Les vertus des droits patrimoniaux d'exploitation

332. Justifications historiques du droit patrimonial : fondement et fonction. D'où proviennent les prérogatives patrimoniales ? Pourquoi ont-elles été reconnues⁷⁶⁵ ? La réponse à ces questions tend à illustrer la fonction d'exploitation reconnue aux prérogatives patrimoniales de propriété, dirigée vers la nécessité d'assurer un retour sur investissement consenti, dans le cadre de la conception du résultat d'investissement. À l'origine des lois fondatrices de la propriété intellectuelle, à l'époque révolutionnaire, il apparaît que le législateur se soit intéressé, quasi voire exclusivement, à l'institution d'un droit de propriété sur les créations de l'esprit. Il s'agissait bien de conférer au bénéfice d'un auteur ou de ses ayants-droits un droit de propriété,

⁷⁶² GAUDRAT (Ph.), « Les démêlés [...] » *loc. cit.*, spé. p. 161.

⁷⁶³ BLANC (N.), *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innomés*, Coll. Nouv. Bibl. de thèses, t. 93, Paris : Dalloz, 2010, p. 268, n° 311.

⁷⁶⁴ ABELLO (A.), *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, Coll. Droit et économie, Paris : LGDJ, 2008, p.160, n° 321, traitant de valorisation externe prenant « la forme de contrats de cession de droit ou de concession de droits sous forme de licence ».

⁷⁶⁵ BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 146, n° 166.

attribuant des prérogatives d'ordre patrimoniales. Il n'était en effet pas encore question de quelconque droit moral⁷⁶⁶. Le constat en matière de droit d'auteur est également applicable en matière de brevet d'invention. À l'origine, donc, ce qui justifie la protection de la création n'est pas tant la protection de l'acte quasi-mystique de l'auteur, que la possibilité de lui permettre de monnayer économiquement sa création par une exploitation. C'est dans un contexte de faveur au droit de propriété qu'il faut appréhender ces nouveaux droits⁷⁶⁷. Le droit de propriété organise en effet la gestion des biens d'un individu, représentant une valeur, et par extension, permet à l'auteur, propriétaire de lui-même, d'être propriétaire de ses créations. Ce droit a été octroyé dans le but de permettre à l'auteur ou à son ayant-droit de tirer des revenus de son exploitation. Les droits de propriété intellectuelle sont en effet innervés d'une dimension économique primitive⁷⁶⁸. Tel est l'esprit dans lequel existe ce droit et dans lequel il est et doit être exercé. Il est constant que le droit patrimonial permet de retirer de la valeur de l'utilité de l'objet réservé par son exploitation, et donc des revenus⁷⁶⁹. Ce motif accompagne la justification des nouveaux droits du même type ayant été consacrés au cours de la fin du 19^e siècle. Le droit de propriété intellectuelle se justifie ainsi en ce qu'il offre la possibilité au créateur de vivre, ou éventuellement de percevoir un retour sur son investissement. Une telle conclusion peut également être avancée s'agissant de la possibilité, pour l'investisseur financier tiers au créateur, de bénéficier d'un retour s'il a financé la conception, voire l'exploitation de la création résultat d'investissement.

333. Approches variées de la conception et de la substance du droit patrimonial d'exploitation. Les prérogatives des divers droits subjectifs de propriété intellectuelle se présentent sous différents aspects. Ils ne sont pas toujours dénommés de la même manière, mais révèlent tous une même idée tenant aux caractères du droit de propriété. Ils expriment l'exclusivisme du droit dont bénéficie le titulaire. De façon générale, s'agissant des prérogatives patrimoniales au travers des différents régimes de droits de propriété intellectuelle, on retient que ce titulaire dispose de la faculté d'autoriser ou d'interdire l'accès de son domaine réservé à un tiers. L'on constate que le droit d'exploitation est exprimé soit d'une façon positive, soit d'une façon négative. Par exemple, concernant le droit du producteur d'une base de données,

⁷⁶⁶ L'idée d'un besoin de protection des intérêts extrapatrimoniaux ne se concrétisera que bien plus tard, à l'issue d'un long processus de développement par la jurisprudence et la doctrine, à ce sujet, cf. *supra*, n° 479.

⁷⁶⁷ LUCAS-SCHLOETTER (A.), *Droit moral et droits de la personnalité : étude de droit comparé français et allemand*, Aix-en-Provence : PUAM, 2002, p. 48, n° 40 : « l'opinion dominante voit alors dans le droit de l'auteur une propriété qui lui permet de jouir des fruits tirés de l'exploitation de son œuvre ».

⁷⁶⁸ SIIRIANEN (F.), « Le droit d'auteur à l'épreuve de sa dimension économique : [...] », *loc. cit.*, spé. p. 675.

⁷⁶⁹ CARON (Ch.), *op. cit.*, p. 266, n° 295, à propos d'un ancien arrêt qui précisait que « les droits patrimoniaux confèrent "le privilège exclusif d'une exploitation commerciale temporaire" » (citant l'arrêt du 25 juill. 1887 de la chambre civile de la cour de cassation, S. 1888, 1,17, note LYON-CAEN (Ch.)).

l'article L342-1 alinéa 1 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que le producteur a « le droit *d'interdire* » l'extraction et la réutilisation de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu de la base, sous toute forme que ce soit. En matière de propriété industrielle, l'article L611-1 du même Code évoque la délivrance d'un droit de propriété industrielle sur toute invention qui confère un « droit exclusif d'exploitation ». L'article L613-3 dudit Code évoque lui aussi l'idée d'un « droit d'interdire », à défaut de consentement du breveté titulaire du droit, un certain nombre d'actes à partir de l'objet breveté. Le monopole d'exploitation n'est pas défini par la loi, mais les cas d'actes pouvant être interdits par le titulaire sont simplement listés. Le droit est ainsi, dans ces exemples, défini de façon négative. Il peut aussi se définir, *a contrario*, positivement, comme une faculté pour son titulaire d'autoriser l'exploitation des droits sur un objet réservé. Dans toutes ces hypothèses, l'investisseur titulaire du droit est libre d'en gérer l'exploitation comme il l'entend, au regard de son objectif de rentabilité de l'opération d'investissement.

334. Exploitation exclusive et subordination de l'accès à une contrepartie. L'enjeu essentiel du droit patrimonial d'exploitation est de constituer un moyen pour son titulaire de monnayer l'accès à l'objet réservé. Ce qui intéresse alors l'investisseur à la titularité, c'est la faculté d'obtenir en échange de l'autorisation d'accéder à son champ de réservation exclusive, une contrepartie économique, susceptible de nourrir l'assiette du retour sur investissement attendu. Ainsi, l'article L123-1 Code de la propriété intellectuelle dispose-t-il, en matière de droit d'auteur, 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 ». Si l'intérêt pour notre étude est de retenir l'aspect lucratif de l'acte d'autorisation d'accès, on peut préciser que, par exemple, en matière de droit d'auteur, l'accès peut se faire à titre gratuit⁷⁷⁰. En somme, le droit patrimonial d'exploitation de tout droit de propriété intellectuelle est la condition permettant au titulaire du droit d'obtenir son retour sur investissement⁷⁷¹. Il joue un rôle incontournable dans la valorisation⁷⁷². Appliquant ces idées aux différents droits de propriété intellectuelle, Madame la Professeure Séverine Dusollier constate ainsi que « l'exploitation est la fonction de tous les

⁷⁷⁰ DUSOLLIER (S.), « L'exploitation des œuvres : une notion centrale du droit d'auteur », in *Mélanges en l'honneur du Professeur André LUCAS*, op. cit., p. 263, spé. p. 268, et p. 269.

⁷⁷¹ GOURDON (P.), op. cit., spé. p. 87, n° 198 et s., sur l'exclusivité en tant que principale finalité de la propriété littéraire et artistique, et en tant que principale caractéristique de la propriété industrielle, p. 77, n° 178, au sujet de l'exclusivité, modalité de protection de la clientèle : « *Au premier abord, l'exclusivité sert les intérêts patrimoniaux d'un individu : le titulaire du droit privatif. Son titre lui donne le pouvoir exclusif d'exploiter son bien parce qu'il est juste que celui qui réalise les efforts ou qui prouve d'ingéniosité puisse recevoir un retour sur investissement. Dans le domaine de la propriété industrielle, cette gratification consiste à tirer profit des avantages économiques procurés par la valeur mise à jour* » (l'auteur souligne).

⁷⁷² ERÉSEŌ (N.), *L'exclusivité contractuelle*, Coll. Bibl. droit de l'entreprise, t. 79, Paris : Litec, 2008, p. 75, n° 113 et s.

droits intellectuels. Quels qu'ils soient, [...], ils confèrent à leur titulaire une exclusivité sur l'exploitation de leur création ou signe distinctif. Les droits exclusifs dont est doté chacun de ces droits paraissent a priori fort hétérogènes, [...]. Ce florilège de droits obéit toutefois à la notion centrale d'exploitation dont ils ne sont que des déclinaisons, adaptées à l'objet du droit en cause, mais qui traduisent toutes le pouvoir du titulaire du droit de tirer un bénéfice de sa propriété, de son exclusivité »⁷⁷³. En somme, l'investisseur titulaire du droit de propriété intellectuelle détient de façon exclusive le résultat d'investissement, dont il peut extraire la valeur par l'écran de la prérogative patrimoniale d'exploitation⁷⁷⁴. En ce sens, les droits patrimoniaux révèlent le rapport que le titulaire du droit entretient avec l'utilité économique de l'objet de réservation.

2) *Le test des trois étapes, illustration de la fonction des droits patrimoniaux dans la naissance du retour sur investissement*

335. L'existence du « triple test », indice de la fonction de mise en œuvre du retour sur investissement des droits patrimoniaux. Les droits patrimoniaux de propriété intellectuelle, pourtant accordés au bénéfice exclusif de leurs titulaires, peuvent se trouver limités dans leur exercice. Il existe en effet un certain nombre de « limites », encore parfois appelées « exceptions ». En propriété littéraire et artistique⁷⁷⁵, les exceptions au respect des droits patrimoniaux permettent aux tiers de faire usage de l'objet protégé sans obtenir préalablement l'autorisation du titulaire du droit, et sans être passible, à ce titre, d'une sanction en contrefaçon. Les exceptions doivent être entendues comme une zone de dispense du respect du droit patrimonial. Précisément prévues, elles se justifient par des motifs d'intérêts supérieurs et collectifs. Elles permettent ainsi une forme de conciliation entre la propriété individuelle et les besoins de l'intérêt collectif à bénéficier et jouir des créations et de l'innovation. La mise en œuvre de ces exceptions a été assortie par le législateur européen⁷⁷⁶, puis interne⁷⁷⁷, d'une procédure semblant révéler la fonction effective de valorisation des droits patrimoniaux, et tendant vers l'exploitation rentable du droit. Le système du « test des trois étapes » révèle la

⁷⁷³ DUSOLIER (S.), « L'exploitation des œuvres : une notion centrale du droit d'auteur », *loc. cit.*, spé. p. 269.

⁷⁷⁴ MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.) et REVET (Th.), *loc. cit.*, p. 293, n° 31-33, et p. 299, n° 45 : « La réservation est souvent requise pour permettre la commercialisation ; le maître d'une valeur veut en obtenir la réservation pour subordonner à une contrepartie l'accès d'autrui ».

⁷⁷⁵ Il en va également ainsi dans le domaine des droits de propriété industrielle. Ainsi, par exemple, s'agissant du droit du brevet, la loi prévoit des limitations au droit d'interdire son exploitation, tirées de considérations d'intérêt général diverses. Cf. not. art. L613-5 CPI.

⁷⁷⁶ Direct. 2001/29/CE du 22 mai 2001, *préc.*, cf. spé. art. 5.5.

⁷⁷⁷ L. n° 2006-961 du 1 août 2006, relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information

nécessité de protéger l'exploitation économique de l'objet du droit ou du droit lui-même, ainsi que son issue⁷⁷⁸. Le bénéfice de ces exceptions à l'égard de la personne utilisatrice de l'œuvre, qui s'opère librement et parfois gratuitement, est susceptible de provoquer pour le détenteur du droit, un certain manque à gagner sur le plan économique. Afin de pallier les risques de désagréments, le système du test a été mis en place. Il vise à veiller à ce que la mobilisation de l'exception en question n'aboutisse pas, selon nous, à participer du défaut de retour sur investissement que subirait l'investisseur titulaire du monopole d'exploitation, et dont il est pourtant en attente⁷⁷⁹. Cela nous apparaît particulièrement à l'étude des deux dernières étapes de ce processus de « veille »⁷⁸⁰, la première exigence du processus impliquant que l'exception soit d'abord prévue légalement.

336. Étapes du test. Pour être invoquée valablement par le tiers, l'exception en question ne doit pas entraîner, dans sa mise en œuvre, d'une part « une atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé » ni, d'autre part causer « un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit »⁷⁸¹. Ces conditions révèlent, à notre sens, que la fonction des droits patrimoniaux de propriété littéraire et artistique est de permettre au titulaire de tirer un profit normal de l'exploitation de l'objet protégé par son droit, sans qu'une utilisation *a priori* permise exceptionnellement par la loi n'en vienne à porter atteinte à son intérêt légitime. Il s'agirait par-là, d'offrir à l'investisseur titulaire du droit les meilleures chances de percevoir le retour attendu de son opération. Autrement dit, l'enjeu traité est celui d'une jouissance des exceptions, ne devant pas entraver le processus de rentabilité engagé par l'investisseur. Il s'agit alors d'une analyse de type économique de la mise en œuvre des exceptions⁷⁸², propre à illustrer la fonction économique des droits patrimoniaux dans la naissance du retour sur investissement attendu par le titulaire.

337. Illustration de la seconde étape du test. Cette idée nous semble avoir été traitée par la jurisprudence, notamment au travers de l'affaire *Mulholland Drive*⁷⁸³, à l'occasion d'un conflit

⁷⁷⁸ Les exigences de ce test figurent à l'article L122-5 du CPI pour le droit d'auteur, à l'article L. 211-3 du même Code pour les droits voisins et à l'article L. 342-3 dudit Code pour le droit du producteur de bases de données.

⁷⁷⁹ Pour une lecture similaire, cf. not. TILLOY (C.), *loc. cit.*, p. 155, n° 40 et s.

⁷⁸⁰ Cf. art. L122-5 al. CPI.

⁷⁸¹ Art. L122-5 CPI.

⁷⁸² FARCHY (J.), « Analyse économique des exceptions », *RLDI* 2013/94, suppl., n° 3141 ; VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 616, n° 620 et p. 622, n° 623.

⁷⁸³ La décision avait été rendue avant la transposition nationale du système du triple test imposé par Directive, dans le Code de la propriété intellectuelle. Pour une interprétation de la Directive par le juge national, cf. Cass. 1^{ère} civ., 28 févr. 2006, n° 05-15.824, *Mulholland Drive* : « 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 pour l'amortissement des coûts de production cinématographique » : *Bull. civ. I*, n° 126 ; *D.* 2006, p. 2991, obs. SIRINELLI (P.), et p. 784, obs. DALLEAU (J.) ; *RTD com.* 2006, p. 386 et p. 400,

entre l'exception de copie privée et une mesure technique de protection. La mobilisation du test des trois étapes, non encore transposé en droit français, dans le traitement du conflit donné par la Cour d'appel et la Cour de cassation, tend à exprimer l'idée d'une fonction de protection de la rentabilité de l'investissement par les droits patrimoniaux. Le bénéfice de l'exception de copie privée pour l'utilisateur serait susceptible de priver le titulaire du droit des retombées économiques positives de l'exploitation exclusive de son droit. Avec la mise en œuvre du test, il s'agit alors de tendre à une mise en balance des intérêts au travers d'un test de proportionnalité. Tout au moins, il est possible de lire dans cette étape la finalité économique de la prérogative patrimoniale⁷⁸⁴. Ainsi, était cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Paris qui, dans un arrêt infirmatif, avait retenu que « la copie privée n'implique pas nécessairement [...] un manque à gagner et la rémunération des supports d'enregistrement prend déjà en compte "l'exigence de rentabilité" »⁷⁸⁵. L'arrêt était censuré par la Cour de cassation dans les termes suivants : « 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 pour l'amortissement des coûts de production cinématographique »⁷⁸⁶. Les décisions respectives de la Cour d'appel et de la Cour de cassation sont intéressantes pour démontrer que le droit patrimonial est un instrument permettant à l'investisseur titulaire du droit d'obtenir un retour de son investissement par l'exploitation. Cela peut être expliqué par l'interprétation des seconde et troisième étapes du test.

338. Interprétation de la seconde étape du test. D'une part, lorsque la Cour d'appel retient que « la copie privée n'implique pas nécessairement un manque à gagner », elle juge qu'en l'espèce tel n'était pas le cas, mais n'exclut pas que dans d'autres circonstances, cela soit

obs. GAUDRAT (Ph.) ; *RTD com.* 2006, p. 370, obs. POLLAUD-DULIAN (F.) ; *Légipresse* 2006, n° 231, III, p. 71, note BENABOU (V.-L.) ; *JCP G* 2006, II, 10084, note LUCAS (A.) ; *CCE* 2006, comm. 56, note CARON (Ch.) ; *Gaz. Pal.* 2006, somm., p. 1400, note BOURGEOIS (M.) et TELLIER-LONIEWSKI (L.), et p. 2081, note BERLAND (S.) et KNAFOU (F.) ; *LPA* 2 août 2006, n° 153, p. 20, note CASTETS-RENARD (C.) ; *PI* 2006, n° 19, p. 179, obs. LUCAS (A.) ; *RLDI* 2006/15, n° 431, note MELISON (D.), et n° 454, comm. GEIGER (Ch.) ; cf. égal. LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *op. cit.*, p. 368, n° 371 et s. ; VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 620, n° 621 ; CARON (Ch.), *op. cit.*, p. 342, n° 360 ; GAUTIER (P.-Y.), *Propriété littéraire et artistique*, Coll. Droit fondamental, 11^e éd., Paris : PUF, 2019, p. 404, n° 370.

⁷⁸⁴ POLLAUD-DULIAN (F.), *La propriété intellectuelle, Le Droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 810, n° 1132 : « Cette deuxième étape a un caractère purement économique [...] ».

⁷⁸⁵ Paris, 22 avr. 2005, RG n° 04/14933 : *D.* 2005, p. 1573, note CASTETS-RENARD (C.) ; *RTD com.* 2006, p. 102, obs. POLLAUD-DULIAN (F.) ; *Légipresse* 2005, n° 227, III, p. 233, note VIVANT (M.) et VERCKEN (G.) ; *JCP G* 2005, II, 10126, note GEIGER (Ch.) ; *CCE* juin 2005, Comm. 98, note CARON (Ch.), et juill. 2005, Étude 26, note GOLDSMITH (F.) ; *Gaz. Pal.* 2006, somm. p. 580, note BOURGEOIS (M.) et TELLIER-LONIEWSKI (L.) ; *RLDI* 2005/5, n° 135, note MELISON (D.) ; *RLDI* 2005/5, n° 138, note COSTES (L.) ; *PI* 2005, n° 16, p. 340, obs. LUCAS (A.) et SIRINELLI (P.).

⁷⁸⁶ Cass. 1^{ère} civ., 28 février 2006, *préc.*

possible. Dès lors, la jurisprudence indique que la mise en œuvre d'une exception est susceptible de constituer un manque à gagner pour le titulaire du droit d'exploitation, que l'on peut analyser comme une atteinte à la potentialité de retour sur investissement. Aussi, lorsque cette même juridiction rappelle que « la rémunération des supports d'enregistrement prend déjà en compte l'exigence de rentabilité », elle révèle, selon nous, que la rentabilité est une exigence poursuivie par l'investisseur lorsqu'il exerce son droit d'exploitation, et que le droit de la propriété intellectuelle le prend bien en compte dans la législation. D'autre part, la Cour de cassation, en censurant la décision d'appel affirme l'importance économique que l'exploitation d'une œuvre, sous une certaine forme, représente pour l'amortissement des coûts d'investissement dans la production de cette œuvre. Ici, nous supposons que la Cour de cassation réfère à la notion de « retour sur investissement » lorsqu'elle évoque « l'amortissement des coûts de production cinématographique d'une œuvre et de sa fixation ». En définitive, cette décision retient effectivement le principe selon lequel le bénéfice de la mise en œuvre d'une exception ne doit pas être de nature à porter atteinte à la *rentabilité* de l'exploitation de l'œuvre. Au sein de la seconde étape du triple test, la formule de « l'exploitation normale de l'œuvre » nous semble devoir tendre vers une prise en charge de la rentabilité constituée par l'existence d'un retour sur investissement.

339. Troisième étape du test et investissement. À l'occasion de cette affaire, la Cour de cassation ne semble pas être allée jusqu'à l'application de la troisième étape du test⁷⁸⁷. Pour interpréter cette dernière, nous nous détacherons donc de l'application qui en serait faite par la jurisprudence. Au stade de cette troisième et dernière étape du test, la formule référant au « préjudice injustifié aux intérêts légitime du titulaire du droit » pourrait évoquer elle aussi la prise en compte, par le droit de la propriété intellectuelle, de la nécessité de protéger l'investisseur titulaire du droit et son intérêt : le retour sur investissement. Quels seraient donc les « intérêts légitimes du titulaire du droit »⁷⁸⁸, qui subirait un « préjudice injustifié »⁷⁸⁹? Si l'on identifie l'investisseur au titulaire du droit patrimonial de propriété intellectuelle, selon notre interprétation et la fonction déjà retenue de cette prérogative, les « intérêts légitimes » auxquels il est fait référence pourraient résider dans la naissance effective et l'attribution du retour sur investissement. On peut encore se demander en quoi consisterait dès lors le « préjudice injustifié », qu'entraînerait la mise en œuvre de l'exception pour le titulaire du droit.

⁷⁸⁷ Cela a d'ailleurs pu être souligné et critiqué par la doctrine, en ce sens, cf. not. GEIGER (Ch.), « Le test des trois étapes, un danger pour l'équilibre du droit d'auteur ? », *loc. cit.*, spé. p. 52 et 54.

⁷⁸⁸ ALLEAUME (Ch.), « Le rôle du triple test, une nouvelle conception des exceptions ? », *RLDI* 2007/25, suppl., n° 844, spé. p. 50.

⁷⁸⁹ VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 621, n° 622.

Il pourrait consister dans le fait de restreindre les effets de l'enjeu représenté par le droit exclusif attribué à l'investisseur titulaire du droit, ce qui impliquera la privation d'un potentiel retour sur investissement. Ce préjudice découlerait alors de la privation pour le titulaire de pouvoir, exceptionnellement, faire valoir son droit. Encore faut-il réussir à déterminer à quoi renvoie le caractère injustifié de ce préjudice. L'idée d'une absence de justification du préjudice pourrait être entendue comme synonyme d'absence de compensation financière au bénéfice du titulaire du droit en contrepartie de l'usage par le tiers de l'exception mise en œuvre. En définitive, au travers de ces quelques éléments d'interprétation, nous pensons possible d'y voir une preuve de ce que le volet patrimonial des droits de propriété intellectuelle a pour finalité de soutenir le retour sur investissement attendu de l'exploitation. Il en est un instrument. Une telle finalité peut également être exprimée à l'étude des modalités contractuelles de mise en œuvre des droits, tendant vers la recherche de rentabilité de l'opération d'investissement.

B. Les modalités contractuelles de mise en œuvre des droits

340. De la fonction des droits patrimoniaux à leur mise en œuvre contractuelle. Après avoir présenté le droit patrimonial de propriété intellectuelle comme instrument institué afin d'engager le processus de rentabilisation de l'investissement, il convient d'exposer de quelle façon et selon quelles modalités il est utilisé à cette fin. À ce titre, il faut souligner en quoi le contrat est l'outil indispensable d'exercice des droits patrimoniaux d'exploitation (1). L'exploitation se manifeste au travers d'une variété de modes contractuels, dont l'analyse permet de comprendre qu'ils sont au service de la rentabilité de l'opération d'investissement (2).

1) Le contrat, outil d'exercice des droits patrimoniaux d'exploitation

341. Économie, objet, et contrepartie du contrat. Le contrat constitue le véhicule en vertu duquel est organisée l'exploitation des droits patrimoniaux. Ces derniers ayant vocation à être exploités pour produire de la valeur, le contrat remplit dès lors une fonction de gestion de la valorisation. Il est possible de constater que l'économie du contrat d'exploitation des droits patrimoniaux tend vers l'objectif de rentabilité de l'investissement (a). L'examen sommaire du contenu du contrat d'exploitation témoigne de cet objectif (b). L'exécution du contrat doit ainsi aboutir à la perception par l'investisseur, du retour attendu.

a. L'économie du contrat tendant vers l'objectif de rentabilité

342. Le contrat, outil de valorisation et moyen du retour sur investissement. La mise en œuvre des droits patrimoniaux, dans leur fonction de valorisation, se manifeste autour de la mobilisation de l'outil contractuel en constituant le support. La conclusion d'un contrat permet à l'auteur et détenteur du résultat d'investissement de tirer des profits de l'utilisation de son bien. La prérogative permettant l'exploitation exclusive est donc soutenue par la mise en place d'un droit personnel. On parle effectivement de « contrats d'exploitation ». L'outil contractuel est un moyen pour l'investisseur de contribuer à la satisfaction de son intérêt : obtenir un retour sur investissement. Ce dernier doit être obtenu par la valorisation du résultat d'investissement dont il a la maîtrise juridique et économique, ou du droit lui-même, à l'appui d'actes d'exploitation, organisés par le biais du contrat. L'acte d'exploitation consiste en un acte visant à tirer de la valeur de la chose exploitée. En cela, le contrat contribue à la satisfaction de son intérêt, en organisant le régime de valorisation. En effet, « la fructification des biens incorporels passe [...] nécessairement par un contrat d'exploitation, lequel a pour objectif de clairement identifier le bien dont la jouissance est transférée et les modalités de ce transfert »⁷⁹⁰. « [...] [S]ans la passation d'un acte juridique, ces biens ne peuvent être frugifères »⁷⁹¹.

343. Un acte juridique finalisé par la recherche de profit conditionnant la rentabilité. Le titulaire du droit de réservation va pouvoir octroyer à son cocontractant un droit d'utilisation de l'objet du droit ou du droit lui-même. Il peut aménager le droit personnel, à hauteur et dans les limites de ses besoins. L'étendue du droit personnel consenti sur l'objet de son droit est alors consentie en fonction de son objectif de retour sur investissement. Ainsi, tant en matière de propriété littéraire et artistique que de propriété industrielle, le titulaire du droit est en mesure de consentir à ce droit personnel en précisant la limitation temporelle, géographique, substantielle de l'utilisation du droit sur le résultat d'investissement. Il jouit à cet égard d'un principe de liberté contractuelle, sous réserve de dispositions impératives. En cela, l'investisseur titulaire du droit de réservation maîtrise et dirige d'une certaine façon le processus de retour sur investissement par exploitation contractuelle. Surtout, la possibilité d'une autorisation d'exploitation donnée par le titulaire, et assortie d'une contrepartie économique délivrée par le cocontractant, est la condition d'une gestion satisfaisante de la phase de

⁷⁹⁰ JAOUL (M.), *op. cit.*, p. 365, n°562 et s., sur le bien intellectuel comme ayant une nature nécessairement frugifère, car sa finalité est d'être exploité.

⁷⁹¹ *Id.*, p. 366.

rentabilité de l'investissement. Cette contrepartie a vocation à constituer l'assiette du retour sur investissement.

344. Exploitation contractuelle du droit par le titulaire à titre initial ou dérivé. Aussi, tant le titulaire originaire des droits d'exploitation, que le titulaire dérivé, peuvent exercer le droit patrimonial pour en retirer de la valeur. À ce titre, il est possible de se référer au régime des contrats visant le transfert de la titularité des droits patrimoniaux⁷⁹², par exemple de l'auteur à son employeur ou à son commanditaire⁷⁹³. Ces derniers interviennent fréquemment en tant qu'investisseur à la conception des œuvres réalisées par l'auteur. Pour pouvoir les exploiter lui-même, en matière de droit d'auteur, cet investisseur devra se faire céder les droits de l'auteur de façon formelle et expresse, en respectant des règles particulières. L'application de ces dernières pouvant apparaître contraignant pour l'investisseur, le législateur leur a consenti des modalités facilitées de cession de ces prérogatives⁷⁹⁴. Il s'agit des cas de présomption de cession ou de cession légales et automatiques. Celles-ci interviennent dans le cadre de la création réalisée dans un lien de dépendance juridique et/ou économique. Cette cession au bénéfice de l'investisseur économique à la création peut apparaître pour le titulaire initial, comme un moyen d'obtenir, pour lui aussi, un retour sur son investissement humain et intellectuel lorsqu'il se trouve, en tant que cédant, être l'auteur de la création. Il reste que, l'examen plus particulier du contenu du contrat, au travers de son objet et de sa contrepartie, permet de saisir davantage l'importance du contrat dans la possibilité d'une rentabilité de l'investissement.

b. Le contenu du contrat témoignant de l'objectif de rentabilité

345. L'objet de l'exploitation contractuelle : les droits patrimoniaux. En matière de contrats d'exploitation dans le champ de la propriété intellectuelle, l'objet du contrat n'est pas l'objet du droit de réservation, mais les droits patrimoniaux eux-mêmes⁷⁹⁵. La valeur n'est pas tant tirée du résultat d'investissement, que du droit assurant sa réservation. Ce dernier a en effet vocation à circuler, constituant une valeur échangeable et monnayable. Ainsi, le contrat emportera transfert du droit, de la prérogative, et non du résultat d'investissement en tant que

⁷⁹² En tant que transfert de droit réel, il s'agira d'une cession.

⁷⁹³ Sur cette distinction cf. *supra*, n° 220 et s.

⁷⁹⁴ *Ibid.*

⁷⁹⁵ LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *op. cit.*, p. 715, n° 716 ; considérant l'objet du contrat comme le droit d'exploitation lui-même, cf. BLANC (N.), *op. cit.*, p. 240, n° 276 et s. ; les droits de propriété intellectuelle, dans leur aspect patrimonial, sont considérés comme des biens, car ils représentent des valeurs économiques. Ainsi, « le brevet est un bien, qui, à l'image des autres biens, peut faire l'objet d'opérations juridiques », AZEMA (J.) et GALLOUX (J.-Ch.), *op. cit.*, p. 402, n° 570.

tel, constituant un acte de valorisation⁷⁹⁶. L'objet du contrat devant par ailleurs se trouver dans le commerce, il s'agira du volet patrimonial du droit de propriété intellectuelle⁷⁹⁷.

346. L'opportunité du caractère ubiquitaire du droit et/ou de l'objet incorporel réservé.

Le caractère immatériel des résultats d'investissements appréhendés par la propriété intellectuelle est une aubaine pour celui qui jouit du droit de réservation, et qui peut ainsi en assurer l'exploitation. Le même constat peut être formulé, dès lors que le droit de réservation est lui-même considéré dans son immatérialité. L'ubiquité du bien⁷⁹⁸, résidant dans la chose ou dans le droit, permet en effet au titulaire du droit de le valoriser par une multitude de contrats d'exploitation lorsqu'ils n'ont pas un caractère exclusif et ce, de façon simultanée. Le contrat de concession, autrement envisagé comme un contrat de licence, en constitue une parfaite illustration⁷⁹⁹. Le droit sur le résultat peut être cédé dans sa totalité : il s'agira de la figure de l'acquisition. Et il peut l'être de façon plus partielle : il s'agira d'une autorisation de jouissance circonstanciée et encadrée. La contrepartie de la cession onéreuse aura vocation à intégrer l'assiette du retour sur investissement, de même que la contrepartie de l'utilisation ponctuelle autorisée dans le cadre d'autres contrats⁸⁰⁰. La multitude des actes d'exploitation pouvant être supportés par le droit patrimonial participe des chances pour l'investisseur titulaire d'obtenir un retour de son investissement⁸⁰¹. Cela permet également de mutualiser les risques de

⁷⁹⁶ POLLAUD-DULIAN (F.), *La propriété intellectuelle, Le droit d'auteur, op. cit.*, p. 932, n° 1347 : « [...] il faut bien comprendre que les contrats d'exploitation ne portent que sur le monopole ou ses démembrements, sur les droits, et non pas sur l'œuvre elle-même. En d'autres termes, l'auteur ne cède (ou concède) pas l'œuvre mais tout ou partie du droit de l'exploiter. Le contrat porte donc sur le droit de reproduction ou sur le droit de représentation, et, comme les droits patrimoniaux peuvent être démembrés à l'infini, il porte généralement sur une partie définie de l'une de ces prérogatives » ; sur le sujet cf. égal. LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *op. cit.*, p. 37, n° 29.

⁷⁹⁷ À l'inverse, le droit moral est, lui, incessible. Néanmoins, il existe une tendance, discutée et expliquée notamment par la doctrine, qui consiste à contractualiser le droit moral en matière de droit d'auteur par exemple, au bénéfice de l'exploitant, afin que ce dernier puisse sécuriser matériellement et juridiquement ses intérêts, cf. not., CERVETTI (P.-D.), *Du bon usage de la contractualisation en droit de la propriété littéraire et artistique*, Coll. Innovation et brevets, Aix-en-Provence : PUAM, 2014, p. 225, n° 216 et s.

⁷⁹⁸ BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, p. 714, n° 1110, sur « l'ubiquité du bien intellectuel [...] », au sujet du contrat de concession, « donn[ant] à cette convention une fonction économique majeure [...] ».

⁷⁹⁹ Sur ce contrat, cf. not. BOISSON (A.), *La licence de droit d'auteur*, Bibl. dr. de l'entr., t. 86, Paris : LexisNexis, 2013 ; ABELLO (A.), *op. cit.*, p. 9, n° 23 et p. 125, n° 250 ; RAYNARD (J.), « De l'originalité de la licence de brevet en tant que louage de chose », in GEIGER (Ch.) et RODA (C.) (dir.), *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé, Mélanges Johanna SCHMIDT-SZALEWSKI*, Coll. CEIPI, t. 61, Paris : LexisNexis, 2014, p. 267 ; BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, p. 795, n° 1195 : « [...] Le contrat de licence conduit à la satisfaction simultanée d'intérêts complémentaires ».

⁸⁰⁰ Ainsi, en matière de concession, cf. not. BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, p. 798, n° 1200.

⁸⁰¹ ABELLO (A.), *op. cit.*, p. 159, n° 319 : « La licence est, pour celui qui la concède, un instrument de valorisation de l'investissement, car elle permet d'exploiter un droit de propriété intellectuelle par l'intermédiaire d'un tiers. La perspective de rémunération future qu'elle implique, autorise à innover et à investir dans le développement d'un bien. Ainsi, il importe que le titulaire du droit de propriété intellectuelle gère les droits qu'il détient sur des biens immatériels. Dans ce dessein, les contrats de licence permettent de les mettre en valeur ».

non-retour sur investissement, par compensation avec les résultats positifs qui seraient tirés de relations contractuelles fructueuses.

347. La contrepartie financière du contrat. Si l'obligation essentielle du titulaire du droit réside dans le fait de permettre l'accès à son droit ou au résultat d'investissement de façon conditionnée à son cocontractant, l'enjeu d'un tel acte pour lui réside dans la contrepartie prévue. Il s'agit en effet de la perception en contrepartie d'un avantage, la plupart du temps monétaire. La mise en œuvre du droit d'exploitation peut être assortie d'un caractère onéreux ou non en propriété littéraire et artistique notamment. Certes, la mise en œuvre des droits patrimoniaux pour l'exploitation (représentation et/ou reproduction concernant le droit d'auteur) peut se faire sans contrepartie, par la gratuité. C'est pourtant bien la mise en œuvre onéreuse de ce droit qui constitue pour le titulaire investisseur la condition de la rentabilité de l'investissement d'une part, dans la conception de l'objet, et d'autre part, dans son exploitation. Le prix est la contrepartie permettant à l'auteur de vivre, lorsqu'il est titulaire initial du droit. Mais, lorsque celui qui consent à l'utilisation du droit, et qui perçoit le prix en contrepartie, est l'investisseur économique titulaire du droit de réservation, à quelque titre que ce soit, cette contrepartie doit être considérée comme intégrant l'assiette de son retour sur investissement. Par ailleurs, au titre de la contrepartie de l'autorisation donnée par l'auteur d'exploiter le résultat, la loi exige en droit d'auteur, que la rémunération soit proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation. Tel est le cas dans le cadre des contrats dans lesquels l'auteur est partie⁸⁰². On notera que « le principe d'un prix proportionnel fait que l'auteur participe aux aléas de l'exploitation. Cette solution peut être favorable pour lui si l'exploitation est particulièrement fructueuse, elle le sera nettement moins en cas d'échec »⁸⁰³. En droit du brevet, la cession de celui-ci par le titulaire du titre lui offre en contrepartie la perception d'un prix, s'agissant d'une forme de contrat de vente de droit commun. Aussi, le prix peut se présenter sous la forme d'une somme forfaitaire. Il peut en outre être fixé par les parties sous forme de redevances dont le montant serait proportionnel « au chiffre d'affaires réalisé par le cessionnaire ou comprendre un montant forfaitaire et un montant progressif assis sur la rentabilité de l'invention »⁸⁰⁴. Cette dernière possibilité révèle bien que la contrepartie au contrat au bénéfice du titulaire investisseur est de nature à lui permettre de percevoir un retour sur investissement. Par ailleurs, la question de l'existence d'une obligation d'exploitation à la

⁸⁰² Art. L131-4 CPI.

⁸⁰³ BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 768, n° 1154.

⁸⁰⁴ AZÉMA (J.) et GALLOUX (J.-Ch.), op. cit., p. 409, n° 581.

charge du cessionnaire ou du concessionnaire représente un réel enjeu⁸⁰⁵. En effet, l'hypothèse d'une contrepartie à la mise à disposition de l'objet du contrat aura certainement un lien avec cette exploitation⁸⁰⁶. Ainsi, le débiteur du contrat bénéficiant de l'autorisation d'exploiter verse une rémunération au créancier titulaire initial qui, bien souvent, est fonction des revenus de l'exploitation entreprise⁸⁰⁷.

2) *La variété des modes contractuels d'exploitation au service de la rentabilité*

348. Le champ des possibles sur fond de liberté contractuelle et de droit commun. Le droit commun des contrats ayant vocation à s'appliquer⁸⁰⁸, de même que le principe de liberté contractuelle⁸⁰⁹, le titulaire du droit patrimonial jouit d'une grande liberté pour exploiter son droit. Les différentes figures possibles d'exploitation contractuelles, qu'elles soient classiques(a), ou plus atypiques (b), révèlent chacune à leur manière leur contribution à la production du retour sur investissement attendu par l'investisseur. Si les figures classiques sont d'une utilisation récurrente et incontournable, les figures plus atypiques se révèlent parfois plus intéressantes pour gérer la rentabilité de l'investissement, selon un équilibre pouvant sembler mieux pensé.

a. Des figures contractuelles classiques

349. L'exploitation contractuelle du droit sous deux figures classiques : cession et concession. Les figures contractuelles de la cession et de la concession se distinguent par l'existence ou l'absence d'un effet translatif de propriété⁸¹⁰. Dans le premier cas, le titulaire du droit pourra opérer contractuellement le transfert de son droit réel : il s'agira d'une vente. Dans cette hypothèse, le prix de la vente pourra constituer pour le cédant, en tant qu'investisseur dans le résultat d'investissement protégé, tout ou partie de l'assiette du retour qu'il attend de sa

⁸⁰⁵ POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, Le Droit d'auteur, op. cit.*, p. 956, n° 1390.

⁸⁰⁶ BLANC-JOUVAN (G.), « Le statut de l'exploitant des droits de propriété intellectuelle », in *Le code de commerce, livre du bicentenaire, 1807-2007*, Paris : Dalloz, 2007, p. 455, spé. p. 459, au sujet de l'article L131-3 du CPI en matière de droit d'auteur : « L'obligation d'exploitation [...] s'explique par le fait que la rémunération versée à l'auteur est en principe basée sur les résultats d'exploitation. Elle leur est proportionnelle [...] » et p. 460, « On retrouve ici l'idée selon laquelle pèse sur tout exploitant de droits d'auteur une obligation de mettre l'œuvre en valeur ».

⁸⁰⁷ BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, p. 810, n° 1216.

⁸⁰⁸ Sous réserves de règles particulières et impératives.

⁸⁰⁹ *Ibid.*

⁸¹⁰ CARON (Ch.), *op. cit.*, p. 273, n° 300 ; BLANC (N.), *op. cit.*, p. 244, n° 281 et suivant, sur la *summa divisio* entre cession et licence en droit d'auteur, relevant le critère d'effet translatif de propriété ou non distinguant les deux types de contrats.

dépense initiale. Dans le second cas, le titulaire du droit pourra l'exploiter en autorisant contractuellement un tiers à exercer certains actes non-translatifs de propriété. Dans cette hypothèse, il n'y a pas de transfert de droit au sens d'une cession, mais simplement autorisation d'utilisation. Ce cas s'assimile fréquemment à la concession, ou encore au contrat de location, de louage, et en propriété intellectuelle, à la licence. La redevance versée par le cessionnaire, au titre du droit d'exploitation concédé, aura vocation à constituer pour l'investisseur cédant, tout ou partie de l'assiette du retour qu'il attend de sa dépense initiale. Si le Code de la propriété intellectuelle ne précise pas de différence dans les contrats en matière de propriété littéraire et artistique, ne mentionnant en effet que la cession, il faut toutefois constater que la pratique, ainsi que la doctrine, distinguent globalement entre cession et concession⁸¹¹. À la différence du droit d'auteur, la loi distingue bien cession et concession de brevet⁸¹². Le régime de ces contrats classiques est soumis de manière générale au principe de la liberté contractuelle, néanmoins parfois limité légalement par certains impératifs. Étudiés de façon sommaire, ces modes contractuels d'exploitation des droits patrimoniaux révèlent leur contribution à la gestion du retour sur investissement attendu par l'investisseur. D'autres modes se révèlent cependant plus originaux et plus subtils, pour matérialiser la phase de rentabilité de l'investissement⁸¹³.

b. Des exemples de contrats plus atypiques

350. Le cas des licences « non-volontaires ». La figure contractuelle de la licence est spontanément abordée sous son angle « volontariste ». Néanmoins, il convient également de mentionner l'existence de licences ayant pour spécificité de ne pas résulter de l'initiative, ni de la pleine liberté du titulaire du droit. On pourrait d'ailleurs s'interroger sur la question de savoir si ces actes d'exploitation peuvent être qualifiés de « contrats ». Le propre de ces licences est en effet de ne pas impliquer le nécessaire consentement du titulaire du droit. En l'occurrence, le consentement du titulaire du droit n'est en fait pas requis pour permettre au tiers d'utiliser l'objet réservé. Si contrat il y a, nonobstant l'absence de véritable consentement formulé par le titulaire du droit, il est forcé. Un motif d'une légitimité supérieure au caractère exclusif de la prérogative justifie cette forme de dispense de consentement. Ces types de licences ont une nature exceptionnelle. Il est possible d'identifier celles dites obligatoires et d'autres dites

⁸¹¹ À ce sujet cf. LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *op. cit.*, p. 608, n° 723 et s. ; VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 702-706, n° 684.

⁸¹² Art. L613-8 CPI ; PASSA (J.), *op. cit.*, t. 2, p. 612, n° 552 et s. et p. 626, n° 572 et s.

⁸¹³ BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 752, n° 1126, sur l'existence de tendances contractuelles procédant de la liberté contractuelle et de l'adaptabilité du contrat, permettant notamment « la prise en compte de la valeur des biens intellectuels pour en faire des moyens directs ou indirects de financement ».

d'office⁸¹⁴. La première catégorie renvoie aux licences prononcées par une autorité judiciaire ou assimilée, et la seconde, à celles prononcées par les autorités administratives⁸¹⁵. Ces licences non-volontaires sont également interprétées tantôt comme des instruments permettant la satisfaction d'un intérêt qui prévaut sur celui du titulaire du droit⁸¹⁶, tantôt comme une sanction du titulaire du droit, par exemple, en matière de non-exploitation du brevet⁸¹⁷. De manière générale, en instaurant une limite à l'exercice du droit patrimonial du titulaire de tirer profit de la valorisation de son bien, il s'agit de favoriser l'exploitation et d'éviter les effets bloquants, afin de satisfaire différents intérêts sociaux et collectifs.

351. Caractère atypique de la licence non-volontaire comme mode de valorisation. La mise en œuvre de ces types de licences est potentiellement susceptible de provoquer pour l'investisseur titulaire un manque à gagner. Privé, en quelque sorte, de sa liberté d'interdire ou d'autoriser à ses conditions l'utilisation du bien intellectuel ou du droit d'exploitation, le titulaire peut subir un préjudice au regard de ses intérêts patrimoniaux. En dehors des mécanismes de licences légales, le titulaire du droit jouit néanmoins de la perception d'une contrepartie. S'agissant au contraire des mécanismes de licences légales, afin de pallier le désagrément potentiel provoqué par l'atteinte au caractère individuel du droit exclusif, est prévue une forme de compensation. Cette dernière se manifeste sous la forme d'une rémunération contre l'usage décidé autoritairement de son bien. Il en dérive la transformation de l'exclusivité en « droit à rémunération »⁸¹⁸. Néanmoins, on remarquera que le titulaire ne peut négocier le montant de la redevance qui lui sera allouée. Dans le cadre des licences légales, la loi prévoit que cette contrepartie est perçue par des sociétés de gestion collective ayant ensuite la charge de les répartir. Ces contreparties ne sont toutefois pas allouées directement aux titulaires⁸¹⁹. L'existence même d'une forme de rémunération, instituée en contrepartie de la jouissance forcée du droit par les tiers au titulaire investisseur révèle, selon nous, que le droit de la propriété intellectuelle n'ignore pas l'impératif de rentabilité d'un investissement au moyen de l'exploitation. Cette contrepartie, analysée comme une compensation financière⁸²⁰, illustre le respect de la nécessité d'assurer un retour sur investissement minimum par une

⁸¹⁴ On peut également distinguer les licences qualifiées de « marché », et celle « imposées », celles de « dépendance », celles « automatiques », « légales » ou encore « d'ordre public ». À ce sujet, cf. not. BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, p. 833, n° 1250 et s. ; CARON (Ch.), *op. cit.*, p. 269 et s., n° 298.

⁸¹⁵ ABELLO (A.), *op. cit.*, p. 203, n° 396 et s. ; par exemple, la licence pour copie privée ou pour prêt.

⁸¹⁶ *Id.*, p. 205, n° 397.

⁸¹⁷ *Id.*, p. 225, n° 434.

⁸¹⁸ VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 698, n° 681.

⁸¹⁹ CARON (Ch.), *op. cit.*, p. 260, n° 297, spé. p. 261.

⁸²⁰ POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, Le droit d'auteur, op. cit.*, p. 692, n° 927.

rémunération. Si l'assurance du retour n'est pas organisée de façon très optimale et directe, il nous faut toutefois reconnaître que l'idée semble présente. L'existence de cette contrepartie traduit un mouvement de recherche d'un droit à rémunération symptomatique de l'attachement du droit de la propriété intellectuelle à faire de cette discipline, un outil de faveur au retour sur investissement.

352. L'exploitation par le contrat de société. La mobilisation du mécanisme de l'apport en société du bien intellectuel, ou du droit de réservation, peut s'avérer un choix judicieux pour l'exploitation. Il constitue un mode de gestion de la phase de rentabilité de l'investissement. Il favorise le développement entrepreneurial, incitant des collaborateurs à s'unir autour de la conception d'un résultat d'investissement et de son exploitation. Il tend à répondre aux besoins des acteurs économiques assumant des fonctions d'investissement, autant qu'à ceux du créateur⁸²¹. À ce titre, il offre la possibilité de dépasser le clivage pouvant exister entre les intérêts de ces acteurs intéressés aux retombées économiques de l'exploitation du bien intellectuel. Le contrat de société repose sur le mécanisme de l'apport du droit d'exploitation à la constitution du capital d'une société⁸²². Par cet apport pouvant être de différentes natures⁸²³, et recéler différents effets, le titulaire du droit d'exploitation offre la possibilité à la société d'en jouir, en échange de l'acquisition de droits sociaux. L'objet de l'apport est la mise à disposition de façon plus ou moins étendue du résultat d'investissement, voire du droit d'exploitation sur celui-ci, pour organiser son exploitation et en tirer une valeur. Le titulaire du droit apporté devient ainsi associé de la société. La contrepartie de cet apport intéressant le titulaire investisseur réside dans la perception d'un retour sur investissement par le biais de certains avantages lui étant dus. Ces derniers peuvent par exemple être constitués des bénéfices perçus grâce aux droits sociaux acquis⁸²⁴. L'intérêt du recours à l'apport en société des droits d'exploitations pour l'investisseur titulaire réside notamment dans le fait que « les parts sociales attribuent à l'apporteur des droits politiques, financiers et patrimoniaux lui conférant une position contractuelle et une rémunération supérieures à celles d'un simple cédant ou concédant »⁸²⁵. Qualifiant le mécanisme de l'apport du droit de propriété intellectuelle de

⁸²¹ BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 915, n° 1374 : « Le créateur a besoin des fonds de l'investisseur pour mener à bien son projet, mais l'investisseur est dépendant du créateur pour obtenir un retour sur investissement ».

⁸²² Sur le contrat de société mobilisés dans le cadre de l'exploitation des biens intellectuels, cf. BINCTIN (N.), *Le capital intellectuel* ; du même auteur, *Droit de la propriété intellectuelle*, p. 914, n° 1373 et s. ; en matière d'apport de brevet, AZÉMA (J.) et GALLOUX (J.-Ch.), op. cit., p. 427, n° 610 et s. ; PASSA (J.), op. cit., t. 2, p. 656, n° 608.

⁸²³ COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Coll. Manuel, 29^e éd., Paris : LexisNexis, 2016, p. 66, n° 132 et s.

⁸²⁴ BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 916, n° 1375.

⁸²⁵ *Ibid.*

« constitution du capital intellectuel », Monsieur le Professeur Nicolas Binctin souligne qu'il « offre une chance de maîtriser l'exploitation d'un bien intellectuel et de bénéficier au mieux des fruits qui en résultent »⁸²⁶. En ce sens, il est possible de voir dans cette figure contractuelle atypique, quoique reposant largement sur les mécanismes classiques du droit des contrats et du droit des sociétés, un mode attractif pour favoriser la perception du retour sur investissement⁸²⁷.

353. La « gestion collective » des droits au service de la valorisation des droits d'exploitation et de la rentabilité de l'investissement. L'existence de la gestion collective des droits apparaît opportune pour favoriser la phase d'exploitation des droits au bénéfice du titulaire⁸²⁸. L'exploitation des droits patrimoniaux de propriété intellectuelle peut s'organiser par leur titulaire de façon individuelle. Le titulaire dans cette hypothèse gère lui-même, de façon indépendante, la valorisation de son droit pour obtenir une rentabilité de son opération d'investissement. Toutefois, il existe en propriété intellectuelle, et spécialement en propriété littéraire et artistique, une tendance à la collectivisation de l'exploitation. Cette gestion collective est un élément essentiel de la valorisation des biens intellectuels tendant au bénéfice d'un retour sur investissement pour l'investisseur titulaire du droit. Ce dernier peut en effet choisir un mode collectif d'exploitation, par l'intermédiaire de structures dédiées à cet effet. Cela est de nature à faciliter la valorisation pour le titulaire du droit. L'exploitation collective offre la possibilité pour le titulaire du droit de toucher un plus large public d'exploitants et d'utilisateurs. Il en découle une facilité de gestion⁸²⁹. La rentabilité de l'investissement s'en trouve potentiellement optimisée. Ce recours est laissé à la discrétion du titulaire, mais parfois, la loi y contraint, notamment en matière de propriété littéraire et artistique. La gestion est alors assumée par une entité dédiée à ces fonctions. Le fonctionnement de l'exploitation collective des droits de propriété intellectuelle par l'intermédiaire de ces entités semble s'appuyer sur le mécanisme contractuel. La nature des relations entre l'entité et le titulaire du droit, ainsi qu'entre l'entité et les utilisateurs, est souvent discutée⁸³⁰. Le titulaire souhaitant avoir recours à cette modalité d'exploitation doit apporter contractuellement les droits de propriété intellectuelle à l'organisme gestionnaire. Ce dernier se chargera d'assurer, contractuellement là aussi, au nom et pour le compte du titulaire, la délivrance d'autorisation d'actes d'exploitation des droits par les tiers utilisateurs. Le cas échéant, il gère également la perception des

⁸²⁶ BINCTIN (N.), *Le capital intellectuel*, op. cit., p. 391, n°345.

⁸²⁷ Cette technique est au cœur des opérations de « *crowdfunding* » (financement participatif), et du phénomène des « *Patents Trolls* ».

⁸²⁸ Sur la gestion collective, cf. not. LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), op. cit., p. 803, n° 1019 et s.

⁸²⁹ BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 877, n° 1305.

⁸³⁰ *Id.*, p. 885, n° 1317 et s.

contreparties onéreuses et leurs répartitions. La possibilité d'avoir recours aux services des organismes de gestion collective des droits pour le titulaire est une aubaine, car ce mode d'exploitation collectif lui offre plus de chance, en aval, de percevoir un retour de son investissement. En effet, la collectivisation de l'exploitation « offre un coût d'exploitation marginal qui assure une rentabilité à la plupart des utilisations. En partageant l'ensemble des coûts contractuels d'exploitation, les propriétaires de biens intellectuels ont plus de chances de pouvoir dégager un bénéfice net de l'exploitation de leurs actifs »⁸³¹. Le recours au mode de gestion collective de l'exploitation des droits patrimoniaux de propriété intellectuelle est attractif pour l'investisseur. Il s'inscrit dans le cadre de la mobilisation d'une technique d'apport en société, et dans celui d'une gestion de l'exploitation des droits devant aboutir à la naissance du retour sur investissement. Les droits patrimoniaux de propriété intellectuelle constituent, en définitive, la condition de l'existence d'un retour sur investissement au profit du titulaire du droit. Il est également possible de constater que le droit de la propriété intellectuelle se positionne comme une technique d'organisation des suites de l'exploitation. Cette technique tend à offrir une gestion optimale et bénéfique de la rentabilité de l'opération.

II. Une technique d'organisation des suites de l'exploitation

354. Encadrement de l'issue de l'exploitation dans la perspective de rentabilité : la gestion du retour et du non-retour sur investissement. L'exercice de valorisation des droits patrimoniaux par des actes d'exploitation est mené dans le but de faire naître le retour sur investissement. Toutefois, l'investissement étant une opération risquée par nature, l'existence du retour s'avère incertain. Il s'agit en effet d'une opération soumise aux risques et dépendant d'aléas de natures positives ou négatives. L'issue de l'exploitation, souhaitée positive, repose en effet sur des facteurs de risques : le choix du public et des consommateurs, l'état du marché ainsi que les comportements nocifs de tiers. Ces facteurs peuvent dès lors perturber les perspectives de rentabilité. Une exploitation paisible et prospère permettra à l'investisseur économique de bénéficier d'un retour sur investissement. En revanche, une exploitation non fructueuse, pour différentes causes, sera de nature à empêcher le retour sur investissement. Dans chacune des hypothèses, la sécurisation de l'intérêt de l'investisseur se traduit par des règles juridiques visant à assurer à l'opérateur le bénéfice du retour sur investissement (A), ou à

⁸³¹ *Id.*, p. 877, n° 1305, poursuivant : « À défaut, les coûts de gestion seraient, pour la grande majorité d'entre eux, supérieurs aux produits de l'exploitation. Leur activité serait déficitaire et ils devraient y mettre un terme. La gestion collective écarte ce risque d'une exploitation structurellement déficitaire qui sonnerait le glas de la création ».

permettre l'imputation de la charge de non-retour à un tiers (**B**). Il s'agira de constater que le droit, dans ces deux hypothèses distinctes, tend à offrir un environnement favorable à l'investisseur pour la réalisation de son intérêt⁸³².

A. Le bénéfice du retour sur investissement

355. Modalités du bénéfice et du partage des fruits de l'exploitation. L'ordre juridique, et plus spécialement le système juridique de la propriété intellectuelle, contiennent des règles organisant le bénéfice du retour sur investissement au profit de son auteur, lorsque l'exploitation produit ses fruits. Peuvent être identifiées, globalement, les modalités du bénéfice des fruits de l'exploitation (1). Plus spécialement, peuvent être mentionnées les modalités du partage des bénéfices, le cas échéant (2).

1) Les modalités du bénéfice des fruits de l'exploitation

356. Le rôle clé du droit de réservation. L'enjeu de la réservation du résultat d'investissement au profit de son auteur réside dans la possibilité d'obtenir un enrichissement de l'exploitation du droit. Cet éventuel profit constitue le « retour sur investissement » attendu par l'investisseur. Le retour englobe, selon nous, à la fois le recouvrement de la dépense initiale, mais également la plus-value pouvant naître de l'opération⁸³³, au-delà de la compensation. Il présente une nature essentiellement pécuniaire. Le droit de propriété intellectuelle dont est titulaire l'investisseur lui offre la possibilité de jouir du profit. Titulaire du droit assurant la réservation du résultat d'investissement, l'investisseur est non seulement légitime, mais aussi juridiquement fondé à percevoir les bénéfices de leur valorisation⁸³⁴.

⁸³² Nous constaterons ici que les problématiques liées à la réservation du résultat d'investissement, et surtout à celles relevant de l'identification du titulaire, se révèlent sur le terrain de la répartition du retour bénéfique sur investissement, ou plus défavorablement, sur le terrain de la charge du non-retour (GAUDRAT (Ph.) et MASSÉ (J.), *La titularité des droits sur les œuvres réalisées dans les liens d'un engagement de création*, Rapport à Madame la Ministre de la Culture, Madame la Ministre de la Justice et Monsieur le Secrétaire d'Etat à l'Industrie, 2000, synthèse du rapport disponible en ligne, https://cours.unjf.fr/file.php/133/Cours/D122_amblard/res/Rapport%20Gaudrat%20Masse.pdf, spé. p. 42 : « Pour la création de valeur, auteurs et exploitants sont intrinsèquement partenaires, ils sont en coopération. Pour le partage de cette valeur une fois celle-ci créée, ils sont en conflit, en compétition »). Le droit commun ou le droit spécial apportent ainsi certaines règles pour solutionner la répartition des bénéfices et des pertes. Il s'agit d'assurer l'organisation des suites positives ou négatives de la valorisation du résultat d'investissement au stade de l'exploitation.

⁸³³ Sur la notion de plus-value, cf. not. CHAFFOIS (B.), *La plus-value, étude juridique*, Coll. Bibl. droit privé, t. 607, Paris La Défense : LGDJ, 2020, p. 2, n° 2, la définissant comme « une valeur d'une intensité supérieure ».

⁸³⁴ *Id.*, p. 175, n° 228 et s., sur la propriété et son effet d'exclusivité comme fondement du bénéfice de la plus-value pour le titulaire du droit de maîtrise.

357. Mécanismes juridiques fondant le bénéfice du retour sur investissement. La question qui se pose est celle de déterminer sur quel fondement l'investisseur titulaire du droit de réservation sur le résultat d'investissement a vocation au bénéfice des retombées positives de son opération. Au-delà de la réponse juridique, la solution semble ressortir d'idées de justice et de bon sens. Les moyens mis à disposition par le droit pour tendre à la protection de l'intérêt de l'investisseur doivent converger vers la mise en œuvre de l'idée de « droit au » retour sur investissement. Pour garantir à l'investisseur la préservation de son intérêt, il semble logique que son régime juridique s'organise « essentiellement autour de l'idée d'orienter les profits découlant de l'investissement vers le patrimoine de l'investisseur »⁸³⁵. Bénéficiant de la maîtrise juridique et économique de son droit et du résultat d'investissement, autrement dit du bien, l'investisseur jouit de ses utilités, notamment économiques. L'investisseur a vocation aux bénéfices de l'exploitation du droit dès lors, logiquement, qu'il en est le titulaire. Il convient en outre de souligner que le bénéfice du retour repose sur la nature frugifère du bien exploité. Le retour découle en effet des fruits de l'exploitation des droits patrimoniaux à l'appui du contrat⁸³⁶.

358. La question du statut des fruits. Se pose, plus spécialement, la question du statut de ces fruits, le retour étant constitué du résultat de la mise en œuvre du pouvoir de faire fructifier le bien. Il raisonne comme une évidence que le fruit civil découlant de l'exploitation du droit soit acquis au titulaire du droit⁸³⁷. Dans ce cadre, il est aisé de considérer que les fruits ont le statut d'accessoire au bien frugifère⁸³⁸. Ce faisant, son titulaire est voué à en récolter ces fruits, l'accessoire devant suivre le principal. Les fruits semblent donc logiquement devoir être drainés vers le patrimoine de l'investisseur titulaire du droit d'exploitation. Ces fruits peuvent être vus

⁸³⁵ GRUNDELER (G.), *op. cit.*, p. 32-33, n° 7, poursuivant : « La solution procéderait évidemment d'une idée d'efficacité économique, car l'assurance de se voir attribuer le retour sur l'investissement est un encouragement à investir, mais elle relèverait également d'une idée de justice élémentaire, car là où se trouve la charge, là doit être placé le profit. [...] Le rôle du droit en la matière devrait donc consister à protéger l'enrichissement attendu de l'investissement. » ; v. également à ce sujet LEMENNICIER (B.), *Économie du droit*, Paris : éd. CUJAS, 1991, p. 30 et s.

⁸³⁶ Sur la notion de fruits dans le domaine des propriétés intellectuelles, cf. not. VANBRABANT (B.), *La propriété intellectuelle*, t. 2, *Régime patrimonial*, Coll. Création Information Communication, Bruxelles : Larcier, 2018, p. 97, et s. : « La concession, à des tiers, de la jouissance des propriétés intellectuelles, lorsqu'elle a lieu à titre onéreux, semble bien être, pour leur maître, la source de tels "fruits" ».

⁸³⁷ GRIMALDI (C.), *Droit des biens*, Coll. Manuel, 2^e éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2019, p. 47, n° 38, sur l'appropriation des fruits résultat du droit de faire fructifier le bien (fructus) ; pour une définition des fruits civils comme procédant de la « valorisation du bien par son utilisation juridique », cf. JAOUL (M.), *op. cit.*, p. 318, n° 502 : « Les fruits civils peuvent alors se définir comme la contrepartie de la mise à disposition d'un bien pour une durée limitée », et, sur la nature civile des fruits de l'exploitation par contrat d'un bien incorporel frugifère, p. 375, n° 573 et s. ; DROSS (W.), *op. cit.*, p. 19, n° 15, sur les fruits civils : « Ceux-ci ne voient le jour que grâce à un contrat par lequel un tiers est autorisé à jouir de la chose en contrepartie du versement d'une certaine somme au propriétaire » et p. 20, n° 15-2, sur la place du capital dans les fruits.

⁸³⁸ JAOUL (M.), *op. cit.*, spé. p. 8-9, n°12 et p. 11, n°16, plaidant pour une conception des fruits comme des biens à part entière, bien qu'ils puissent être considérés comme accessoires au bien frugifère.

comme la contrepartie du contrat de mise à disposition du bien frugifère⁸³⁹, justifiant alors que le titulaire investisseur les perçoive⁸⁴⁰.

2) Les modalités du partage des bénéfices

359. Le partage des bénéfices du retour sur investissement en question. Dans différentes hypothèses, la question du partage du bénéfice du retour sur investissement peut se poser. Tel est le cas, lorsque le résultat d'investissement réservé est issu d'apports de personnes différentes. Comment, dès lors, déterminer les parts de bénéfices de retours sur investissement lorsque le résultat d'investissement exploité est apparu à l'appui d'une combinaison d'investissements ? Dans le cadre d'une création de dépendance nécessitant un investissement intellectuel du créateur et un investissement économique d'un producteur, qui de ces deux acteurs a vocation à bénéficier des recettes de l'exploitation ? S'il s'avère que chacun peut en bénéficier, il faudra encore déterminer dans quelle proportion. La question intervient surtout dans le cadre du droit d'auteur, car le principe de la loi en la matière veut que le créateur intellectuel soit titulaire *ab initio* du droit de réservation et d'exploitation. Le partage des bénéfices de l'exploitation constituant tout ou partie du retour des investissements combinés a alors vocation à être assuré par la loi et/ou par le contrat. La solution vaut lorsque le résultat d'investissement dont le droit de réservation est exploité, s'avère être le fruit d'une pluralité d'investissements assumés par différents acteurs. Elle vaut également lorsque l'exploitation est le fait d'un partenaire contractuel du ou des investisseurs. Tant les investisseurs à la conception du résultat d'investissement, que les investisseurs à l'exploitation, entendront se tailler des parts dans le bénéfice du retour sur investissement.

360. L'hypothèse de partage des bénéfices dans le cadre d'une exploitation indirecte. L'investisseur titulaire du droit est en mesure d'autoriser licitement et contractuellement l'utilisation du droit patrimonial à un tiers, qui en assurera la valorisation dans le cadre de son activité économique indépendante, et à ses risques et périls. À ce titre, il s'agira de déterminer si et dans quelle mesure, l'investisseur titulaire initial a vocation à percevoir des fruits de

⁸³⁹ *Id.*, p. 223, n° 332 et s., et surtout à titre conclusif, p. 224, n° 333.

⁸⁴⁰ DROSS (W.), *op. cit.*, p. 22, n° 16, au demeurant, on peut considérer que « la question de l'appropriation des fruits ne devrait appeler aucun commentaire. Dès l'instant que les fruits sont une utilité de la chose et que les utilités de la chose, sauf à avoir été démembrées au profit d'un tiers, sont réservées au propriétaire, il est clair que seul celui-ci peut légitimement y prétendre », et p. 23, n° 16-1 : « La production de fruits est une utilité avérée de certains biens, et dès l'instant que les utilités des biens sont par principe réservées au propriétaire, celui-ci doit être reconnu maître des fruits. Il est inutile d'aller chercher ailleurs le fondement du droit du propriétaire à accaparer les fruits de la chose ».

l'activité entreprise par le tiers autorisé⁸⁴¹. Le régime du droit d'auteur, par exemple, prévoit des réponses à cette question, notamment au travers des règles de rémunération proportionnelle dans les contrats d'exploitation⁸⁴². Le mécanisme de la participation proportionnelle aux résultats de l'exploitation est prévu légalement pour certains contrats d'auteur à l'article L131-4 du Code de la propriété intellectuelle. Une rémunération proportionnelle garantit un minimum de retour sur investissement à l'auteur, d'autant plus s'il a été son propre investisseur économique. Au sein du contrat d'édition, l'éditeur doit rémunérer l'auteur en contrepartie de l'autorisation d'exploitation consentie, de façon proportionnelle aux recettes des ventes. Cette rémunération proportionnelle lui garantit ainsi un minimum de retour sur investissement, que la dépense initiale de l'auteur ait été de nature intellectuelle et/ou financière. L'auteur percevra un retour de nature monétaire et donc financier. On remarquera que dans le cadre de ce contrat spécial d'exploitation du droit d'auteur, les risques de pertes d'investissement dans l'exploitation pèsent sur l'éditeur qui a investi seul dans l'exploitation⁸⁴³.

361. L'hypothèse du fondement commun des bénéfices du retour et des charges de non-retour. Le droit de la propriété intellectuelle organise, parfois très spécialement, non seulement le partage du bénéfice du retour sur investissement, mais également la gestion des risques de pertes, c'est-à-dire de non-retour. Au demeurant, si l'investisseur a vocation à récolter les bénéfices de l'exploitation du droit de réservation, c'est également parce qu'il est censé assumer, le cas échéant, la charge d'une éventuelle perte. Puisque l'investisseur assume la charge des dépenses, il a vocation à en récolter les bénéfices. Un adage romain exprime en effet le fondement de ce raisonnement. Il fonde les lois organisant la gestion des bénéfices et des risques et leur imputation : « là où est le risque, là doit être le profit »⁸⁴⁴. Si l'investisseur, pour avoir vocation au profit, doit assumer l'éventualité de la perte tenant à son activité risquée, il n'en demeure pas moins que le droit semble faire en sorte que cette charge soit allégée. Tel est le cas lorsqu'il s'avère que le non-retour trouve sa source, en dehors du choix volatile des consommateurs, dans le comportement de tiers entravant l'existence d'un retour ou même le détournant de la perception par l'investisseur. L'ordre juridique permet de résoudre cette

⁸⁴¹ ROCHFELD (J.), *op. cit.*, p. 322, et p. 324, sur le partage des utilités d'un bien appartenant à autrui.

⁸⁴² Et notamment dans les contrats spéciaux comme le contrat d'édition.

⁸⁴³ Sur cette logique, applicable au contrat de compte à demi, cf. art. L132-3 CPI. Au sein de ce contrat, l'éditeur investit dans l'exploitation, mais il s'engage aux côtés de l'auteur à partager les bénéfices et les pertes. Pour l'auteur, sa situation ne change pas par rapport à la vocation aux bénéfices, mais elle change quant à la charge d'éventuelles pertes. L'auteur doit en effet la supporter aux côtés de l'éditeur. Quant à l'éditeur, son investissement dans l'exploitation est limité du point de vue des risques de non-retour, la charge des pertes n'étant pas assumée exclusivement par lui, mais partagée avec l'auteur.

⁸⁴⁴ « *Commodum ejus esse debet cujus periculum est* » ; à ce sujet, cf. MARTIN (A.-C.), *L'imputation des risques entre contractants*, Coll. Bibl. droit privé, t. 508, Paris : LGDJ, 2009, p. 11.

situation en amenant par exemple ce parasite à rétablir une situation « normale »⁸⁴⁵. Il s'agit alors de traiter la question de l'imputation de la charge du non-retour sur investissement.

B. La charge du non-retour sur investissement

362. Le traitement du non-retour. Le droit de la propriété intellectuelle tend à organiser et répartir *a priori* et *a posteriori* la charge du non-retour sur investissement préjudiciable à l'investisseur. Il s'agira de s'intéresser, d'abord, à la question de son imputation⁸⁴⁶(1). Ensuite, pourront être examinés les moyens juridiques mis en œuvre pour imputer cette charge à quelqu'un d'autre que l'investisseur, dans un souci de préservation de son intérêt (2).

1) La question de l'imputation de la charge du non-retour

363. Cheminement de l'idée d'imputation de la charge. Pour exposer la façon dont le droit s'y prend pour imputer cette charge, il convient préalablement d'identifier à quoi réfère le « non-retour » sur investissement, à partir de sa consistance et de sa source (a). Afin de limiter les conséquences préjudiciables qu'implique ce non-retour à l'égard de l'investisseur, des solutions sécuritaires offertes a minima par le droit peuvent être examinées (b).

a. L'identification du non-retour sur investissement

364. La consistance et la source du non-retour sur investissement indiquant la personne devant en supporter la charge. Les actes d'exploitation du droit réservant le résultat d'investissement sont soumis au risque et aux aléas tant positifs que négatifs. Une exploitation fructueuse dépend de l'état d'un marché. Pour percevoir un retour effectif, l'objet commercialisé, et offert au public, doit rencontrer un succès. Les recettes de l'exploitation composent le retour attendu. L'apparition de ce succès est néanmoins suspendue aux comportements aléatoires des autres acteurs économiques évoluant sur le marché. Ces comportements sont susceptibles d'entraver le processus de rentabilité de l'investissement. L'aléa, dans son acception négative⁸⁴⁷, peut se manifester par le fait que le public utilisateur ne

⁸⁴⁵ C'est ainsi ce qui se passe dans la mise en œuvre des conséquences civiles de la contrefaçon que nous avons déjà pu exposer. A cet effet d'ailleurs, on peut à nouveau souligner la convocation des mécanismes de la responsabilité civile.

⁸⁴⁶ Sur l'emploi de la notion d'imputabilité, cf. BERLIOZ (P.), *La notion de bien*, Coll. Bibl. droit privé, t. 489, Paris : LGDJ, 2007, p. 169, mentionnant l'idée de logique qui consiste à mettre à la charge de quelqu'un un fait positif ou négatif.

⁸⁴⁷ GAUDRAT (Ph.) et SARDAIN (F.), *op. cit.*, p. 680, n° 1107, sur le « risque » : « il ne s'apprécie pas dans

témoigne pas de ferveur à l'égard de l'objet offert contre rémunération. Aussi, et cette autre manifestation tend à être combattue par l'investisseur à l'appui du droit, l'aléa défavorable peut résider dans le comportement des concurrents sur un marché. Tout au moins, il réside dans celui des agents cherchant à détourner les fruits de l'exploitation du résultat d'investissement réservé. Ce dernier représente un effet un avantage concurrentiel pour l'investisseur titulaire, mais aussi pour le tiers parvenant à s'en emparer et à en user à son bénéfice. Ce comportement est de nature à entraver le déroulement « normal » de l'activité d'exploitation. Plus précisément, le « non-retour » sur investissement résulte d'un manque de perception de recettes d'exploitation pour l'investisseur. Il ne lui permet pas de compenser ses dépenses engagées initialement dans l'opération, avec les recettes de l'exploitation du résultat d'investissement en découlant⁸⁴⁸. Il peut, au-delà, se manifester par un défaut de profit supplémentaire, une fois dépassée la compensation. Juridiquement, le « non-retour » peut être placé dans les catégories de perte subie, de gain manqué voire, même, de perte de chance d'un gain⁸⁴⁹. L'investisseur subit en effet un manque à gagner trouvant sa source dans les comportements des autres agents sur le marché : les consommateurs ou les passagers clandestins. Au sein de l'action en contrefaçon ou en responsabilité civile, le non-retour peut être la traduction de la lésion de son intérêt. Il s'agit d'un préjudice devant évité, et le cas échéant réparé⁸⁵⁰, dans une perspective incitatrice. Dans ce cadre intervient la finalité sécuritaire du droit⁸⁵¹.

b. L'examen des solutions sécuritaires

365. La nécessaire et paradoxale intervention juridique. Pour voir ses intérêts protégés, l'investisseur a besoin que le droit assure la répartition de la charge éventuelle de non-retour. Cependant, il est pertinent de se demander pour quelle raison l'investisseur pourrait être

l'élaboration du produit informationnel (comme l'initiative) mais dans son exploitation. Le risque consiste fondamentalement dans l'aléa affectant le retour sur investissement : l'exploitation peut ne pas induire le « retour » attendu, en positif, comme en négatif ».

⁸⁴⁸ LEDAN (J.), *op. cit.*, p.157, n° 233 : « S'agissant des investissements mobiliers, le risque de perte en capital peut, par exemple, résulter du vol, de la détérioration, de la destruction ou encore du défaut d'authenticité du « bien d'investissement » ; dans le domaine des objets d'investissement de nature immatérielle, on peut citer les comportements « copistes », cf. MONELLI (Y.), *op. cit.*, p. 10-11.

⁸⁴⁹ VITALE (L.), *La perte de chance en droit privé*, Coll. Bibl. droit privé, t. 602, Paris La Défense : LGDJ, 2020.

⁸⁵⁰ Cf. RODÀ (C.), *Les conséquences civiles de la contrefaçon des droits de propriété industrielle*, Coll. du CEIPI, t. 58, Paris : LexisNexis, 2011, p. 184 et s. n°197 et s. listant les différents types de préjudices exclusivement économiques.

⁸⁵¹ GRUNDELER (G.), *op. cit.*, p. 409, n°396 : « Par ailleurs, dans les cas où l'investissement s'avère décevant, il est somme toute assez fréquent que l'investisseur puisse transférer sur un tiers tout ou partie de la charge liée au non-retour sur investissement. Le transfert est possible chaque fois qu'un tiers a commis une faute qui se trouve à l'origine de la réalisation malheureuse ou de la perte d'un investissement. Là encore, il s'agit d'encourager l'investissement en assurant aux investisseurs qu'ils n'auront pas à supporter les pertes liées à une atteinte au déroulement normal de l'exploitation ».

dispensé, économiquement et juridiquement, d'assumer la charge de non-retour. L'acceptation du risque participe en effet de sa qualité d'investisseur. Au regard de la définition qualificative de l'opération d'investissement précédemment réalisée, on pourrait penser que l'investisseur doive effectivement assumer la charge des pertes de la dépense initiale, qui ne serait pas compensée par un niveau suffisant de profits d'exploitation. Néanmoins, un tel schéma risque d'impacter l'incitation nécessaire de l'investisseur à engager de telles opérations. Or, il semble que, pour éviter un sous-investissement, il soit judicieux de reconforter l'investisseur en lui assurant que la charge d'un éventuel non-retour sur investissement sera supportée par un autre que lui. Si le non-retour vient d'un fait imputable au comportement anormal d'un tiers, la charge de perte doit opportunément être supportée par un tiers (ou du moins pas par l'investisseur)⁸⁵².

366. Outils de l'intervention. Le contrat peut permettre de prévoir à l'avance la répartition de cette charge. Aussi, la loi offre des mécanismes pour organiser cette répartition de la charge d'éventuelles pertes, spécialement au travers de mesures sanctionnatrices. Il en va ainsi des modalités de la responsabilité civile permettant de faire peser la charge du risque de non-retour sur une personne tierce, laquelle aurait eu un rôle effectif par son comportement dans l'entraver du retour attendu⁸⁵³. Plus spécialement, au travers du droit subjectif de propriété intellectuelle, la charge du non-retour fait l'objet d'une organisation juridique. Par exemple, les modalités de la sanction d'une atteinte à ce droit reviennent, selon notre interprétation, à transférer la charge de ce manque à gagner sur la tête de la personne auteur de l'atteinte au droit de réservation privatif, en l'occurrence le contrefacteur ou le concurrent.

367. Critique de l'intervention. La réponse juridique exposée s'avère critiquable à plusieurs égards. D'une part, pour qualifier l'investisseur et l'investissement, il a pu être souligné qu'il fallait que la personne engageant la dépense, assume également la charge d'une perte. L'opération d'investissement est par nature risquée, et l'investisseur est un aventurier optimiste. D'autre part, le droit ne peut pas tout, en dépit de son inclinaison à persévérer tant bien que mal dans une dynamique offrant un environnement favorable aux opérateurs économiques⁸⁵⁴. C'est en réalité un choix d'opportunité politique qui justifie que le droit s'affaire à sécuriser *a minima* la réussite de l'opération d'investissement, par des dispositifs à la fois en amont et en aval. Dans notre société, volontiers qualifiée de « société du risque », il existe une volonté générale de le

⁸⁵² *Id.*, p. 413, n° 399.

⁸⁵³ Cf. EWALD (F.), « Le risque dans la société contemporaine », in MICHAUD (Y.) (dir.), *Qu'est-ce que les technologies ?*, vol. 5, Paris : éd. Odile Jacob, 2001, p. 573, spé. p. 579, pour qui, « la responsabilité » est « la forme juridique du risque », et p. 582 : « le risque est normal ; il n'est pas contestable en lui-même, le point est seulement d'organiser la répartition de sa charge ».^[1]

⁸⁵⁴ MOURY (J.), *op. cit.*, spé. p. 81.

domestiquer, et de le soumettre pour évacuer ses effets néfastes. Le droit en fait d'ailleurs une de ses missions. Il existe une « impression que notre droit est presque obnubilé par un souci dominant de protection contre les aléas de toutes sortes »⁸⁵⁵. La protection implique la dispense de l'investisseur, du moins en partie, d'avoir à en assumer la charge de perte lui revenant pourtant, d'après les critères de qualification de son opération. En amont, le système juridique permet de prévenir l'éventualité d'un non-retour sur investissement que l'opérateur devrait en principe être amené à assumer au regard de la définition de son statut et de son identité. En aval, le droit de la propriété intellectuelle permet aussi de traiter l'éventualité du non-retour sur investissement, en faisant supporter cette charge par un tiers responsable. Un fait ayant des conséquences négatives pour l'investisseur est alors imputé à la personne qui en est à l'origine. Tel est le cas, notamment, au travers de l'action en contrefaçon et/ou, de façon accessoire, de l'action en responsabilité civile.

2) *Les moyens d'imputation de la charge de non-retour*

368. Les moyens juridiques de répartition de la charge du non-retour. La limitation des conséquences préjudiciables du non-retour sur investissement pour son auteur peut s'opérer de différentes manières. Ainsi, dans le cadre d'une relation contractuelle d'exploitation, les conséquences de la réalisation du risque d'investissement pourront être assumées selon des règles particulières. Celles-ci tendent à organiser la répartition de la charge du non-retour, au cours de l'exécution du contrat d'exploitation⁸⁵⁶(a). Aussi, les conséquences de la réalisation du risque d'investissement sont traitées juridiquement, au travers des mécanismes d'imputation de la charge de non-retour à un tiers jugé responsable. La charge du non-retour peut en effet être imputée à un tiers au travers de la sanction attachée au droit lorsqu'il lui est porté atteinte⁸⁵⁷(b).

a. La répartition de la charge du non-retour sur investissement au cours de l'exécution du contrat d'exploitation

369. La répartition de la charge de non-retour par des stipulations contractuelles. En matière de droit d'auteur, des règles juridiques spéciales régissent la conclusion des contrats

⁸⁵⁵ BÉNABENT (A.), « Observations finales », *loc. cit.*, p. 100.

⁸⁵⁶ Expriment la réaction du droit tendant à protéger *a priori* et *a posteriori* contre l'« aléa néfaste » et ses conséquences, cf. not. VITALE (L.), *op. cit.*, spé. p. 8, n°11 et s.

⁸⁵⁷ *Ibid.*

d'exploitation des droits patrimoniaux. Elles organisent ainsi la répartition des gains et des pertes entre un auteur et un éditeur, lesquels concourent tous deux aux frais et aux risques de l'exploitation⁸⁵⁸. L'exemple du contrat de compte à demi en témoigne⁸⁵⁹. Il revêt les allures d'un contrat de société empruntant son régime⁸⁶⁰. L'auteur ou l'ayant-droit y prennent ainsi en quelque sorte la qualité de coéditeurs. Ce contrat permet aux parties de prévoir entre elles la répartition, non seulement des gains, mais également des pertes. Ainsi, la charge de ces pertes se trouve aménagée selon leur convenance. La charge n'est cependant pas ici systématiquement transférée à une personne extérieure au rapport contractuel qui serait responsable du manque à gagner. Les stipulations des parties permettent une organisation interne de la répartition d'éventuelles pertes financières entre les contractants. Dans le contexte de ce type de contrat, il s'agit d'organiser la phase du retour de l'investissement ayant été consenti essentiellement pour l'exploitation du résultat d'investissement. Néanmoins, les bénéfices engendrés par cette exploitation n'en ont pas moins vocation à constituer également le retour attendu au titre des dépenses d'investissements pour la conception de ce résultat, du point de vue l'investisseur intellectuel, si celui-ci détient le droit de réservation.

370. Imprévision et révision des conditions et de l'exécution du contrat d'exploitation.

Au cours de l'exécution du contrat d'exploitation peut se manifester un événement imprévisible au moment de sa conclusion, et de nature à entraîner un coût pour l'une des parties. L'évènement imprévisible empêcherait la perception de sommes ayant vocation à constituer le retour sur investissement. Dans ce cadre, la mise en œuvre d'un mécanisme de « révision » des conditions et de l'exécution du contrat est possible, tant en droit spécial qu'en droit commun. Il permet à l'investisseur de renégocier les termes de celui-ci, pour que les conséquences de l'évènement imprévisible lui soient moins dommageables. Les régimes des contrats d'exploitation en droit d'auteur prévoient ce type de mécanisme⁸⁶¹. Toutefois, le motif de la révision ne tient pas tant à une imprévision, qu'à une lésion ou à une prévision insuffisante des produits de l'exploitation entraînant un préjudice pour le cédant du droit⁸⁶². Par ailleurs, la récente réforme du droit des contrats a consacré en droit français l'utilisation de la théorie de

⁸⁵⁸ MARTIN (A.-C.), *op. cit.*, p. 11, sur l'adage romain selon lequel : « *commodum ejus esse debet cujus periculum est* », signifiant que « là où est le risque, là doit être le profit ». Sur le fondement des lois organisant la gestion des bénéfices et des risques et leur imputation et sur la possibilité d'aménagement contractuel, cf. p. 13, n° 17 : « *Le mécanisme de l'imputation permet de mettre sur le compte de l'une ou l'autre des parties la charge d'un événement dont la survenance n'est liée, directement ou indirectement, à aucune d'entre elles* ». La loi gère ces situations par des choix dictés par une dynamique de commutativité : le contractant recueillant le profit doit assumer les risques.

⁸⁵⁹ Art. L132-3 CPI.

⁸⁶⁰ *Ibid.*

⁸⁶¹ MARÉCHAL (C.), « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur les contrats d'exploitation des droits d'auteur », *CCE* juin 2016, Étude 11, spé. n° 4, p. 10.

⁸⁶² Cf. art. L131-5 CPI.

l'imprévision. Ainsi, hors des situations soumises au droit spécial des contrats d'exploitation de droit d'auteur, le mécanisme de l'imprévision pourrait être employé par les parties au contrat d'exploitation. Il le serait dans l'hypothèse où une partie subirait un manque à gagner au regard de l'équilibre des prestations stipulées⁸⁶³, par la cause de circonstances imprévisibles rendant l'exécution excessivement onéreuse⁸⁶⁴. Elles permettraient la renégociation du contrat d'exploitation, sa révision ou sa résiliation.

b. La répartition de la charge du non-retour sur investissement par l'exercice des mécanismes sanctionneurs

371. La réparation à titre de sanction, mode de répartition de la charge des pertes d'investissements. L'existence d'un préjudice découlant de la lésion de l'intérêt de l'investisseur est susceptible de se manifester par un non-retour sur investissement. La recherche de l'origine de ce préjudice, ainsi que la personne à qui il est imputable, permet, tant en droit commun qu'en droit spécial, d'opérer une répartition de sa charge. L'action en contrefaçon assortit le droit de propriété intellectuelle au titre de la sanction de son atteinte. Nous avons déjà pu préciser qu'elle présente une fonction restitutive et réparatrice des intérêts du titulaire du droit. Cette action permet au titulaire d'être rétabli dans la plénitude de son droit exclusif lorsqu'un tiers y porte atteinte. Étant fort probable qu'il en découle pour lui des conséquences dommageables, l'action en contrefaçon permet également la réparation. En cela, cette action a non seulement un effet préventif par crainte de la sanction en amont⁸⁶⁵, et aussi un effet curatif en aval, lorsque l'intérêt est lésé. Elle constitue une sécurisation contre le risque d'investissement. L'action en contrefaçon aboutit à faire peser sur la tête du contrefacteur la charge d'un éventuel non-retour sur investissement imputable à son propre comportement. L'action peut servir à sanctionner l'atteinte au respect du droit d'exploitation en elle-même, mais aussi à sanctionner l'atteinte indirectement, en plus, à une potentialité de profit. Dans la condamnation, sur le plan civil de l'action en contrefaçon, la charge du non-retour sur investissement pèse sur l'auteur de l'atteinte qui devra verser des dommages et intérêts à titre de restitution des avantages, dont il a indument bénéficié en violation du droit et/ou au titre de la réparation de son préjudice. Le traitement des conséquences civiles de la contrefaçon témoigne d'un processus de compensation des pertes subies par l'investisseur ou du gain

⁸⁶³ CHAIEHLOUJ (W.), « 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.

⁸⁶⁴ Art. 1195 Code civil, issu de l'Ord. du 10 févr. 2016.

⁸⁶⁵ RIVERO (J.), « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD*, Paris : Dalloz-Sirey, 1985, p. 675, spé. p. 681.

manqué⁸⁶⁶. Le montant de l'indemnité peut être fixé en référence aux bénéfices réalisés par l'usurpateur, ou de manière forfaitaire. En cette dernière hypothèse, le montant correspondrait *a minima* à ce que l'investisseur aurait dû tirer comme revenus de la concession donnée à l'usurpateur s'il l'avait demandé. Le droit de la propriété intellectuelle permet donc résolument de faire peser la charge du non-retour sur investissement, non sur la tête de l'investisseur lui-même, mais sur celle d'un tiers. L'action en question est donc une modalité d'imputation d'une charge de perte.

⁸⁶⁶ Il est également à souligner que le droit semble faire preuve d'une généreuse sollicitude à l'égard de la perte de chance pouvant parfois avoir vocation à être réparée. Cette dernière peut en effet tenir un rôle dans l'existence du non-retour sur investissement. La réparation de ce type de préjudice conduit ainsi à constater que le droit tend à protéger, négativement, l'hypothèse manquée d'un « aléa heureux », à ce sujet, cf. not. VITALE (L.), *op. cit.*, spé. p. 10, n° 13, et p. 187, n° 358 et s., sur l'aléa commercial, et la différence entre pertes de chances et gains manqués.

Conclusion du Chapitre 1

372. L'intérêt de l'examen de la technique du droit de propriété, et de sa déclinaison, était de mettre en avant ses principales conditions et effets au service de l'intérêt de l'investisseur. Nous avons constaté que le régime du droit de propriété intellectuelle présente l'avantage de saisir plus particulièrement l'intérêt de l'investisseur dans ce domaine. Le droit de propriété intellectuelle est construit de façon similaire à son modèle. La composition et les modalités de mise en œuvre des prérogatives se répondent. Le régime de ce droit de réservation est modulé pour épouser les contours d'une réalité particulière. La nature de l'objet réservé, ainsi que la nature souvent économique de l'opération, sont mieux prises en compte dans ce régime spécial.

373. Il est apte à protéger l'intérêt de l'investisseur, en amont, au travers de la réservation du résultat d'investissement et en aval, au travers de la valorisation du droit de réservation ou de son objet. Les droits de réservation jouent effectivement un rôle dans la phase de mise en œuvre et de gestion de la valorisation par des actes d'exploitations. À l'appui de l'outil contractuel, sont tirés les fruits du droit assurant la réservation exclusive du résultat d'investissement. Ces fruits ont vocation à constituer l'assiette du retour sur investissement. Le droit de réservation qu'est le droit de propriété participe ainsi de la sécurisation de la situation de l'investisseur et de l'environnement de l'investissement. Il permet de gérer le bénéfice du retour sur investissement et la charge du non-retour, le cas échéant. La sécurité du retour sur investissement attendu par l'investisseur s'en trouve garanti un minimum. Le droit subjectif de propriété intellectuelle est un droit protecteur de l'investisseur.

374. Cependant, ce dernier ne peut jouir du droit que s'il en est reconnu titulaire par le droit objectif. Les développements précédents ont pu démontrer que tel était parfois le cas, de façon plus ou moins directe. Or, tout investisseur n'étant pas reconnu comme possiblement titulaire de ce type de droit subjectif, il en résulte que certains d'entre eux ne peuvent jouir du régime favorable. Sont-ils pour autant délaissés par l'ordre juridique dans la prise en compte de leurs intérêts ? Certes, non. L'investisseur ne pouvant jouir de ce type de droit de réservation de son résultat d'investissement, ou ne le souhaitant pas, peut aisément se tourner vers des modalités de réservation extra-privatives. La protection des intérêts de l'investisseur peut en effet également être assurée, par imitation, sur le terrain du droit civil des obligations. Néanmoins, il s'avère qu'une comparaison des fondements privatif et extra-privatifs de protection de l'investissement conduit à préférer le premier.

Chapitre 2 – La préférence pour la protection privative

375. Des insuffisances des techniques extra-privatives, à la préférence de la technique du droit de propriété intellectuelle. Le recours au fondement du modèle propriétaire, pour assurer la protection des investissements dans la conception d'un objet immatériel, n'est pas le seul existant. Le droit de la propriété intellectuelle n'est en effet qu'un droit d'exception. L'investisseur a la possibilité de s'en remettre à des techniques reposant sur le droit commun des obligations lorsqu'il ne peut, ou ne veut se prévaloir du fondement privatif pour assurer la défense de son intérêt. Les fondements extra-privatifs du droit des obligations contractuelles ou extracontractuelles jouent alors un rôle fondamental de protection résiduelle. Cependant pour mettre en avant le caractère adéquat du fondement privatif, emportant la préférence, il convient de souligner les limites de ces autres fondements.

376. L'irrésistibilité du fondement privatif en question. Dans ce cadre, nous considérons que la technique privative, notamment au travers du droit de la propriété intellectuelle, apparaît comme la plus adéquate pour satisfaire l'objectif. L'intuition doit toutefois être vérifiée, en présentant les arguments permettant de l'affirmer. À ce titre, il nous apparaît par ailleurs que le recours à la technique privative est irrésistible. Ainsi, la force de la protection privative semble s'imposer face aux inconvénients et lacunes des techniques extra-privatives.

377. Plan. La comparaison des modes de réservation d'un résultat d'investissement, sur le fondement privatif et sur les fondements extra-privatifs, conduit à mettre en exergue le caractère limité des seconds (**Section 1**). Le premier, quant à lui, offre des faveurs justifiant qu'il soit préféré (**Section 2**).

Section 1 – Les limites des fondements extra-privatifs

378. Des techniques insuffisantes à rejeter. À défaut de pouvoir, ou de vouloir se prévaloir de la technique du droit de la propriété intellectuelle pour protéger, objectivement et subjectivement son investissement, l'auteur de cette opération peut jouir des techniques ressortant du droit des obligations. Que ce soit de façon directe ou indirecte, en amont ou en aval d'une éventuelle atteinte à l'intérêt de l'investisseur, le droit des obligations est un outil permettant de constituer ou de reconstituer une réservation d'un résultat d'investissement. Il procure également un mode de gestion du retour sur investissement attendu de la valorisation. Si ce fondement présente des avantages indéniables, il n'en demeure pas moins que son utilisation et son régime contiennent des insuffisances et inconvénients au regard de l'objectif

à atteindre⁸⁶⁷. Le constat procède d'une analyse comparative vis-à-vis du fondement du droit réel de propriété, et plus spécialement, du droit de propriété intellectuelle. L'existence des limites de ces techniques justifie que de telles protections ne soient plus souhaitées, mais dépassées.

379. Plan. Ainsi, il conviendra d'abord de révéler les insuffisances présentées par l'outil contractuel instituant un acte juridique, source d'obligation, visant à protéger par anticipation l'intérêt de l'investisseur (I). Puis, il s'agira d'exposer les insuffisances présentées par le fondement extracontractuel pour sanctionner un fait juridique, source d'obligation, dans la protection de cet intérêt (II).

I. L'insuffisance du recours à l'outil contractuel

380. Une portée et des vertus protectrices limitées. Le fondement contractuel permet à l'investisseur à la conception d'un objet de nature immatérielle, et représentant une valeur économique, de s'en réserver les utilités par le biais de l'institution d'un acte juridique. Il offre la possibilité à celui-ci de maîtriser le résultat d'investissement et sa valorisation pour engager une phase de retour sur investissement. Dans certaines mesures, il est une voie utile et empruntée, afin d'exclure autrui de l'utilisation de sa valeur. La protection résulte de l'existence d'une obligation impliquant que le débiteur ne puisse porter atteinte à l'intérêt de l'investisseur créancier. Le recours à ce fondement présente l'avantage pour l'investisseur d'organiser en amont la défense de son intérêt lorsque le droit privatif ne s'applique pas. Outil de repli, il est également un outil de prévision. Le contrat étant la chose des parties, le créancier investisseur peut aménager lui-même la protection de son intérêt à la mesure de ses besoins. Toutefois, en dépit de l'attrait qu'il représente, le fondement des obligations contractuelles présente des limites dans la protection de l'intérêt en question. En effet, par certains aspects, l'outil apparaît moins fort et moins intéressant que d'autres, dans la protection de l'intérêt de l'investisseur. Il semble limité, du point de vue de la portée de l'obligation instituée afin de protéger l'intérêt de l'investisseur (A). Il semble l'être également, au regard de ses vertus par rapport à celles offertes par la technique privative (B).

⁸⁶⁷ Une preuve de la limite des techniques extra-privatives peut être déduite de l'adoption d'une législation relative à la protection des secrets d'affaires jusqu'alors assurée seulement par le droit des obligations, notamment, au plan civil. Le régime ainsi institué tend à rapprocher les modalités de la protection vers celle de la protection, plus aisée, de nature privative.

A. Une portée limitée

381. Effet relatif et opposabilité de l'obligation. Dans l'aspect objectif de la protection de l'investissement, le fondement contractuel assure la réservation du résultat d'investissement, condition de sa valorisation et de la rentabilité de l'opération. Néanmoins, la portée en demeure parfois limitée. Le régime juridique relatif à la naissance et aux effets d'une obligation ne semble pas permettre d'offrir à l'investisseur créancier une protection à la force absolue. Au regard du régime de l'obligation instituée, la protection en question s'avère moins percutante que celle offerte, par exemple, par le droit privatif. Sur le fondement de l'obligation contractuelle, l'investisseur protège son intérêt à l'appui d'un droit subjectif personnel. Par essence, cette prérogative n'apparaît pas *a priori* d'une portée aussi forte que celle de nature réelle. En effet, l'efficacité de la protection semble limitée par le principe de l'effet relatif du contrat (1), ainsi que par la modalité de déclenchement de l'opposabilité du droit (2).

1) *L'effet relatif du contrat*

382. Rappel de l'utilité du recours au droit personnel dans la protection de l'intérêt de l'investisseur. La technique contractuelle, outil de prévision, est employée pour protéger l'intérêt de l'investisseur détenteur d'un résultat d'investissement. Elle peut cependant sembler assez précaire, malgré les efforts consentis en amont par les parties. La protection de l'intérêt de l'investisseur suppose que le risque d'investissement soit éloigné. À ce titre, l'investisseur convoque la technique contractuelle pour juridiciser le caractère confidentiel de son résultat d'investissement gardé secret, afin qu'il ne puisse servir d'avantage concurrentiel pour autrui. Elle est ainsi de nature à lui permettre de multiplier ses chances d'obtenir un retour positif sur son investissement. En l'occurrence, il s'assure un minimum que certaines personnes ne porteront pas atteinte à la rentabilité de son opération, en divulguant ou en exploitant le résultat d'investissement. En vertu du principe de la liberté contractuelle, l'investisseur détenteur du résultat d'investissement peut astreindre autrui à ne pas le divulguer ou l'exploiter, dès lors qu'il y aurait accès. L'investisseur créancier d'une obligation de ne pas faire jouit ainsi d'une forme d'exclusivité et donc réservation sur le résultat d'investissement. S'engageant à ne pas divulguer voire, à ne pas exploiter le résultat d'investissement dont il a eu connaissance, le débiteur de l'obligation de ne pas faire se trouve obligé de respecter l'intérêt de son cocontractant.

383. Le problème de l'utilité du contrat à l'épreuve de son effet relatif à l'égard des tiers. Cette technique a une vertu certaine, tout du moins, à l'égard du partenaire contractuel.

En effet, si l'investisseur peut aménager le champ matériel de protection de son intérêt de façon assez large, il n'en va pas de même concernant le champ personnel. La préservation contractuelle de son intérêt se limite à l'obligation à laquelle s'est engagé le débiteur concerné. L'effet relatif du contrat impose une force obligatoire du contenu contractuel à l'égard du seul débiteur déterminé⁸⁶⁸. Ainsi, la portée de la protection se trouve limitée, car circonscrite dans le champ précis de la personne se trouvant obligée de respecter l'intérêt. L'efficacité du contrat, et donc son utilité, est réduite⁸⁶⁹, du fait de l'existence du principe de la relativité de l'effet du contrat. Autrement dit, le contenu contractuel oblige les partenaires, mais pas les tiers. Le créancier investisseur détenteur ne peut pas raisonnablement, ni juridiquement s'attendre à ce que le tiers adopte un comportement, visant à ne pas s'emparer, ni divulguer, ou encore, exploiter le résultat d'investissement gardé secret, et faisant l'objet d'une obligation de confidentialité. Ainsi, l'investisseur créancier d'une obligation, visant au respect de son intérêt par son cocontractant, n'est pas protégé contre les comportements potentiellement nuisibles des tiers n'étant pas contractuellement obligés. Néanmoins, si le principe de l'effet relatif des obligations contractuelles ne permet pas de tenir les tiers pour engagés par l'obligation, le créancier investisseur peut tout de même compter sur le caractère opposable du droit personnel, en tant que fait social.

2) *La modalité de déclenchement de l'opposabilité du droit subjectif personnel*

384. Évolution de la conception de l'opposabilité, comme critère de distinction entre les droits subjectifs. L'effet relatif attaché au droit personnel peut apparaître handicapant pour la protection de l'intérêt de l'investisseur créancier, dès lors qu'il n'oblige que le débiteur à respecter son intérêt, et non spécialement les tiers. Il a ainsi pu être avancé que, le contrat n'obligeant que le débiteur, il n'est opposable qu'à lui. Or, dépassant ce que la doctrine classique avait pu mettre en avant pour distinguer le droit personnel du droit réel, la doctrine personnaliste a pu faire évoluer la distinction. Cette dernière a été relativisée en exprimant le fait que le degré d'opposabilité du droit ne pouvait pas permettre de distinguer ces deux types de prérogatives. S'agissant de droits subjectifs, elles seraient toutes deux opposables avec la même force. En effet, il ne fallait pas confondre *opposabilité* du droit et *effet relatif* du droit⁸⁷⁰. Dans la conception classique, le droit personnel est distingué du droit réel du point de vue de

⁸⁶⁸ Art. 1199 al. 1 Code civil : « *Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties* ».

⁸⁶⁹ SKRZYPNIAK (H.), *op. cit.*, p. 280, n° 429.

⁸⁷⁰ GHESTIN (J.), BARBIER (H.) et BERGÉ (J.-S.), *op. cit.*, p. 259, n° 326, et p. 266, n° 331.

l'opposabilité, en ce que celle du premier ne vaudrait qu'à l'égard des parties, le droit n'étant que relatif, tandis que celle du second vaudrait *erga omnes*, à l'égard de tous, le droit étant absolu. Le droit réel alors serait plus intéressant et plus fort, car tout le monde devrait le respecter, ce qui ne serait pas le cas du droit personnel.

385. Le critère de distinction tenant au mécanisme de déclenchement de l'opposabilité du droit. En réalité, c'est davantage la façon dont l'opposabilité des droits à autrui est déclenchée⁸⁷¹, qui permet de distinguer l'opportunité du recours au droit réel ou au droit personnel dans la protection de l'intérêt de l'investisseur. La doctrine personnaliste a permis de dépasser la distinction classique du droit réel et du droit personnel, pour mettre en lumière cette subtilité. Le terme d'opposabilité, ici, doit donc être entendu comme une notion d'extériorisation et de connaissance du droit envers autrui. Il désigne l'aptitude du droit à rayonner dans une dimension extérieure⁸⁷². Il implique alors que le droit doive être respecté par quiconque⁸⁷³. Ainsi, l'investisseur créancier du droit personnel peut s'assurer du respect de son droit et de son intérêt par autrui, par le biais de l'opposabilité de son droit. Le droit personnel institué constitue en effet un fait social devant être respecté par autrui, afin de garantir la paix sociale⁸⁷⁴.

386. Nuance relative aux chemins de l'opposabilité. Dans la façon dont l'opposabilité du droit subjectif est déclenchée, il est permis de faire une distinction entre le droit réel et le droit personnel, afin de montrer que ce dernier se trouve limité dans la protection de l'intérêt de l'investisseur. Si tout droit subjectif, réel ou personnel, est opposable à tous, ce qui les distingue est la façon dont l'existence du droit accède à la connaissance des justiciables. En effet, l'opposabilité de ces deux types de droits n'emprunte pas la même voie. D'une part, celle du droit réel, tel le droit de propriété, semble plus directe et plus automatique. Le droit existe et se trouve opposé à la connaissance de tous, sans qu'il soit préalablement nécessaire pour des individus de créer une obligation engageant quelqu'un en particulier. De plus, la sanction d'une atteinte à ce droit, et donc à l'intérêt protégé, est créée et prévue par le législateur de façon générale ou particulière, s'adressant à tous. Dans cette situation, pèse sur chacun une obligation directe de respecter le droit. D'autre part, en revanche, s'agissant du mode de déclenchement de l'opposabilité du droit personnel ou de créance à l'égard d'autrui, au-delà de l'effet obligationnel relatif qu'il implique, il s'envisage de façon plutôt indirecte. Le droit personnel

⁸⁷¹ Cf. DROSS (W.), *op. cit.*, p. 266, n° 138 et s.

⁸⁷² *Id.*, n° 138-2.

⁸⁷³ GHESTIN (J.), BARBIER (H.) et BERGÉ (J.-S.), *op. cit.*, p. 259, n° 326.

⁸⁷⁴ Art. 1200 al. 1 Code civil : « Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat ».

obligeant une personne en particulier de ne pas porter atteinte à l'intérêt protégé, par essence, n'oblige pas les tiers. Cela peut se révéler alors inconfortable pour le créancier. Pourtant, l'existence de droit n'en est pas moins opposable aux tiers, en tant que fait social. Le droit personnel, fait social, est ainsi porté à la connaissance de tous, et doit être respecté. Dès lors, le comportement du tiers tendant à porter atteinte à la bonne exécution du droit personnel est également sanctionnable à ce titre. En effet, chacun est tenu de ne pas empêcher, par son comportement, l'exécution des obligations, notamment en aidant le débiteur dans ce projet. L'atteinte à ce droit et la sanction prévue se déportent cependant sur le terrain d'un autre fondement à savoir, celui de la responsabilité civile délictuelle. Aussi, il faut dans ce cas satisfaire un certain nombre de conditions. Au regard du mécanisme de déclenchement de l'opposabilité du droit personnel, on peut affirmer que, contrairement à ce qui se passe pour le droit réel, il s'agit d'une opposabilité qui n'est qu'indirecte. Il faudra préalablement établir que le tiers, à qui le droit personnel est opposé, en avait connaissance, et qu'il a délibérément concouru à son non-respect par sa mauvaise foi voire, par son comportement frauduleux. L'atteinte portée au droit et sa sanction nécessiteront d'abord de prouver que le tiers avait connaissance de l'existence de l'obligation pour laquelle il n'était pas engagé, et dont il a délibérément choisi de méconnaître l'autorité. En revanche, concernant l'opposabilité du droit réel, chacun est en quelque sorte présumé avoir connaissance de l'existence du droit.

387. Constat de la limite tenant à l'opposabilité du droit personnel. Il ressort de cette comparaison de l'opportunité du recours aux droits réel et personnel dans la protection de l'intérêt de l'investisseur, que « la seule différence entre le droit réel et le droit de créance, [...] est que les tiers ont plus facilement connaissance de l'existence du premier que du second »⁸⁷⁵. Cela entraîne une divergence dans le régime. En effet, l'absence d'opposabilité automatique dont bénéficie le droit réel⁸⁷⁶, en matière de droit personnel, est susceptible de démontrer la limite de l'utilité du recours à ce dernier pour protéger l'intérêt de l'investisseur contre les comportements néfastes d'autrui. Ainsi, le droit subjectif de nature personnelle se trouve être moins intéressant pour protéger l'intérêt de l'investisseur vis-à-vis du comportement risqué d'autrui, car il souffre d'un mode de déclenchement de l'opposabilité du droit qui n'est pas assez direct. En outre, au-delà de la portée limitée du droit personnel, ses vertus dans la lutte contre le risque d'investissement et les conséquences de sa réalisation s'avèrent à leurs tours limitées.

⁸⁷⁵ GHESTIN (J.), BARBIER (H.) et BERGÉ (J.-S.), *op. cit.*, p. 259, n° 326, et p. 266, n° 331.

⁸⁷⁶ DROSS (W.), *op. cit.*, p. 267, n° 139.

B. Des vertus limitées

388. Aspects curatif et dissuasif insuffisants. Les vertus du fondement contractuel dans la protection de l'investissement témoignent de son aptitude à assurer la réservation du résultat d'investissement, au bénéfice de l'investisseur détenteur. Cette réservation contractuelle révèle aussi ses enjeux au stade la gestion de la phase de rentabilité de l'opération d'investissement. Elle est intéressante en raison, notamment, de ses aspects curatif et dissuasif. Cependant, si l'outil contractuel semble adéquat pour satisfaire l'objectif de l'investisseur, il est possible de constater d'une part, que l'aspect curatif de l'atteinte à l'intérêt qu'il s'agit de prévenir ou de traiter dans le cadre du contrat, peut s'avérer incertain (1). D'autre part, il est également possible de constater que le régime des obligations contractuelles instituées pour la défense de l'intérêt de l'investisseur présente un aspect dissuasif faible (2).

1) Un aspect curatif incertain

389. Prévenir et traiter un mal. Parce qu'il permet de se prémunir contre un mal, et d'en soigner ses conséquences le cas échéant, l'outil contractuel présente un aspect curatif. L'adoption de mesures contractuelles, à titre de prévision et de prévention contre un mal, n'empêche pas de façon absolue que celui-ci intervienne. En pareille hypothèse, la sanction assortissant l'inexécution contractuelle est censée permettre à l'investisseur d'être assuré dans la protection de son intérêt. La sanction doit traiter le mal. Tel ne semble pourtant pas toujours le cas. L'investisseur aura beau essayer de se prémunir contre des risques de maux, tout ne dépend pas que de lui. Certains éléments ou événements indépendants de sa volonté, ou du champ de sa compétence, peuvent fatalement rendre vains les efforts développés en amont. Ainsi, l'aspect curatif de l'outil contractuel dans la protection de l'intérêt de l'investisseur apparaît incertain dans son efficacité. Il s'agit d'en exposer quelques manifestations.

390. L'effet curatif anticipé du contrat comme mode de protection. Le contrat peut intervenir en tant qu'outil relatif de protection, par anticipation, contre le mal. Le mal en question est susceptible d'impacter l'intérêt de l'investisseur. Par anticipation donc, l'investisseur instaure une relation contractuelle avec son partenaire, afin que ce dernier s'engage à ne pas commettre l'acte malheureux redouté. Les comportements dommageables sont alors identifiés en amont de leur éventuelle commission. Il est ainsi également prévu à l'avance la sanction de la méconnaissance de l'obligation de ne pas causer ce mal. Le débiteur connaît la sanction qu'il se verrait infliger en cas de défaillance. Elle ressort généralement du

droit commun des obligations. Elle peut également ressortir d'une clause de sanction spécifique aménagée par les parties elles-mêmes⁸⁷⁷. À ce stade, l'engagement pris par le débiteur et la menace de la sanction qui pèse sur lui constituent⁸⁷⁸, possiblement, à l'égard de l'investisseur créancier, une protection et une modalité préventives et curatives d'un mal susceptible d'intervenir.

391. Doute sur l'efficacité de la sanction à titre curatif. Toutefois, rien n'indique que le débiteur honorera son engagement, ni que le créancier sera à l'abri de tout risque d'investissement, au-delà de l'effet de la force obligatoire du contrat. De plus, les modalités et le régime de la sanction d'une défaillance contractuelle demeurent assez incertains dans l'aptitude effective à continuer de satisfaire l'intérêt de l'investisseur créancier. On peut identifier différentes hypothèses permettant de douter de l'efficacité de l'outil contractuel dans la fonction de prévention et de traitement du mal redouté. L'institution d'obligations contractuelles dans cet objectif peut s'avérer vaine ou limitée, si elle n'a pas fait l'objet d'une certaine minutie et complétude. Aussi, au stade de l'application d'une sanction, les efforts développés en ce sens et en amont, ainsi que le régime indiqué, se trouvent incertains dans leur portée.

392. Hypothèse de manque de minutie dans la conclusion du contrat. La qualité de la constitution du contrat est primordiale afin de garantir son efficacité et l'atteinte de l'objectif assigné. En effet, le recours à cet outil n'est opportun que si le contrat respecte les conditions de validité de sa formation et de son exécution. Les efforts de l'investisseur créancier se trouveraient ruinés si les obligations étaient amenées à être anéanties de façon rétroactive. Le créancier n'est pas à l'abri de la nullité ou de la caducité de l'acte. Aussi, l'anticipation par la conclusion d'un contrat n'est utile et effective que si les parties sont suffisamment minutieuses vis-à-vis du contenu obligationnel. Il est alors recommandé aux contractants, et surtout dans notre hypothèse à l'investisseur créancier, de tailler méticuleusement le contenu contractuel à hauteur de ses attentes. En cas contraire, l'effet de protection de l'intérêt s'en trouverait fortement réduit. Ainsi, par exemple, le créancier a tout intérêt d'assortir l'obligation de confidentialité du résultat d'investissement pesant sur le débiteur, d'une clause expresse de non-exploitation de celui-ci, qui n'est pas nécessairement présumée. Par ailleurs, l'aspect temporel de l'obligation est incontournable. Compte tenu du principe de la liberté contractuelle,

⁸⁷⁷ Au travers d'une clause pénale par exemple, cf. not. SKRZYPNIAK (H.), *op. cit.*, p. 245, n° 371 ; VERGÈS (E.) (dir.), *Contrats sur la recherche et l'innovation*, Paris : Dalloz, 2018, p. 115, n° 112.401 et s.

⁸⁷⁸ Sur l'effet dissuasif de la sanction, laquelle doit « être connue de ceux qu'elle risque de frapper » et doit être « crédible, c'est-à-dire [...] [avoir] des chances sérieuses d'intervenir », cf. RIVERO (M.), *loc. cit.*, spé. p. 680-681.

le contrat est susceptible d'être limité dans le temps. Déjà, cette précision doit faire réagir l'investisseur créancier quant à la durée de la protection de son intérêt qu'il souhaite s'assurer. La protection de l'intérêt ne dure en effet que ce que dure le contrat. Il apparaît alors judicieux pour l'investisseur créancier de faire dépendre la durée des obligations, au temps qui lui est nécessaire pour obtenir la rentabilité de son opération. De plus, la protection ne durant que le temps de l'existence des obligations, arrivé le terme de celui-ci, le débiteur retrouve sa liberté. Il pourrait alors licitement communiquer sur l'objet gardé secret par la clause de confidentialité, voire même l'exploiter. Il pourrait librement faire concurrence à son ancien partenaire. Une telle perspective ne serait bien sûr pas rassurante pour l'investisseur. Dès lors, pour éviter cette situation, l'investisseur n'a d'autre solution que de prévoir dans le contrat l'existence d'obligations qui, en quelque sorte, survivront à la disparition du contrat. Cela peut cependant poser certaines problématiques, notamment au sujet de la clause dites de « non-concurrence ». En effet, une telle clause, revenant d'ailleurs à rendre illicite un comportement qui pourtant est libre en dehors de son existence, a pour inconvénient, au titre de sa validité, d'être notamment assortie du versement d'une contrepartie financière. Aussi, en l'absence de la prévision de cette clause, l'investisseur détenteur devra s'en remettre à un fondement extérieur pour faire sanctionner, le cas échéant, un tel comportement de la part de son ancien partenaire, sans garantie de succès. De ce point de vue, le fondement contractuel est donc limité, impliquant que le détenteur doive s'en remettre à un autre terrain. La protection contractuelle n'est donc pas d'une complétude absolue, elle est limitée⁸⁷⁹.

393. Hypothèse de manque de certitude dans l'efficacité de la sanction de l'inexécution contractuelle. À ce stade, quand bien même les parties, et surtout l'investisseur, aient pu très rigoureusement procéder à la conclusion d'un acte pouvant *a priori* préserver leurs intérêts, il n'en demeure pas moins que l'apparition du mal redouté peine à être sanctionné efficacement. La question générale se posant est celle de savoir si la défaillance contractuelle du débiteur, de nature à atteindre l'intérêt de l'investisseur créancier, peut effectivement faire l'objet d'une réaction juridique qui soit assez efficace pour assurer la préservation de l'intérêt lésé. Autrement dit, existe-t-il une sanction au manquement contractuel qui puisse dépasser et réparer l'existence du mal, à savoir, la divulgation ou l'exploitation du résultat d'investissement pourtant prohibé ? Une fois que le secret est percé et diffusé en méconnaissance de l'interdiction contractuelle, il est douteux qu'une quelconque solution puisse remédier aux conséquences préjudiciables qui en résulteront. Aussi, la variété des sanctions prévues en droit commun en

⁸⁷⁹ Le même type de constat peut être fait au regard de l'aspect temporel de la protection concernant la situation de l'intérêt de l'investisseur en amont de la conclusion du contrat, lors des phases de négociations et de pourparlers.

réaction à l'inexécution contractuelle ne peut parfois techniquement pas trouver à s'appliquer⁸⁸⁰. En outre, certaines ne sont pas forcément opportunes. Ainsi, la sanction de l'exécution forcée en nature apparaît vaine dès lors qu'il n'est pas aisé de forcer à l'exécution d'une obligation de ne pas faire : le mal est déjà fait⁸⁸¹. On ne peut pas revenir en arrière. De plus, au titre des sanctions, la résolution ou la résiliation du contrat présentent une opportunité variable. Le créancier pourrait voir un intérêt dans le maintien de l'existence du contrat, malgré la défaillance ponctuelle de son débiteur. En pareilles hypothèses, l'investisseur créancier devrait abandonner bon gré ou mal gré son ambition de voir son intérêt protégé. Également, la sanction par le versement de dommages et intérêts peut ne pas apparaître suffisante pour indemniser le créancier de l'atteinte à son intérêt du fait de la violation de l'obligation. Enfin, tous ces doutes quant à l'opportunité et l'efficacité de ces sanctions sont fortifiés par le fait que la sanction n'est effective que grâce à l'intervention du juge. À ce titre, le juge, fort de son pouvoir souverain d'appréciation et de décision, pourra juger de l'opportunité d'une sanction à appliquer, laquelle serait considérée par le créancier comme non adéquate ou insuffisante au regard de ses attentes. Qui plus est, le choix de la sanction décidée par le juge est incertain, car pas d'une prévisibilité absolue⁸⁸².

2) Un aspect dissuasif faible

394. Champ personnel limité de l'effet dissuasif du droit et de sa sanction. À l'égard du cocontractant, la relation contractuelle est certes censée avoir un effet dissuasif, mais elle l'est également à l'égard des tiers. En effet, si le régime du droit personnel implique le principe de l'effet relatif de l'obligation, ce droit n'en est pas moins opposable aux tiers, en tant que situation sociale à respecter. Or, à l'égard des tiers, l'effet dissuasif n'est que relatif. Les tiers ne se trouvent logiquement, pas tenus d'exécuter l'obligation pour laquelle ils ne se sont pas engagés. Cependant, l'effet dissuasif peut être amené à se produire en se positionnant sur le terrain de la responsabilité civile délictuelle, par l'écran donc du principe de l'opposabilité des contrats aux tiers. Il est toutefois limité lui aussi. Ainsi, à l'égard du tiers, il apparaît « normal » que l'effet dissuasif du contenu obligationnel ne soit pas déterminant, car il ne s'agit pas ici de

⁸⁸⁰ Cf. art. 1217 et s. Code civil.

⁸⁸¹ Cf. art. 1221 Code civil.

⁸⁸² Par ailleurs, afin de se prémunir contre ces incertitudes, il revient à l'investisseur créancier, par anticipation, de songer à l'opportunité de stipuler au sein du contrat, une clause d'indemnisation forfaitaire. Celle-ci devrait lui offrir l'espérance d'application, le cas échéant, d'une sanction qu'il aura choisie. Néanmoins, il est à noter que cette clause pourrait faire l'objet d'une modération par le juge. *A minima*, elle sera considérée comme un élément de dissuasion à l'égard du débiteur, afin de l'inciter à respecter son obligation et ainsi préserver l'intérêt de l'investisseur.

la fonction précise de l'institution du droit personnel. Aussi, concernant le cocontractant obligé, la dissuasion de ne pas méconnaître son obligation peut ne pas apparaître assez efficace au regard du régime de la sanction qui trouvera à s'appliquer. L'ombre de la sanction peut en effet ne pas représenter une menace assez persuasive. Le caractère confidentiel du résultat d'investissement, devant être gardé secret ou ne pas être exploité par le débiteur, peut être atteint à n'importe quel moment de la relation contractuelle⁸⁸³. La protection est trop fragile, car elle n'empêche pas fermement, ni envers et contre tout, le respect de l'obligation.

395. Manque d'opportunité et d'efficacité des sanctions. Au stade de l'application de la sanction, une fois le manquement constaté, lorsque le juge décidera de condamner le débiteur, par exemple, à des dommages et intérêts à ce titre, leur étendue pourra s'avérer limitée pour assurer effectivement la protection de l'intérêt. La sanction par des dommages et intérêts pour réparer le préjudice du créancier, sur le terrain de la responsabilité civile contractuelle, se trouve limitée. À ce titre, on peut d'abord souligner la difficulté à évaluer l'étendue du préjudice et résultant des conséquences de la divulgation ou de l'exploitation non autorisées par le partenaire. Puis, et surtout, il n'est possible de tenir compte que du préjudice prévu ou prévisible, compte tenu de la nature du fondement contractuelle de la responsabilité. Or, calculant le montant des dommages et intérêts selon cette règle, le juge pourrait fixer une indemnité dont le montant serait inférieur au préjudice global effectivement subi par le créancier, en dehors de ces limites. De plus, du côté du débiteur condamné, si le montant de sa condamnation à verser des dommages et intérêts s'avère inférieur aux gains qu'il aura retirés de sa défaillance, il en résultera sans doute une faute qualifiable de lucrative. La conséquence en résultant est de taille, puisque l'existence de ce type de faute conduit au constat d'un manque d'effet dissuasif d'une sanction, au regard de son régime et de ses modalités. Par ailleurs, pour pallier l'éventualité d'une condamnation du débiteur défaillant à des dommages et intérêts, dont le montant ne permettrait pas de satisfaire le créancier victime, ce dernier peut songer à introduire dans le contrat une clause d'indemnisation forfaitaire. L'effet comminatoire de cette clause inciterait ainsi davantage le débiteur à s'exécuter. Cependant, la clause pourra toujours être modérée par le juge, ce qui démontre le manque d'effet dissuasif, à la fois du contenu contractuel, et de la sanction de son inexécution. L'aspect curatif incertain de la protection contractuelle rime avec son aspect dissuasif faible. En somme, la technique contractuelle ne serait efficace, pour parvenir à la protection de l'intérêt de l'investisseur, que dans le meilleur des scénarios juridiques possibles⁸⁸⁴. Des conclusions similaires peuvent être tirées de

⁸⁸³ SKRZYPNIAK (H.), *op. cit.*, p. 280, n° 429.

⁸⁸⁴ L'adoption d'une législation européenne, puis interne, relative à la protection civile des secrets d'affaires

l'analyse du fondement délictuel du droit des obligations s'avérant lui aussi limité, en tant que mode de protection de l'intérêt de l'investisseur.

II. L'insuffisance du recours au fondement délictuel

396. Une technique palliative risquée. En termes de technique juridique ou d'opportunité, le recours au fondement délictuel pour protéger l'intérêt de l'investisseur est critiquable. La protection par le droit de la responsabilité civile délictuelle s'avère en effet insuffisante. Outil universel de protection d'un intérêt, la responsabilité civile témoigne pourtant d'une large sollicitude à l'égard des victimes désemparées. La mise en œuvre de son fondement par une action révèle une certaine souplesse permettant de l'adapter à l'objectif à atteindre⁸⁸⁵. Le fondement est utilisé dans le but de parvenir, de façon dérivée, à une réservation du résultat d'investissement, par imitation des effets de la technique privative. Cette réservation par imitation peut également procéder de l'utilisation du fondement pour organiser et gérer la phase de rentabilité de l'opération d'investissement. Technique d'imitation d'une réservation privative, elle demeure incomplète et pas suffisamment forte. Son utilisation pouvant être jugée sans borne est également de nature à perturber l'ordonnancement juridique. La mise en œuvre de l'action fondée sur le droit de la responsabilité civile délictuelle pour protéger l'intérêt de l'investisseur s'avère incertaine dans son régime, et donc insécuritaire ce qui en démontre la limite (A). De plus, l'utilisation de cette technique serait susceptible d'impacter la cohérence générale du droit, en assumant une fonction de réservation du résultat d'investissement de manière contournée (B).

A. L'incertitude insécuritaire de la mise en œuvre de l'action

397. La souplesse insécuritaire du fondement. Le recours au fondement de la responsabilité civile délictuelle pour protéger l'investissement et sa rentabilité, par la mise en œuvre d'une action, peut se révéler insécuritaire du fait des incertitudes qui l'entourent. En effet, les conditions du succès de l'action et du régime semblent incertaines et mal balisées, souffrant en quelque sorte de leur souplesse. Aussi, le résultat auquel l'action aboutit peut

(Direct. (UE) 2016/943, *préc.*) fût une réaction aux limites présentées de la technique contractuelle. Cette nouvelle législation témoigne des limites des techniques palliatives civiles que sont le contrat et la responsabilité civile. Elles étaient jusqu'alors utilisées pour conforter la protection du secret, afin de réserver une valeur économique fruit d'investissements, malgré leurs limites.

⁸⁸⁵ Ainsi en va-t-il d'une tendance à la dilatation des fonctions et des conditions de mise en œuvre d'une telle action, par exemple, en matière de parasitisme. À ce sujet, cf. not. BARBIER (H.), *op. cit.*, p. 529, n° 612.

sembler incertain. Cela s'explique certainement par le fait qu'il s'agit d'une action prenant appui sur un fondement utilisé dans le but de combler le besoin de protection d'un intérêt, de façon subsidiaire et résiduelle⁸⁸⁶. Le fondement universel de la responsabilité civile délictuelle, apte à protéger différents types d'intérêts, est en effet mobilisable pour protéger l'intérêt de l'investisseur. Il ressort de l'étude de la mise en œuvre de l'action et de son régime dans cet objectif, qu'il ne s'agit que d'un mode de protection intervenant *ex-post* (1), et pouvant s'avérer soumis à l'aléa judiciaire (2). Cela n'apparaît pas suffisamment sécurisant pour l'intérêt de l'investisseur, de même que pour ceux des tiers, tant aux points de vue matériels que juridiques.

1) Une protection *ex-post*

398. Une protection non-organisée en amont. La mise en œuvre d'une action sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle est recherchée pour l'effet de reconstitution de la réservation, à laquelle elle parvient indirectement. Cette action aboutit en effet à la réservation du résultat d'investissement, ce qui présente un enjeu dans la possibilité de gérer la phase de rentabilité de l'opération. L'effet de réservation découle de la sanction des comportements susceptibles d'entraver la naissance et la perception d'un retour sur investissement. Il s'agit d'un mode de sanction de la réalisation du risque d'investissement. Or, à la différence des autres techniques recensées – propriété et contrat, la technique de la responsabilité délictuelle n'offre pas une possibilité de réservation antérieure à la réalisation de du comportement potentiellement néfaste. La protection n'apparaît alors qu'*a posteriori*, n'étant pas précisément organisée, ni assurée dans le détail, en amont d'une éventuelle atteinte. Après les faits et par un jugement social et juridique, la vocation universelle et palliative du fondement permet de réprouver un comportement au regard des conséquences non souhaitables qu'il a provoquées. L'aboutissement de l'action, assurant la sanction du comportement en question, concourt à attribuer à ce fondement une fonction normative. Indirectement, il est commandé aux justiciables de ne pas commettre un acte, alors jugé fautif, susceptible de causer un dommage à autrui. Aussi, si ce mode indirect de protection d'un intérêt a une portée *erga omnes*, permettant d'espérer un effet d'incitation des tiers à ne pas commettre certains types d'actes, on peut regretter que cet effet recherché de dissuasion ne soit pas suffisant. En l'occurrence, le mal est déjà fait, et l'effet dissuasif se révèle alors limité. Le même constat peut

⁸⁸⁶ *Id.*, p. 528, n° 611, à propos de la sanction du parasitisme, qui « [...] possède les caractéristiques de toute construction prétorienne, souplesse et relative insécurité ».

être formulé concernant l'aptitude du fondement à la réparation des conséquences subies du fait de l'acte néfaste.

399. Une protection non-automatique. La protection offerte par le recours au fondement de la responsabilité civile n'est pas automatique comme l'est celle du droit privatif. Elle n'est pas strictement organisée à l'avance par un régime précis dédié à cet effet⁸⁸⁷. La possibilité de la protection dépend en effet, et d'abord, de la volonté de la victime. C'est à condition que celle-ci este en justice, que l'espoir du bénéfice d'une protection de son intérêt est satisfait. La réaction juridique n'est pas déclenchée *ipso facto*. Elle est dépendante de la diligence du demandeur victime. La protection de l'intérêt de la victime n'est pas précisément organisée en amont d'une atteinte par le législateur. Il s'agit d'une protection par la sanction dépendant d'une décision jurisprudentielle.

400. Une action au régime pas assez précis. De plus, si la protection n'est que postérieure à la manifestation d'un acte sanctionnable portant atteinte à l'intérêt de l'investisseur, elle est conditionnée au respect du régime juridique de mise en œuvre de l'action. Or, les règles de ce régime, de même que les conditions de l'action, ne sont pas assez pensées dans le cadre de la préservation de l'intérêt de l'investisseur contre des actes, spécialement, de parasitisme. Ici, le régime et les conditions de l'action ne déterminent pas suffisamment à l'avance le champ et les limites du monopole reconstitué indirectement. Le parasitisme et sa théorie sont sources d'insécurité juridique, car la théorisation ne s'est pas faite de façon préalable à son application en jurisprudence. Les contours de l'action en parasitisme n'ont pas toujours joui de contours suffisamment précis et constants. En témoigne les commentaires réguliers de la doctrine cherchant à dresser l'état de l'opportunité d'appliquer cette action⁸⁸⁸. La décision qui sera émise par le juge, à la suite de la mise en œuvre de l'action par l'investisseur s'estimant lésé, peut ne pas s'avérer favorable à la protection effective sollicitée. La protection est casuistique, et dépend du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. Ce faisant, la protection s'avère aléatoire : elle est, paradoxalement, d'une incertitude insécuritaire.

2) Une protection soumise à l'aléa judiciaire

401. Variété des sources d'aléas judiciaires insécuritaires. Le succès de l'action est incertain et donc, insécuritaire. Il est susceptible d'être soumis à un certain nombre d'aléas, ce

⁸⁸⁷ GÉRARD (Ph.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Droit et intérêt*, vol. 2, *op. cit.*, spé. p. 39.

⁸⁸⁸ Cf. not, BARBIER (H.), *op. cit.*, p. 530, n° 613, et p. 530-531, n° 614.

qui conduit à un manque de prévisibilité⁸⁸⁹. Il dépend du juge et de son pouvoir d'appréciation, quant au fond du litige, ainsi qu'aux règles du régime relatif au fondement qu'il doit appliquer. Il peut ressortir de la décision du juge, des hésitations jurisprudentielles tenant à l'acceptation, ou non, du principe et des modalités de sanction des actes de parasitisme des investissements, sur le terrain de la responsabilité civile délictuelle⁸⁹⁰. Ces hésitations s'illustrent au travers des divergences pouvant exister entre les décisions variables des juges du fond, ainsi qu'au travers des divergences entre ces derniers et la Cour de cassation. Au sein même de la Haute juridiction, il peut également exister des divergences entre les différentes chambres⁸⁹¹. Ainsi, dès le début des années 2000, il semblait que l'application de la théorie du parasitisme marquait un recul dans des décisions des juges du fond⁸⁹², et des juges du droit. Pourtant, elle continue à être appliquée. Les hésitations insécuritaires peuvent s'expliquer par le fait que la théorie du parasitisme, ainsi que l'action menée sur le terrain de la responsabilité civile délictuelle pour sanctionner l'atteinte à l'intérêt de l'investisseur, ne sont pas suffisamment balisées. Du point de vue de la sécurité juridique et de la sécurité matérielle de la position de l'investisseur victime, cela n'est pas satisfaisant.

402. Aléas tenant aux règles du régime de l'action. Pour aboutir à la protection de l'intérêt de l'investisseur, la mise en œuvre d'une action exige la preuve des conditions de recevabilité. Faute, préjudice et lien de causalité doivent être prouvés. Or, il existe certaines difficultés en la matière. Il est en effet délicat d'identifier rigoureusement en quoi consistent spécialement la faute et le préjudice dans la situation qui nous intéresse. Cela est d'autant plus difficile que les comportements de parasitisme des investissements, se manifestant sur le marché, lequel est dirigé par la liberté de concurrence et de la copie, ne sont pas *a priori*, ni en eux-mêmes, considérés comme illicites. Aussi, le préjudice pouvant en résulter pour la prétendue victime peut ne pas être réparable, au-delà de la nécessité de prouver également son étendue. Pour dépasser ces inconvénients dans le but de parvenir à la protection des intérêts lésés, la jurisprudence, soutenue parfois par la doctrine, a pu atténuer la rigueur des critères de ces conditions et les contours de leurs preuves. La physionomie de la faute de parasitisme a évolué, si bien que l'on se demande parfois en quoi elle consiste réellement. De plus, on peut douter de

⁸⁸⁹ LE TOURNEAU (Ph.), *Le parasitisme*, *op. cit.*, p. 268, n° 363, spé. p. 269.

⁸⁹⁰ BARBIER (H.), *op. cit.*, p. 530, n° 613, sur l'insécurité juridique née du rattachement à la responsabilité civile.

⁸⁹¹ Il semble que la première chambre civile de la Cour de cassation soit moins réticente à admettre et appliquer la théorie du parasitisme sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle, au contraire de la chambre commerciale.

⁸⁹² Cf. not. Paris, 18 oct. 2000, *Légo* : *PIBD* 2001 713, III, 51 ; *D.* 2001, p. 850, note PASSA (J.), et p. 1226, obs. LE TOURNEAU (Ph.) ; *CCE* 2001, Comm. 113, note LE STANC (Ch.) ; *Cah. Dr. Entr.* 2001, n° 2, p. 39, obs. n° 27 MAINGUY (D.).

l'existence d'un préjudice, qui en vient à être présumé. Cela témoigne d'un recul de la sécurité juridique. La nécessité de dépasser ces inconvénients, à l'appui des solutions mentionnées, illustre que le fondement de la responsabilité civile délictuelle n'est qu'un outil insuffisant, car pas adapté par nature, pour assurer la défense de l'intérêt en jeu⁸⁹³. D'une action à une autre, la recevabilité et la protection peuvent ne pas être assurées, si le juge considère que la faute n'est pas caractérisée ou que le préjudice n'est pas réparable. Il en découle un manque de prévisibilité et donc de sécurité juridique pour la victime⁸⁹⁴. Cela se révèle également inégalitaire pour les justiciables susceptibles de ne pas être tous logés à la même enseigne.

403. Aléa tenant à l'étendue de la réparation. La solution de la décision jurisprudentielle rendue peut également être aléatoire, vis-à-vis du montant de la condamnation à réparation du préjudice. En effet, sur le terrain de la responsabilité civile délictuelle, le préjudice de la victime est réparable dans les limites du principe de la réparation intégrale. Il s'agit de réparer tout le préjudice, mais rien que le préjudice. Or, l'indemnité allouée à la victime pour réparer son préjudice peut s'avérer inférieure dans son montant à l'étendue du préjudice subi strictement et des désagréments alentours. Aussi, compte tenu du principe de la réparation intégrale, la commission de la faute sanctionnée pourrait être considérée comme lucrative. En effet, l'auteur de la faute, quand bien même il serait sanctionné par la condamnation à verser des dommages et intérêts, peut en retirer tout de même un bénéfice. La sanction, ce faisant, n'apparaît pas efficace, ni suffisamment dissuasive. Déjà, la protection de l'investisseur victime d'actes de parasitismes, qualifiable peut-être de faute lucrative, n'apparaît pas suffisante⁸⁹⁵. Il faut également mentionner le fait que, malgré le refus de la condamnation à des dommages et intérêts d'ordre punitifs en droit français de la responsabilité civile, la jurisprudence y a tout de même recours de façon officieuse. Ces condamnations officieuses par les juges du fond, sous le manteau de leur pouvoir souverain d'appréciation, n'est pas juridiquement sécuritaire. Elles n'assurent pas un souci d'égalité dans le traitement des intérêts des différentes victimes. Aussi,

⁸⁹³ BARBIER (H.), *op. cit.*, p. 530-531, n° 614, sur l'artifice du rattachement à la responsabilité civile : « Outre ce manque de sécurité juridique, il semble également que raisonner à partir du triptyque de la responsabilité civile est purement artificiel et ne rend pas compte de la véritable question juridique qui se pose. Pourquoi a-t-on tant de mal dans les cas de parasitisme à définir ce qu'est la faute et plus encore ce en quoi consiste le préjudice ? Simplement parce que ces mécanismes ne sont pas adaptés ».

⁸⁹⁴ VIVANT (M.) (dir.), *Le Lamy Droit du numérique*, Lamy Expert, Paris : Wolters Kluwer, 2016, p. 38, n° 59, spé. p. 39, au sujet de la sanction du parasitisme, « La vérité est qu'à défaut d'une forte théorisation préalable, cette jurisprudence s'est faite, si l'on ose dire « sur le tas » et qu'en dépit de formules largement répétées (ainsi sur le fait de se placer dans le sillage d'un tiers), les contours du permis et de l'interdit sont mal dessinés. Ce qui n'est évidemment pas bon du point de vue de la sécurité juridique ».

⁸⁹⁵ Cf. BORGHETTI (J-S.), « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Études offertes à Geneviève VINEY*, Paris : LGDJ, 2008, p. 145 et spé. p. 147.

l'allocation officieuse à des dommages et intérêts punitifs n'étant pas prévisible juridiquement, la victime ne peut compter dessus à l'avance. Au-delà de l'effet insécuritaire découlant des différentes incertitudes recensées, le recours au fondement de la responsabilité civile délictuelle pour assurer la protection de l'investisseur est également susceptible d'impacter la cohérence du système juridique.

B. L'impact de la technique sur la cohérence générale du droit

404. L'universalisme perturbateur du fondement. La possibilité de protection de l'intérêt de l'investisseur sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle est heureuse et parfois d'un grand secours. Elle pose néanmoins quelques difficultés de fond, tenant à sa justification et sa portée. L'insuffisance du fondement de la responsabilité civile délictuelle pour assurer la protection de l'investisseur peut également être constatée au sujet des questions de fond posées par son utilisation, au-delà des questions de forme⁸⁹⁶. C'est particulièrement au travers de l'action spécifique en parasitisme des investissements que le recours au fondement est critiquable. La technique employée impacterait la cohérence générale du droit. Elle tendrait ainsi à révéler une contradiction entre les sources et règles juridiques existantes en la matière (1). De plus, la critique tient à la portée extensive et risquée de la technique employée pour protéger l'intérêt de l'investisseur, notamment au regard de la préservation de ceux des tiers (2).

1) Une contradiction entre les sources et règles juridiques

405. Une nécessaire protection impliquant pourtant des contradictions. Il peut apparaître nécessaire pour l'investisseur, et probablement aussi pour le dynamisme économique, d'avoir recours au fondement universel de la responsabilité civile, afin de limiter le risque d'investissement. La satisfaction de cette nécessité se traduit pourtant par des contradictions juridiques. S'il s'agit de protéger l'opération d'investissement en assurant *a minima* sa rentabilité, le recours à ce fondement et sa justification, au travers par exemple de l'action en parasitisme, emportent certaines critiques⁸⁹⁷. Celles-ci relèvent notamment de l'existence de contradictions dans les sources du droit, et dans les règles applicables à la situation. En effet,

⁸⁹⁶ BARBIER (H.), *op. cit.*, p. 525, n° 606, distinguant des arguments de forme et de fond dans la critique de la solution du parasitisme.

⁸⁹⁷ VIVANT (M.) (dir.), *Le Lamy Droit du numérique*, *op. cit.*, p. 42-44, n° 64-68, envisageant les arguments favorables, puis les arguments critiques à l'endroit du parasitisme.

certaines sources du droit ne semblent pas partager la même position, quant à la question de savoir s'il est possible de porter librement atteinte à l'opération d'investissement par un acte de parasitisme.

406. Méconnaissance des principes de libertés. D'une part, existe un principe de liberté de la copie rattachable aux divers principes de liberté de commerce et d'industrie, de la concurrence, de la création et d'expression. D'autre part, lorsque la jurisprudence sanctionne l'utilisation du résultat d'investissement en la considérant comme illicite, apparaît alors *a priori* une contradiction avec le principe précité⁸⁹⁸. En effet, la jurisprudence semble méconnaître le principe de la liberté en sanctionnant un comportement pourtant licite par principe, quand bien même il serait préjudiciable pour l'investisseur. Cette contradiction s'inscrit dans la tendance de la nécessité à assurer une réservation des valeurs économiques présentant des avantages concurrentiels⁸⁹⁹. Cette tendance trouve sans doute une de ses manifestations les plus significatives au travers de la mobilisation du fondement de la responsabilité civile délictuelle, spécifiquement dans la mise en œuvre de l'action en parasitisme des investissements, aboutissant à la réservation recherchée du résultat d'investissement.

407. Ignorance par la jurisprudence de la spécificité d'un mécanisme d'exception. Si le principe est celui de la liberté, il faut toutefois préciser que la loi organise directement un régime d'exceptions s'agissant de l'utilisation libre des valeurs économiques. Le législateur prend en effet le soin de constituer et de justifier des exceptions à ces principes de libertés, en instituant des monopoles légaux sur l'utilisation de valeurs économiques. Au titre de ces dernières, y figure notamment, parfois, notre résultat d'investissement. Ces monopoles ne sont toutefois pas généraux, mais bien exceptionnels. Ainsi, lorsque la jurisprudence, sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle, sanctionne l'acte de détournement du résultat d'investissement susceptible de porter atteinte au processus de rentabilité de l'opération, elle méconnaît la compétence et la volonté du législateur.

408. L'impact des contradictions sur la cohérence du droit. À supposer que le droit de la propriété intellectuelle institue des droits de réservations exclusifs sur des résultats d'investissements, il n'aurait pas vocation à être remplacé dans son office par le droit de la responsabilité civile. Cependant, par une extension de ses fonctions et une évolution de ses

⁸⁹⁸ *Id.*, p. 43, n° 66 : « [...], lorsque la loi parle de liberté, le juge peut-il répondre en parlant d'interdit ? On peut sérieusement en douter ».

⁸⁹⁹ PASSA (J.), « Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique », *loc. cit.*, p. 300, n° 9 : « N'y a-t-il pas une contradiction fondamentale, d'une part, dans l'affirmation de la licéité de la copie de ce qui n'est pas protégé et, d'autre part, dans l'interdiction de son corollaire logique, à savoir la faculté de réaliser une économie d'investissements ? ».

conditions menées par la jurisprudence, la responsabilité civile paraît se substituer à la propriété intellectuelle. Elle assume, de façon détournée, une charge de réservation du résultat d'investissement et de préservation de la rentabilité de l'investissement⁹⁰⁰. Le fondement apparaît subverti. C'est la rançon du succès. Il en ressort alors un franchissement de frontières par le biais de la contradiction entre les sources et les règles juridiques et donc probablement, un impact sur la cohérence⁹⁰¹. Or, pour être cohérent, le système juridique ne doit pas porter en son sein de contradictions. Il doit également s'assurer d'une forme de logique dans l'articulation de ses normes. Tel ne semble plus être le cas dans notre hypothèse. La situation n'est plus très claire : elle perd en lisibilité, à l'occasion d'une recherche des lignes de démarcation entre le champ de la propriété intellectuelle et celui de la responsabilité civile. Un exemple tient notamment dans le fait que la faute, dans le parasitisme des investissements, tend à s'identifier à l'atteinte à la protection juridique d'un intérêt, comme c'est le cas pour le droit subjectif de propriété intellectuelle⁹⁰². Or, la responsabilité civile se présente traditionnellement comme la sanction de la méconnaissance préjudiciable d'un devoir⁹⁰³. Au travers de la mise en œuvre d'une action sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle, on recherche un moyen de reconstituer les effets d'un monopole qui pourtant n'existe pas légalement⁹⁰⁴, et que le législateur semble ne pas avoir souhaité⁹⁰⁵. Par de là le manque de lisibilité, cette tendance impacte la sécurité juridique et matérielle, non seulement de l'investisseur recherchant activement la protection de son intérêt, mais également celle des tiers (parasites et consommateurs), que l'ordre juridique se doit pourtant de préserver.

409. Le potentiel « parasitisme de la propriété intellectuelle » confinant à son inutilité⁹⁰⁶. Si l'utilisation du fondement de la responsabilité civile, de façon concurrente de celui de propriété intellectuelle est motivée par la nécessité de se prévaloir d'un mode de

⁹⁰⁰ GRUNDELER (G.), *op. cit.*, p. 295, n°276

⁹⁰¹ LARRIEU (J.), « Les territoires disputés de la concurrence déloyale et de la propriété intellectuelle », in BRUGUIÈRE (J.-M.) (dir.), *La propriété intellectuelle dans les droits du marché et de la rivalité concurrentielle*, Coll. Thèmes & commentaires, Paris : Dalloz, 2016, p. 101.

⁹⁰² PASSA (J.), « Propos dissidents [...] », *loc. cit.*, p. 301, n° 15.

⁹⁰³ *Id.*, p. 302, n° 16 : « [...] si une prestation ne donne pas prise à l'une des lois spéciales, l'effort intellectuel et financier qu'elle a impliqué n'est à dessein pas protégé, et n'a pas à l'être davantage par le droit de la responsabilité civile. C'est aux droits privatifs et à eux seuls qu'incombe cette protection ».

⁹⁰⁴ BURST (J.-J.), « La reconstitution des "monopoles" de propriété industrielle par l'action en concurrence déloyale ou en responsabilité civile : mythe ou réalité ? », in *Mélanges dédiés à Paul MATHÉLY*, Paris : Litec, 1990, p. 93, spé. p. 100.

⁹⁰⁵ PASSA (J.), « Propos dissidents [...] », *loc. cit.*, p. 301, n° 12 : « La condamnation de toute utilisation sans autorisation du travail et des investissements d'un concurrent revient ni plus ni moins, finalement, à édifier, contre la volonté du législateur, une protection de seconde zone aux lieu et place des droits privatifs, à constituer ou reconstituer par une autre voie un monopole qui, sur le terrain de la propriété intellectuelle, n'a pu être institué ou a disparu ».

⁹⁰⁶ L'intitulé est inspiré du titre de l'article de HUILLIER (M.), « Le parasitisme parasite-t-il la propriété intellectuelle ? », *Gaz. Pal.* 8 nov. 2001, p. 6.

réserve d'un résultat d'investissement⁹⁰⁷, il existe alors un risque que ce second périçlile. En effet, le recours à la responsabilité civile pourrait tendre à l'inutilité du régime d'exception de la propriété intellectuelle, au-delà de la question de leur concurrence⁹⁰⁸. Monsieur le Professeur Jérôme Passa s'interroge en ce sens : « pourquoi en effet chercher à satisfaire aux exigences rigoureuses des lois spéciales si, en toute hypothèse, il est possible d'obtenir une protection équivalente, voire supérieure puisque sans limitation de durée, sur le fondement de la responsabilité civile ? Faire dépendre d'exigences particulièrement légères des sanctions aussi fermes que celles de la contrefaçon - tout au moins sur le plan civil -, c'est réduire la portée et l'utilité des droits privatifs »⁹⁰⁹. L'application de la sanction du parasitisme sur le fondement de la responsabilité civile présente une menace pour l'existence même du droit de la propriété intellectuelle, mais également, et d'abord, pour l'équilibre des intérêts en jeu⁹¹⁰. Quand bien même l'argument de la ruine des propriétés intellectuelles serait réfutable au regard du régime modeste du parasitisme⁹¹¹, il n'en demeure pas moins que celui-ci a une vocation expansionniste, dès lors qu'il repose sur un fondement souple. Cette souplesse explique que la théorie du parasitisme, en dehors de la fixation de bornes suffisantes, ait une portée trop importante, et donc potentiellement perturbatrice pour la cohérence et l'équilibre au sein du système juridique.

2) Une protection trop extensive risquée

410. L'effet perturbateur d'une protection extensive. Les contradictions, sur lesquelles reposent l'application de la théorie du parasitisme et sa sanction, aboutissent à son caractère potentiellement illimité. La protection conférée est susceptible d'aller au-delà de ce que permet la protection spéciale accordée par le droit de la propriété intellectuelle. La limite posée par la solution du parasitisme aux principes de liberté de l'utilisation des résultats d'investissement peut faire reculer l'effort de préservation des intérêts concurrents, individuels ou collectifs⁹¹².

⁹⁰⁷ PASSA (J.), « Propos dissidents [...] », *loc. cit.*, p. 301, n° 12 : « On ne s'étonnera pas dès lors que la démarche de sanction du parasitisme s'apparente à la protection d'un véritable droit subjectif ».

⁹⁰⁸ *Id.*, p. 301, n° 15 : « Dans de telles conditions, le système de la propriété intellectuelle risque naturellement de perdre de son utilité » ; PARLÉANI (G.), « La tentation du moyen-âge. L'exemple du parasitisme », in *Mélanges en l'honneur de Christian GAVALDA, Propos impertinents de droit des affaires*, Paris : Dalloz, 2001, p. 243, spé. n° 15, sur la réduction de l'intérêt des droits privatifs.

⁹⁰⁹ PASSA (J.), « Propos dissidents [...] », *loc. cit.*, p. 301, n° 15 ; AZÉMA (J.), « L'incidence des dérives du parasitisme sur le régime des droits de propriété intellectuelle », in GERMAIN (M.) et FOYER (J.) (dir.), *Études de droit privé : Mélanges offerts à Paul DIDIER*, Paris : Economica, 2008, p. 1, spé. p. 5.

⁹¹⁰ PASSA (J.), « Propos dissidents [...] », *loc. cit.*, p. 299, n° 6 et s.

⁹¹¹ LE TOURNEAU (Ph.), *Le parasitisme, op. cit.*, p. 268, n° 363, spé. p. 269.

⁹¹² HUEBER (C.) et BINN (S.), « Comment sauver la théorie du parasitisme ? », *CCC* août 2000, Chron. 13.

Le risque réside par ailleurs dans l'atrophie du dynamisme de la création et de son secteur⁹¹³, ce qui, *in fine*, serait également préjudiciable pour le public consommateur ou concurrent. La souplesse du fondement utilisé et le manque de rigueur dans les conditions de l'action ouvrent la porte à l'application extensive de la protection⁹¹⁴. Cette extension semble alors incontrôlée, ce qui constitue un risque pour la cohérence du droit et l'équilibre entre les intérêts, si la jurisprudence ne prend pas le soin de poser des conditions plus fermes⁹¹⁵. En dépit de l'opportunité technique de la solution conférée par la sanction du parasitisme au bénéfice de l'investisseur, c'est sa portée générale qui la rend en effet redoutable⁹¹⁶. Cette portée générale tient à la fois à l'étendue de son champ matériel, et à celle de son champ temporel. Les critères de la protection conférée semblent trop généraux.

411. Le champ matériel trop extensif de la protection. Il apparaît, d'abord, que le passage des cas limités de concurrence déloyale, au cas de concurrence parasitaire puis à celui d'agissement parasitaire, a ouvert la porte à ladite extension. Ensuite, l'extension du parasitisme de la notoriété, au simple parasitisme des investissements et du travail d'autrui, par analogie, a contribué à la portée générale de l'utilisation du fondement. La responsabilité civile délictuelle a été utilisée pour sanctionner des comportements parasitaires néfastes pour les intérêts des investisseurs, en dehors même des situations de concurrence et de risques de confusions. On ne sanctionne plus alors la méconnaissance d'un devoir de conduite – la loyauté dans la concurrence, mais l'atteinte à une activité et à une valeur économiques – l'investissement et le résultat d'investissement. L'attribution d'une nouvelle fonction au fondement, ainsi que l'aménagement des conditions de l'action, pas toujours rigoureusement appliquées, ont alors contribué à conférer une protection plus large que celle offerte par la propriété intellectuelle⁹¹⁷. Selon une lecture extensive de l'essence de la faute de parasitisme, tout détournement de quelconque résultat d'investissement pourrait être sanctionné. Ce critère de l'investissement réalisé par la prétendue victime du parasitisme semble en effet assez général. Faire reposer l'existence de la faute sur l'existence d'un investissement de la part de la victime, revient à se placer du côté de la victime pour identifier une faute dans le comportement du parasite, plutôt

⁹¹³ PASSA (J.), « Propos dissidents [...] », *loc. cit.*, p. 303, n° 21.

⁹¹⁴ LARRIEU (J.), « Les territoires disputés de la concurrence déloyale et de la propriété intellectuelle », *loc. cit.*, spé. p. 102 et s.

⁹¹⁵ MALAURIE-VIGNAL (M.), « Réflexions sur la théorie du parasitisme économique », *CCC* oct. 2001, Chron. 15 ; LARRIEU (J.), « Les territoires disputés de la concurrence déloyale et de la propriété intellectuelle », *loc. cit.*, p. 101 et s.

⁹¹⁶ LUCAS (A. et H.-J.) et LUCAS-SCHLOETTER (A.), *op. cit.*, 4^e éd., p. 25-26, n° 21, au sujet de la théorie des agissements parasitaires : « *Au vrai, c'est la portée générale de la théorie qui la rend redoutable* » ; CHEVALIER (E.), « Parasitisme et droit privatif : et si l'extension du domaine concourait à sa propre perte ? », *D.* 2002, p. 3142.

⁹¹⁷ PASSA (J.), « Propos dissidents [...] », *loc. cit.*, p. 301, n° 12.

que de se placer du côté de ce dernier, ce qui peut sembler incohérent. Par ailleurs, en l'état de la jurisprudence, on ne sait pas avec précision, s'il doit s'agir d'un investissement important ou pas⁹¹⁸. Si tel est le cas, l'on conviendra que cela apparaît inégalitaire dans le traitement des intérêts des différents investisseurs prétendant être lésés. Aussi, se fonder sur l'existence d'un investissement pour déceler une faute de parasitisme implique des risques tenant au pouvoir d'appréciation du juge saisi⁹¹⁹.

412. Le champ temporel trop extensif de la protection. Le champ temporel de la protection conférée par la sanction du parasitisme sur le fondement de la responsabilité civile est lui aussi assez étendu. Il ne connaît *a priori* pas de limite, sauf celle que le juge voudra bien lui appliquer au gré des décisions. L'application de la sanction du comportement parasitaire ne semble pas dépendre d'une limite temporelle. Elle peut intervenir à différentes phases de la vie de l'opération d'investissement. L'acte de détournement d'investissement peut en effet être engagé à compter du moment où le résultat d'investissement existe, et qu'il est susceptible d'emporter la convoitise des tiers à raison de la valeur économique représentée. Il convient de rappeler que, si la sanction du parasitisme peut être utilisée pour pallier l'absence de droit privatif, elle peut également l'être pour assurer la réservation lorsqu'un droit privatif existait, mais qu'il a atteint son terme. Le fondement permet alors de faire perdurer l'effet de monopole et donc, la durée de protection. L'utilisation du régime de la responsabilité civile pour réserver le résultat d'investissement est alors insatisfaisante, car elle parvient à une forme de réservation non-limitée dans le temps, alors que cela est nécessaire pour permettre l'accès du public à l'information tôt ou tard. C'est d'ailleurs une nécessité que tente de mettre en œuvre le droit de la propriété intellectuelle. Nous avons déjà pu avancer que la durée limitée des droits subjectifs de propriété intellectuelle était fixée dans le but de concilier l'attente de retour sur investissement, et le besoin des tiers de jouir librement ensuite du résultat d'investissement réservé. Or, la protection, potentiellement illimitée dans le temps et conférée par la sanction du parasitisme, est préjudiciable pour les intérêts des tiers, qui ne peuvent alors jouir librement des éléments censés constituer suffisamment le domaine public. La protection offerte par la sanction du parasitisme risque en effet d'amputer le domaine public, de faire reculer les libertés des tiers, et plus généralement, la liberté de la concurrence et de la création⁹²⁰.

⁹¹⁸ Sur la question de l'exigence d'un investissement qualifié d'« important », cf. not. GRUNDELER (G.), *op. cit.*, p. 284, n° 266.

⁹¹⁹ PASSA (J.), « Propos dissidents [...] », *loc. cit.*, p. 304, n° 25.

⁹²⁰ *Id.*, p. 19, n° 18 et s.

413. La nécessité de limiter la vocation expansionniste en raison de ses potentielles conséquences. La généralité des critères appliqués pour parvenir à la sanction des actes de parasitisme des investissements sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle témoigne de sa potentielle étendue illimitée. Tout résultat d'investissement pourrait s'en trouver réservé. Il en ressort des risques d'atteinte aux intérêts des tiers et une perte de cohérence de la matière et de celle, voisine, de la propriété intellectuelle. Une telle sanction tend à entraver la liberté de la concurrence qui pourtant est de principe, ainsi que les initiatives des autres agents économiques sur le marché. Réserver, par la sanction du parasitisme, des résultats d'investissements ne faisant délibérément pas l'objet d'un droit exclusif de propriété intellectuelle, c'est concourir indirectement à la limitation de la consistance du domaine public⁹²¹. Face à cette situation qui ne saurait être pleinement satisfaisante, la doctrine plaide pour une circonscription des champs de la solution⁹²². Il ne s'agit alors pas, tant d'anéantir la théorie du parasitisme, que d'en limiter le domaine potentiellement extensif et excessif. Des propositions ont été faites en ce sens. Leurs mises en œuvre participeraient à instituer une dose de cohérence et d'équilibre dans le droit.

414. Circonscription du champ matériel. Pour contenir l'effet expansif de l'application de la sanction du parasitisme, il pourrait d'abord s'agir de ne la rendre que subsidiaire⁹²³. Elle ne trouverait à s'appliquer qu'en dehors de la possibilité d'une autre solution protectrice. Aussi, certains auteurs considèrent, quant au critère de la faute engageant la responsabilité civile, qu'il conviendrait plutôt de sanctionner le détournement d'un investissement qui soit important⁹²⁴. Cela limiterait le champ de la réservation. Il a ainsi été proposé de substituer au critère de l'investissement, celui de la « valeur ajoutée »⁹²⁵. Autrement dit, serait alors fautive non la seule reprise d'un résultat d'investissement, mais plutôt, cette reprise, sans adjonction d'un apport significatif de la part d'un autre agent. De plus, dans le cadre de la limitation du champ matériel de la protection par la sanction du parasitisme, il serait plus raisonnable d'en revenir à une rigueur originelle : ce qui doit être sanctionné, pour fautif, n'est pas l'utilisation systématique du résultat d'investissement par un tiers, mais la façon dont cela est fait. Une telle position permettrait de respecter la philosophie et le régime de la responsabilité civile, malgré le fait que cela marquerait, également, un recul de la prise en compte de l'intérêt de l'investisseur.

⁹²¹ *Id.*, n° 20.

⁹²² Cf. not., MALAURIE-VIGNAL (M.), « Réflexions sur la théorie du parasitisme économique », *loc. cit.* ; HUEBER (C.) et BINN (S.), *loc. cit.* ; LARRIEU (J.), « Les territoires disputés de la concurrence déloyale et de la propriété intellectuelle », *loc. cit.*, p. 101, spé. p. 105 et s.

⁹²³ LE TOURNEAU (Ph.), *Le parasitisme*, *op. cit.*, p. 268, n° 361.

⁹²⁴ GRUNDELER (G.), *op. cit.*, p. 284-285, n° 267.

⁹²⁵ FRION (J.-J.), *loc. cit.*, p. 8, n° 3 et s.

415. Circonscription du champ temporel. Par ailleurs, pour contenir le champ temporel de la protection, il est proposé que la sanction du parasitisme ne trouve à s'appliquer que pour protéger et réserver un résultat d'investissement n'ayant pas encore fait l'objet d'un droit privatif dont le terme serait atteint⁹²⁶. Il s'agit là d'éviter l'effet de continuation de la protection dans le temps, au-delà de ce que le législateur prévoit pourtant de façon spéciale. Dans la lignée de la limitation du champ temporel, il semble également judicieux de restreindre la protection en tenant compte de la durée de monopole que nécessite la phase de retour sur investissement de l'opération, dans une idée de proportionnalité⁹²⁷. Le temps de la protection ouverte doit être en corrélation avec le temps raisonnable qu'implique la rentabilité.

Section 2 – Les faveurs du fondement privatif

416. Un fondement vertueux et continuellement sollicité. Le modèle propriétaire de réservation d'une valeur économique, sous la figure du droit de propriété intellectuelle, nous semble la technique la plus adéquate pour assurer la protection de l'investissement économique dans la création d'un objet immatériel. Ce mode de réservation révèle tous ses enjeux dans l'aptitude à sécuriser l'intérêt de l'investisseur en favorisant la perception du retour attendu de l'opération. L'adéquation du fondement privatif peut être soutenue par une analyse plus précise de ses vertus, et par le constat de sa sollicitation continue. Le droit de propriété se présente en effet comme un mode complet de protection. Ses vertus résident dans sa nature et dans la spécificité des éléments de mise en œuvre du régime. Il est plus apte que les autres techniques de réservation à offrir une sécurisation pour lutter contre le risque d'investissement. Ces effets positifs concourent à choisir ce modèle pour satisfaire l'objectif. De plus, les convoitises et sollicitations continues des investisseurs à l'égard de cette technique, parfois octroyée par le législateur, appuient l'opportunité technique et politique de son adoption.

417. Plan. Pour justifier l'utilité de l'adoption du modèle propriétaire dans le cadre de la protection de l'investissement, il s'agira, d'abord, d'en identifier les vertus recherchées, en comparaison des limites présentées par les autres techniques (I). Il s'agira, ensuite, de constater que l'adoption de la technique propriétaire est soutenue par sa sollicitation continue (II).

⁹²⁶ *Ibid.*

⁹²⁷ En ce sens, CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Coll. Nouv. Bibl. de Thèses, t. 32, Paris : Dalloz, 2004, p. 655, n° 670.

I. Les vertus recherchées du modèle propriétaire

418. Effets positifs de la technique en comparaison des autres modes de protection. Tout comme les techniques extra-privatives, celle reposant sur le modèle propriétaire présente des vertus indéniables. La technique propriétaire se démarque pourtant des autres par sa force et sa précision. Cela explique que les investisseurs cherchent à s'en prévaloir parfois en priorité. Le droit subjectif réel, plus spécialement de propriété – intellectuelle, semble en effet le mode de réservation, et donc de protection de l'investissement, le plus complet, au regard des autres techniques (A). Aussi, la mise en œuvre plus aisée de son régime de réservation et de valorisation dans la défense de l'intérêt explique son attractivité (B).

A. Le mode de protection de l'investissement le plus complet

419. Étendue et prévisibilité de la protection. Au regard des aptitudes parfois limitées des techniques extra-privatives de protection de l'investissement expliquant leur rejet, le mode qui nous intéresse ici recèle des aptitudes plus complètes⁹²⁸. À la différence des fondements contractuel et de la responsabilité civile délictuelle, le fondement propriétaire offre une protection d'un plus large rayonnement et d'une plus grande prévisibilité. L'exclusivité conférée par le droit subjectif de propriété intellectuelle et le champ de son opposabilité sont plus étendus et donc, plus avantageux (1). Aussi, l'intérêt de l'investisseur se trouve davantage protégé grâce à la prévisibilité offerte par ce droit subjectif (2).

1) *L'étendue avantageuse de l'exclusivité et du mode d'opposabilité*

420. L'étendue de la voie de l'exclusivité. L'exclusivité conférée par le droit assure la maîtrise du résultat d'investissement. Le droit subjectif de propriété intellectuelle assure ce pouvoir d'exclusivité, mais il n'est pas le seul à pouvoir assumer la fonction. Le droit personnel institué par le contrat permet également d'installer une exclusivité sur une chose. Aussi, l'utilisation du fondement de la responsabilité civile peut aboutir à consacrer, *a posteriori*, une certaine forme d'exclusivité et donc de réservation. Cependant, les voies empruntées pour pouvoir se prévaloir du rapport d'exclusivité ne sont pas les mêmes. La voie du droit subjectif réel de propriété – intellectuelle – apparaît plus intéressante. En effet, le droit de propriété est considéré comme offrant et concentrant le plus de pouvoir sur une chose dans les mains de son

⁹²⁸ BERGEL (J.-L.), CIMANTONI (S.), ROUX (J.-M.) et TRANCHANT (L.), *op. cit.*, p. 133, n° 110.

titulaire. L'on affirme que les pouvoirs du propriétaire sur la chose réservée – usus, fructus et abusus - sont absolus et directs. Les utilités de la chose s'en trouvent réservées exclusivement au bénéfice du titulaire du droit, et, possiblement, au bénéfice de l'investisseur. En revanche, par exemple, s'agissant du droit personnel institué pour assurer la réservation, l'exclusivité n'est pas aussi automatique et doit d'abord faire l'objet de stipulations précises en ce sens. De plus, le pouvoir exercé sur la chose, et dont le créancier investisseur entend se réserver les utilités, n'existe que de façon indirecte, par l'intermédiaire d'un débiteur. Ce dernier fait ainsi « écran ». Le créancier ne jouit de la forme d'exclusivité qu'en exigeant du débiteur un certain comportement. La maîtrise du résultat d'investissement n'est donc pas aussi spontanée qu'en matière de droit de propriété.

421. Le mode d'opposabilité plus automatique. Aussi, au-delà de la maîtrise absolue conférée par le droit de propriété à son titulaire, sur la chose ainsi réservée, la protection de l'intérêt est fortifiée par la forte capacité d'exclusion des tiers. Le rapport d'exclusivité entre le titulaire et la chose peut également être opposé aux tiers. L'opposabilité de cette exclusivité implique que les tiers se trouvent exclus de cette relation⁹²⁹. Ils ne peuvent empiéter sur le terrain du propriétaire, pour tirer quelque avantage que ce soit de l'objet réservé. L'opposabilité de la situation d'exclusivité à l'égard des tiers existe pourtant également, comme nous l'avons vu, en matière de droit subjectif personnel. Cependant, nous avons pu préciser que la voie de l'opposabilité et de son déclenchement ne sont pas les mêmes. En effet, tandis que l'opposabilité du droit subjectif réel, de propriété – intellectuelle- est automatique, tel n'est pas le cas s'agissant du droit de créance⁹³⁰. Les tiers à la relation contractuelle sont bel et bien tenus de respecter la situation juridique créée, mais, en cas de méconnaissance, la sanction du non-respect n'est pas déclenchée de la même manière⁹³¹. Le créancier investisseur qui se prétend victime d'une atteinte à l'existence de la relation contractuelle par un tiers, doit prouver qu'il en résulte pour lui un préjudice causé par une faute, ce qui n'est pas le cas dans le cadre du droit réel⁹³². En cette dernière hypothèse, le titulaire n'a qu'à prouver l'existence de son droit et son atteinte. Ainsi, l'opposabilité du droit de propriété est plus attractive pour la protection de l'intérêt de l'investisseur, car l'existence de la prérogative est notamment portée plus largement à la connaissance des tiers⁹³³.

⁹²⁹ GHESTIN (J.), BARBIER (H.) et BERGÉ (J.-S.), *op. cit.*, p. 261, n° 327.

⁹³⁰ Cf. DROSS (W.), *op. cit.*, p. 266, n° 138 et s.

⁹³¹ Cf. *supra*, n° 384 et s.

⁹³² BERGEL (J.-L.), CIMANTONI (S.), ROUX (J.-M.) et TRANCHANT (L.), *op. cit.*, p. 115, n° 99.

⁹³³ DROSS (W.), *op. cit.*, p. 271, n° 140.

2) Une prévisibilité assurée de la protection de l'intérêt

422. Complétude de la protection de l'intérêt au travers de sa prévisibilité en comparaison des autres techniques. L'avantage que présente la technique propriétaire dans la protection de l'investissement réside dans le fait qu'elle est prévue à l'avance de façon précise. Les contours de la réservation et de la gestion du processus de valorisation sont organisés par le législateur avant même qu'il puisse être porté atteinte au succès de l'opération. Tel n'est le cas des techniques fondées sur le droit des obligations. À la différence des fondements précédents, le fondement propriétaire offre une position assurée. La protection est prévue légalement de façon précise en amont⁹³⁴, de sorte que le titulaire du droit puisse être certain, ou quasi-certain, que son opération se déroulera dans un environnement favorable à son succès.

423. Vice de la technique contractuelle. On pourrait objecter que la technique contractuelle permet également d'organiser la protection en amont. La protection n'existe que si l'investisseur, détenteur du résultat d'investissement, prend la peine d'ajuster l'outil à ses besoins effectifs. Or, nous avons pu montrer que cette technique n'était pas d'une sécurité juridique et matérielle absolue en ce sens. Il se peut que l'issue de la mise en œuvre de la technique soit aléatoire pour diverses raisons. Le succès de la mise en œuvre de cette technique de protection dépend en effet des comportements des partenaires contractuels, voire des tiers, ainsi que de la décision finale du juge qui prononcera la sanction, le cas échéant.

424. Vice de la responsabilité civile délictuelle. La protection de l'intérêt de l'investisseur fondée sur la responsabilité civile délictuelle, au travers notamment de l'action en parasitisme des investissements, souffre d'un manque de prévisibilité dans son régime et l'issue de l'action. La victime, demandeuse à l'action, n'est pas certaine d'en ressortir *in fine* avec un intérêt effectivement préservé. La solution est aléatoire et dépend du pouvoir souverain des juges. De plus, la sanction des comportements délictuels sur le terrain de la responsabilité civile, si elle peut protéger l'intérêt de l'investisseur, n'est qu'une protection *a posteriori*. La protection

⁹³⁴ ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., p. 69, « Sous le régime actuel de légalité, les droits n'ont pas la figure de simples intérêts auxquels serait accordée après coup la protection juridique ; ils sont constitués dès la première heure à l'état de droits, c'est-à-dire qu'ils confèrent la sécurité juridique, [...]. Si on acquiert une propriété, si on demande un brevet, si on dépose une marque, c'est pour avoir un droit assuré à l'avance : la situation juridique est une situation en quelque sorte pré-constituée, qui déroulera ses effets sous la protection éventuelle des autorités judiciaires » ; BARBIER (H.), op. cit., p. 528, n° 611, à propos de l'octroi d'un véritable droit de propriété intellectuelle sur toute information née de la prise de risque de marché, « compris dans une logique pétitoire et possessoire, il n'exigerait d'autre condition que la démonstration de la propriété et de sa violation, posséderait les caractéristiques de la règle légale, rigidité et prévisibilité » ; MAETZ (C.-A.), *Essai sur l'appropriation d'une valeur économique*, Coll. Institut de droit des affaires, Aix-en-Provence : PUAM, 2010, spé. p. 406, note n° 1968.

effective en ressortant n'existe qu'après que le fait ayant lésé l'intérêt ait été commis⁹³⁵. En comparaison, les vertus du fondement privatif s'illustrent également au stade de la mise en œuvre plus aisée du régime de réservation et de valorisation, lequel offre davantage de sécurité à l'intérêt susceptible d'être lésé.

B. La mise en œuvre plus aisée du régime de réservation et de gestion de la valorisation

Un régime de protection plus sécurisant. La prévisibilité assurée de la protection de l'investisseur, illustrant la complétude de la technique, peut également être reliée à la mise en œuvre plus aisée du régime de la réservation du résultat d'investissement et de la gestion de sa valorisation. Le bénéfice du dispositif de protection privative par l'investisseur est facilité en amont de la commission éventuelle d'un comportement nuisible à son intérêt (1). Aussi, et contrairement à ce qu'offrent les fondements extra-privatifs dans l'hypothèse de l'existence de ce comportement, l'atteinte à l'intérêt est sanctionnée, en aval, de façon plus automatique (2).

1) Le bénéfice facilité de la protection en amont d'une éventuelle atteinte

425. La possibilité d'une protection facilitée en amont d'une éventuelle atteinte à la rentabilité de l'opération d'investissement. La protection de l'intérêt de l'investisseur doit logiquement exister antérieurement à la commission éventuelle d'actes de nature à empêcher la rentabilité de son opération, de sorte que la réaction juridique puisse être déclenchée aussitôt, de façon plus aisée et automatique⁹³⁶. La protection par un droit de propriété sur le résultat d'investissement dont peut, ou pourrait se prévaloir l'investisseur, est opposable *erga omnes*. Ce caractère permet d'informer les tiers du champ et de la portée de l'exclusivité, les dissuadant d'y porter atteinte. Cet effet dissuasif découle de la perspective d'une sanction prévisible à craindre. En somme, la connaissance de l'existence d'une protection par les tiers est un argument devant les dissuader de ne pas commettre de comportements néfastes. Au regard des autres techniques de protection, le fondement privatif offre le bénéfice d'une protection facilitée. En effet, par son existence en amont d'une éventuelle atteinte, l'investisseur peut se prévaloir sans, ou avec moins d'effort et de peine, du régime de protection. Cela s'illustre à l'examen du processus que le titulaire du droit suit pour pouvoir prétendre aux effets du régime.

⁹³⁵ GÉRARD (Ph.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Droit et intérêt*, vol. 2, *op. cit.*, p. 38.

⁹³⁶ Cf. *infra*, n° 427 et s.

L'attrait de la technique réside ainsi dans l'organisation légale, et en amont, du champ de la réservation et de la gestion de la valorisation.

426. Facilité de la protection dans la réservation et dans la valorisation. S'agissant du processus de réservation du résultat d'investissement, que permettent parfois déjà certains droits de propriété intellectuelle, le champ de la maîtrise et de l'exclusivité sur cet objet est défini par la loi. Le droit objectif de la propriété intellectuelle institue ainsi des droits subjectifs de nature réelle sur certains objets, tout en précisant leur contenu. La prérogative conférée à l'investisseur, contenant des pouvoirs exclusifs et absolus, tient en une faculté d'interdire l'utilisation du résultat d'investissement par les tiers. Si le titulaire peut ainsi exclure autrui, c'est également parce que la loi lui reconnaît des pouvoirs exclusifs étendus⁹³⁷. Pour se prévaloir du droit de propriété intellectuelle sur le résultat d'investissement, il suffit que l'existence de ce dernier réponde aux critères fixés par le législateur. Au contraire du processus de réservation existant sur les fondements des obligations civiles de droit commun, l'investisseur n'a pas à prendre la peine de dresser un acte juridique pour faire valoir juridiquement son emprise sur le résultat d'investissement, ni à espérer l'effet de réservation, par exemple, d'une action en parasitisme des investissements⁹³⁸. En matière de droits subjectifs de propriété intellectuelle, il est vrai que leur source implique parfois de procéder à une demande et à remplir des formalités administratives. Cela peut apparaître inconfortable pour le futur titulaire du droit, notamment en termes de coûts. Cependant, le mérite de ce processus tient à une réservation identifiée et définie à l'avance par la loi. Les tiers, contre les agissements desquels l'investisseur entend se protéger, connaissent l'existence de cette réservation et le champ de l'exclusivité. La situation s'en trouve clarifiée. Ainsi, l'investisseur n'a pas besoin de consentir d'effort, et n'éprouve pas de peine à pouvoir se reposer sur la protection offerte par le droit de propriété. Au stade de la valorisation, la protection est elle aussi facilitée en amont d'une éventuelle atteinte à la rentabilité de l'opération. Cette étape constitue le cœur du processus. Par l'exploitation du résultat d'investissement réservé à son profit, l'investisseur peut espérer obtenir un retour de son investissement, et ainsi une rentabilité de l'opération. Le droit subjectif de propriété intellectuelle permet alors à son titulaire de bénéficier de règles légales accompagnant la valorisation de l'objet du droit. Les durées limitées des droits patrimoniaux d'exploitation, pendant lesquelles le titulaire du droit peut exploiter de façon exclusive le résultat d'investissement, lui permettent d'être en amont assuré de pouvoir espérer obtenir une rentabilité de son opération, de façon paisible, pendant un certain temps. En

⁹³⁷ MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.) et REVET (Th.), *loc. cit.*, p. 286, n° 16.

⁹³⁸ GÉRARD (Ph.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Droit et intérêt*, vol. 2, *op. cit.*, p. 38.

revanche, cette précision d'ordre légal fait défaut dans le cadre des protections extra-privatives. Dans le cadre du contrat, l'investisseur créancier doit nécessairement par une clause prévoir la durée d'exclusivité à son bénéfice de l'usage du résultat d'investissement gardé secret. Il doit alors faire une démarche positive en ce sens, là où dans le cadre du droit subjectif de propriété intellectuelle, la loi le prévoit d'office. Aussi, dans le cadre de la réservation indirecte du résultat d'investissement par la sanction d'un parasitisme des investissements, sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle, la protection en ressortant n'est pas déterminée ni limitée temporellement. Au-delà du fait que l'investisseur prétendument victime n'est pas certain, au moment où il agit en justice, d'en obtenir une protection, il s'avère que ce mode de réservation est risqué pour les tiers. La sanction est en effet susceptible de contrarier les intérêts des tiers. Dans cette hypothèse, une reconstitution d'un monopole existe en dehors des régimes spécifiques de propriété intellectuelle, contre la volonté du législateur, risquant de ne pas assurer l'équilibre entre les intérêts concernés. Par ailleurs, dans certains régimes de propriété intellectuelle, l'existence de règles légales visant à organiser la cession ou l'exploitation contractuelle à un tiers, œuvre dans le sens de la protection des intérêts des titulaires, mais aussi de ceux des utilisateurs du résultat d'investissement. Comme nous avons déjà pu l'évoquer, elles tendent à assurer l'investisseur du bénéfice d'un environnement favorable pour rentabiliser son opération.

2) La mise en œuvre plus automatique de la sanction en aval en cas d'atteinte

427. Processus variables d'engagement des sanctions dans les différentes techniques de protection. En aval d'une atteinte à l'intérêt de l'investisseur et à la rentabilité de son opération, des sanctions existent pour les différentes techniques de protection. Cependant, celle du droit de propriété est plus automatique et donc, plus commode. La procédure est en effet allégée, car elle est déterminée en amont avec précision, au stade de la définition légale du champ de la réservation et de la valorisation. Elle est également plus certaine dans son issue, et donc moins insécuritaire en termes juridique et matériel. Elle soutient mieux la protection de l'intérêt. L'acte d'atteinte étant défini en amont, il n'est donc pas nécessaire, comme en matière de responsabilité civile délictuelle, de rechercher où se trouve la faute⁹³⁹, sans avoir de certitude à cet égard⁹⁴⁰. À titre de comparaison avec le recours à l'outil contractuel pour assurer la protection, l'acte d'atteinte à sanctionner est bien lui aussi précisé avant sa réalisation. Il n'en

⁹³⁹ VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 1054, n° 1089.

⁹⁴⁰ MAETZ (C.-A.), *op. cit.*, p. 406, n° 390.

demeure pas moins qu'il est nécessaire que le créancier ait pris la peine de conclure un contrat, pour pouvoir faire sanctionner, le cas échéant et sur ce fondement, la défaillance préjudiciable du débiteur.

428. Processus plus automatique de la sanction dans le cadre du droit subjectif de propriété intellectuelle. L'action en contrefaçon en matière de droit de propriété intellectuelle se présente comme le versant contentieux de la prérogative. Pour obtenir la sanction de la contrefaçon, le titulaire du droit n'a qu'à invoquer en justice l'existence de son droit, ainsi que son atteinte⁹⁴¹. La sanction découlera alors d'une action de type revendicatoire, dont l'enjeu est de permettre au titulaire d'être replacé dans son exclusivité. L'action en contrefaçon est également l'occasion pour l'investisseur titulaire du droit, d'obtenir une réparation s'il subit par cet acte un préjudice. Par ailleurs, nous avons pu remarquer que la sanction d'un acte de nature à causer une atteinte à l'intérêt de l'investisseur semblait être fixée et appliquée au regard de la nécessité de la rentabilité de l'investissement. Ainsi, dans le calcul des dommages et intérêts alloués à titre de condamnation, la loi précise que le juge prendra en compte les bénéfices réalisés par le contrefacteur, dont les économies d'investissements réalisés par lui. En la matière, au contraire de la situation sur le terrain autonome de la responsabilité civile délictuelle, la loi a penché pour une reconnaissance de l'allocation d'une forme de dommages et intérêts punitifs. La condamnation à ceux-ci, par ailleurs, a un effet plus curatif du mal affectant l'investisseur, mais également plus dissuasif à l'égard des potentiels parasites. En somme, la mise en œuvre du régime de protection est plus aisée, car plus automatique. L'acte d'atteinte est déterminé à l'avance, les preuves peuvent être estimées moins difficiles à rapporter. Les contours de la sanction sont en effet déjà tracés précisément par la loi. En outre, pour preuve des vertus de la technique propriétaire en comparaison des avantages limités des autres techniques, il est possible de s'en remettre à l'observation de la sollicitation continue du modèle.

II. La sollicitation continue du modèle propriétaire

429. Une évolution poursuivant sa course. Les vertus de la technique propriétaire expliquent la sollicitation du bénéfice de la protection légale par les investisseurs. Lorsque ces derniers ne peuvent s'en prévaloir, ils en appellent aux bonnes grâces du législateur, afin qu'il leur accorde. Cette protection n'étant cependant pas systématiquement accordée, ces agents économiques usent de subterfuges. La pratique s'adapte en trouvant des techniques leur

⁹⁴¹ BARBIER (H.), *op. cit.*, p. 533, n° 620.

permettant de reproduire les effets recherchés. À un certain stade néanmoins, l'on constate que le législateur se montre convaincu de la nécessité, et consent à offrir la protection tant attendue sur le terrain et le modèle du droit privatif. Ainsi, les méthodes extra-privatives tendent à évoluer vers le modèle privatif (A). Au besoin, pour aller plus loin, les sources du droit argumentent également au soutien du projet de réservation de résultats d'investissements tendant à la protection de la rentabilité des opérations qui les ont faits naître (B).

A. L'évolution des autres techniques vers le modèle privatif

430. Consécration légale de solutions extra-privatives. En dépit de l'impossibilité pour l'investisseur de se prévaloir des régimes de la propriété intellectuelle pour obtenir une protection de son opération, les techniques du droit des obligations lui sont ouvertes. Aussi, dans l'hypothèse où un résultat d'investissement peut effectivement être protégé par un droit de propriété intellectuelle, l'investisseur intellectuel et/ou économique n'en est toutefois pas toujours reconnu titulaire initial. Ainsi, pour obtenir la titularité du droit de réservation portant sur le résultat d'investissement, il n'a *a priori* d'autre solution que celle de se le faire céder contractuellement. Or, le régime de cette cession peut lui apparaître inconfortable. C'est ainsi que le législateur a consenti à lui offrir des modalités facilitées d'acquisition de la titularité. Elles consistent à lui accorder le bénéfice et les vertus du modèle propriétaire. Il existe en effet, dans une dynamique de protection subjective de l'intérêt de l'investisseur économique, des aménagements légaux de transferts de droits à son bénéfice (1). Leur existence constitue une illustration de la sollicitation des investisseurs à la protection de leur intérêt sur le fondement privatif, découlant de la sollicitude du législateur en retour. Une dynamique similaire peut être observée s'agissant de l'aspect objectif de la protection de l'investissement. La réservation prétorienne du résultat d'investissement fondée sur la responsabilité civile délictuelle a en effet été parfois consacrée légalement (2). Les méthodes extra-privatives de protection de l'investissement tendent ainsi à évoluer vers le modèle privatif, par l'intermédiaire du législateur offrant à l'investisseur le bénéfice des effets du droit privatif.

1) L'existence d'aménagements légaux de transferts de droits

431. La conséquence inconfortable de la titularité de principe en droit d'auteur pour les investisseurs économiques. En matière de droit d'auteur, le principe général de la titularité initiale au bénéfice du créateur intellectuel du résultat d'investissements peut être inconfortable

pour l'investisseur économique⁹⁴². Ce dernier recherche en effet une titularité facilitée du droit patrimonial d'exploitation sur le résultat, afin de pouvoir gérer la rentabilité de son opération. En ce domaine, il existe bien le régime particulier de l'œuvre collective offrant la possibilité à cet investisseur, sous conditions, d'être titulaire initial du droit⁹⁴³. Pourtant, dans les autres hypothèses, en principe, il ne peut obtenir qu'une titularité « dérivée ». Aussi, cette dernière doit procéder d'un acte de cession des prérogatives patrimoniales de l'auteur, à l'investisseur cessionnaire. Or, ce transfert des prérogatives est assorti d'un certain nombre de règles formalistes. La cession ne peut qu'être expresse. Celles-ci sont inconfortables pour le cessionnaire prétendant bénéficier de modalités plus aisées. Afin de bénéficier de modalités de cessions plus favorables, la pratique a pu voir dans l'existence d'un contrat de subordination entre investisseur économique et créateur intellectuel dans la création, la possibilité de considérer une cession tacite. Pendant un temps et en certains domaines, ces cessions implicites ont été tolérées. Pourtant, la jurisprudence a ensuite insisté sur le principe de neutralité, par exemple, du contrat de travail, et sur l'exigence d'une cession devant respecter un principe de spécialité et un caractère formaliste.

432. La nécessité d'une solution à valeur légale : présomptions de cessions et cessions automatiques. L'hypothèse de la cession implicite étant rejetée par la jurisprudence, et même jugée contraire aux dispositions légales, le législateur a pris soin d'aménager des modalités facilitées de transfert des droits au bénéfice de l'investisseur économique. Au sein de certains régimes de propriété intellectuelle, il existe ainsi des mécanismes de présomptions de cessions contractuelles, et des mécanismes de cessions dites « légales » ou « automatiques »⁹⁴⁴. Ces aménagements légaux sont le témoignage d'un échange dans les discours des sources du droit : entre les besoins de la pratique, les limites de la jurisprudence interprétant la loi, et le législateur entendant les revendications des investisseurs. Ces dispositifs tendent à offrir des garanties équivalentes à celles de la titularité initiale. L'intervention du législateur nous semble heureuse car, en plus d'apporter davantage de sécurité matérielle pour l'intérêt de l'investisseur, elle est également garante d'une nécessaire sécurité juridique. Les « dérivations » de la titularité au bénéfice de l'investisseur économique s'exercent d'une part par l'effet du contrat, permis par la loi : c'est la technique des présomptions de cession. D'autre part, elles s'exercent de façon automatique, par l'effet de la loi en tant que telle : c'est la technique des cessions légales. On retrouve cette première technique en matière, par exemple, de réalisation d'une œuvre

⁹⁴² Cf. *supra*, n° 225.

⁹⁴³ Cf. *supra*, n° 252 et s.

⁹⁴⁴ Cf. *supra*, n° 230 et s.

audiovisuelle dans le cadre d'un contrat de production audiovisuelle⁹⁴⁵, ainsi que dans le cadre du contrat de commande pour la publicité. S'agissant de la seconde, elle s'applique aux droits sur le logiciel réalisé par un salarié, ainsi qu'à ceux des œuvres réalisés par les fonctionnaires et les journalistes.

433. Une reconnaissance légale des intérêts des investisseurs sur le terrain privatif. Ces aménagements effectués par le législateur pour protéger l'intérêt de l'investisseur économique sur le terrain du droit de propriété intellectuelle aboutissent à lui offrir un moyen facilité de se prévaloir plus directement des effets du droit privatif. Les règles ressortant de ces aménagements sont pensées en amont, et évitent ainsi aux investisseurs d'être confrontés aux conditions inconfortables de cessions des droits. Cela participe du caractère économique du droit d'auteur, et incite l'investisseur à poursuivre dans ses activités⁹⁴⁶. Il est en effet, dans ce cadre, plus aisé pour les investisseurs et producteurs d'assurer la valorisation du fruit de leurs investissements pour obtenir une rentabilité satisfaisante. Ces aménagements des principes de la titularité nous semblent être un indice de la nécessité à reconnaître de façon initiale le droit de réservation et d'exploitation du résultat d'investissement, au bénéfice du créateur économique. Ainsi, cette modalité aurait vocation à s'émanciper de son statut d'exception, pour évoluer naturellement vers la reconnaissance d'un droit autonome de l'investisseur économique sur le résultat d'investissement, de nature propriétaire. L'investisseur entend en effet bénéficier de façon autonome et directe d'un droit exclusif de propriété sur le résultat d'investissement, afin d'en faciliter la valorisation.

2) La consécration des protections prétorienne en régimes légaux

434. Le contexte d'évolution d'une protection prétorienne à une protection légale dédiée. Dans le but d'obtenir une protection objective de l'investissement, l'auteur de cette opération entend bénéficier de façon directe d'un droit de réservation de nature privative. Lorsque les régimes du droit de la propriété intellectuelle ne permettent pas d'assurer la réservation de ces résultats d'investissements, nous avons pu constater que le fondement de la

⁹⁴⁵ TILLOY (C.), *loc. cit.*, p. 154, n° 37, mentionnant le fait que la présomption de cession des droits patrimoniaux au bénéfice du producteur de l'œuvre audiovisuelle « favorise incontestablement le retour sur investissement ».

⁹⁴⁶ BORIES (A.), *Le formalisme dans les contrats d'auteur, Contribution à l'édification d'un droit d'auteur économique*, Coll. Institut de droit des Affaires, Aix-en-Provence : PUAM, 2010, p. 199, n° 214 : « On remarque néanmoins que la présomption, simple technique en principe, se transforme peu à peu en mécanisme autonome ; elle devient un mécanisme qui permet l'investissement économique. Les présomptions légales sont favorables aux investisseurs, qui assument les risques financiers, puisqu'elles leur assurent la position de titulaire des droits d'auteur, facilitant ainsi l'exploitation de la création. L'investisseur va pouvoir négocier, contracter en toute sécurité et défendre efficacement les droits de l'auteur grâce à l'action en contrefaçon ».

responsabilité civile constituait une solution de repli. L'utilisation de cette technique lui permet d'obtenir une forme de reconstitution d'un monopole sur le résultat d'investissement, par ses effets de réservation. Ainsi, la sanction du détournement des investissements dans le cadre de l'action en parasitisme aboutit à considérer que l'investisseur jouit d'un droit sur le résultat de son opération⁹⁴⁷. Le terrain de la responsabilité civile délictuelle, au travers des actions en concurrence déloyale et en parasitisme, a permis à l'investisseur d'offrir une solution de réservation de nature prétorienne. Le contexte de la conception, de l'exploitation et de la diffusion des créations immatérielles représentant une valeur économique exploitable a évolué au regard des développements techniques et de l'industrialisation. Les moyens de reproduction et de copie des résultats d'investissements se sont multipliés et intensifiés. Il s'agit de lutter contre un phénomène de parasitisme. Le passage d'une protection prétorienne à une protection privative légale s'est ainsi fortement fait ressentir. L'enjeu est en effet d'offrir à l'investisseur la possibilité d'obtenir une rentabilité de son opération qui soit accompagnée d'un environnement plus sécuritaire.

435. Un phénomène de subjectivation des intérêts protégés. La solution prétorienne fondée sur la responsabilité civile délictuelle ne constitue qu'un traitement juridique d'une situation objective, d'une situation de fait⁹⁴⁸. L'intérêt en jeu n'est protégé que de façon indirecte et résiduelle. Cependant, la protection de l'intérêt de l'investisseur sur le terrain du parasitisme, confinant à la reconstitution d'un mode de réservation privatif, aboutit à considérer que la protection de cet intérêt tend à être subjectivée. En effet, il apparaît que l'intérêt est en passe d'être défendu par un droit subjectif. L'intérêt protégé dans le cadre d'une situation objective, évolue vers une protection à dimension plus subjective. En ce sens, on peut songer au fait que le droit subjectif est un mode de protection d'un intérêt le plus abouti. Le droit subjectif « n'[est], en définitive, qu'un intérêt qui a complètement achevé son processus de positivisation [...] »⁹⁴⁹. Les limites opposées aux solutions prétoriennes appuient le besoin de consécration légale de la protection prétorienne des intérêts des investisseurs. En assurant de façon détournée et inavouée la réservation des résultats d'investissement⁹⁵⁰, le fondement de la

⁹⁴⁷ MAETZ (C.-A.), *op. cit.*, p. 304, n° 300, raisonnant au sujet du droit sur la notoriété : « Aussi, cette dénaturation de la responsabilité civile, tournée toute entière vers la réservation exclusive d'une valeur, dissimule-t-elle en réalité la formation d'un véritable droit subjectif sur la notoriété ».

⁹⁴⁸ *Id.*, n° 314, p. 316, sur le processus de subjectivation : « Le droit au respect de la vie privée, les droits voisins du droit d'auteur, le droit sur les bases de données et le droit sur les logiciels sont autant d'exemples de ce phénomène de subjectivation amorcée par la responsabilité civile, puis consacrée par la loi ».

⁹⁴⁹ GÉRARD (Ph.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Droit et intérêt*, vol. 2, *op. cit.*, p. 189, et p. 186-187, évoquant « la "transsubstantiation" de l'intérêt légitime protégé en droit subjectif ».

⁹⁵⁰ AZZI (T.), « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *op. cit.*, spé. p. 231, n° 5, et p. 232, n° 9 pour l'exemple des droits voisins, et p. 234, n° 13 et s. sur l'identification des étapes menant la mobilisation du fondement de la responsabilité civile à la reconnaissance de droits subjectifs émergents.

responsabilité civile délictuelle attribuée à cette source des obligations civiles, une fonction de tremplin. La réservation du résultat d'investissement, en tant que valeur économique, se trouve propulsée, bientôt, sur le terrain du droit privatif, par une consécration légale. La responsabilité civile tient en effet un rôle dans le développement des droits subjectifs⁹⁵¹, notamment ceux permettant la réservation privative des résultats d'investissements⁹⁵². La protection de résultats d'investissements gravitant dans le champ de la propriété intellectuelle, par leur réservation sur le fondement des obligations délictuelles, a constitué une étape dans la décision d'attribution de droits subjectifs de propriété aux investisseurs par le législateur⁹⁵³. Ainsi, certains investisseurs jouissent aujourd'hui de droits subjectifs de propriété intellectuelle sur le résultat de leur investissement. Cela a été rendu possible en intégrant le résultat d'investissement dans les catégories existantes, par un assouplissement des critères, et aussi par la création de nouvelles catégories, selon le modèle des droits subjectifs de propriété intellectuelle de première génération⁹⁵⁴. Le meilleur exemple de ce phénomène dans le domaine de la propriété intellectuelle, et plus particulièrement de la propriété littéraire et artistique est sans doute et historiquement, celui de l'apport de la loi du 3 juillet 1985, instituant la protection des droits voisins.

436. Le champ de la subjectivation de l'intérêt de l'investisseur. L'aboutissement de ce processus réside dans la possibilité d'investir directement, et donc initialement l'auteur de l'opération d'investissement d'un droit de réservation privatif, lequel est destiné à saisir le résultat de son investissement propre. L'intérêt pour l'investisseur est de ne pas avoir à passer, ni à transiter par la protection de celui du créateur intellectuel⁹⁵⁵. Il en ressort une reconnaissance légale, et achevée, de leur intérêt tenant à la sécurisation de la rentabilité recherchée. Ces nouveaux droits subjectifs de propriété intellectuelle assurent la réservation de certains objets immatériels, à raison des investissements que leur conception a nécessité. Ainsi, s'agissant de résultats d'un investissement intellectuel, la prestation personnelle de

⁹⁵¹ Cf. VINEY (G.), *Introduction à la responsabilité*, Coll. Traité de droit civil, Paris : LGDJ, 3^e éd., 2008, n° 43-1, p. 91 et s. ; GÉRARD (Ph.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Droit et intérêt*, vol. 2, *op. cit.*, p. 186-187.

⁹⁵² GÉRARD (Ph.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Droit et intérêt*, vol. 2, *op. cit.*, p. 31 : « *Du reste, c'est sous la forme d'actions que, historiquement, les droits apparaissent sur la scène juridique avant de prendre la forme assurée – cristallisée en quelque sorte – de prérogatives préconstituées [...]* » ; DAVERAT (X.), « Droit d'auteur et « protections périphériques » », *loc. cit.*, spé. p. 524, et p. 525.

⁹⁵³ Sur le phénomène de subjectivation des intérêts et de leur protection dans le domaine de la propriété littéraire et artistique, cf. MAETZ (C.-A.), *op. cit.*, p. 316, n° 314 et s. spé. n° 316 et s.

⁹⁵⁴ AZZI (T.), « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *loc. cit.*, p. 233, n° 10, sur la création d'un nouveau droit ou l'extension d'un droit ; cf. *infra* n° 160 et s.

⁹⁵⁵ Il n'en demeure pas moins, cependant, que pour pouvoir exploiter une œuvre de l'esprit, ces types d'investisseurs munis de droits voisins au titre de leur production, doivent obtenir préalablement l'autorisation de l'auteur.

l'artiste-interprète⁹⁵⁶, de même que le titre original d'une œuvre de l'esprit⁹⁵⁷, peuvent faire l'objet d'une réservation exclusive au bénéfice de l'investisseur, en tant que créateur intellectuel. Dans une perspective d'investissement ayant une nature économique, les résultats d'investissements que sont, par exemple, le logiciel et la base de données, peuvent également être réservés et exploités exclusivement, par un droit d'auteur. Il faut donc considérer que la réservation se justifie, tantôt au regard d'un investissement intellectuel, tantôt en considération d'un investissement économique. Le champ de la subjectivation de l'intérêt concerne également les intérêts des investisseurs que sont les producteurs. Des droits subjectifs de propriété intellectuelle, dits « voisins du droit d'auteur », ou droit « *sui generis* », ont en effet été accordés aux intermédiaires de la création assumant la responsabilité, la direction, et le financement de la conception et de l'exploitation de ces objets. Par les lois du 3 juillet 1985 et du 1^{er} juillet 1998⁹⁵⁸, les investisseurs, que sont les producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes, les entreprises de communication audiovisuelle et les producteurs de bases de données⁹⁵⁹, obtiennent des droits de réservation de nature privative. Cela constitue une avancée dans le traitement de leur intérêt, puisque jusqu'alors ils étaient pour la plupart protégés sur le fondement de la responsabilité civile⁹⁶⁰. Il est d'ailleurs analysé, parfois, sous un regard critique, que l'émergence de ces régimes relève de la transformation en droit privatif de ce qui n'est, en réalité que de la concurrence déloyale voire, du parasitisme⁹⁶¹.

437. La question des perspectives de consécration légales des protections prétorienne sur le modèle privatif. Un tel phénomène de subjectivation des intérêts protégés de façon

⁹⁵⁶ L. n° 85-660 du 3 juill. 1985 ; art. L212-1 et s. CPI.

⁹⁵⁷ Art. L112-4 CPI.

⁹⁵⁸ L. n° 85-660 du 3 juillet 1985 ; L. n° 98-536 du 1^{er} juill. 1998 transposant la Direct. n° 96/9/CE du 11 mars 1996, *préc.* ; art. L341-1 et s. CPI.

⁹⁵⁹ DAVERAT (X.), « Le droit du producteur sur le contenu de la base de données », *LPA* 6 juill. 2000, n° 134, p. 12 ; EDELMAN (B.), « Les bases de données ou le triomphe des droits voisins », *D. aff.* 2000, chron. p. 89 ; MAETZ (C.-A.), *op. cit.*, n° 317, p. 317, à propos du droit *sui generis* du producteur de base de données : « *Ici encore, la responsabilité civile a enfanté d'un droit subjectif, en l'occurrence assimilable à un droit voisin* ».

⁹⁶⁰ LUCAS (A. et H.-J.) et LUCAS-SCHLOETTER (A.), *op. cit.*, 4^e éd., p. 955, n° 1156, note n° 2, citant la jurisprudence ayant protégé le producteur de phonogrammes sur le fondement de la concurrence déloyale ; DAVERAT (X.), « Droits voisins du droit d'auteur - Histoire des droits voisins », *J.-Cl. PLA*, fasc. 1405, 2016, n° 61, sur la protection jurisprudentielle des producteurs de phonogrammes.

⁹⁶¹ DAVERAT (X.), « Droits voisins du droit d'auteur – Histoire des droits voisins », *loc. cit.*, n° 61 ; du même auteur, « Droit d'auteur et « protections périphériques » », *op. cit.*, spé. p. 525 : « [...] on peut aussi considérer les droits voisins, du côté du producteur, comme l'octroi de monopoles intellectuels en contrepartie des seuls investissements financiers, transformant en droits privatifs ce qui est en réalité de la concurrence déloyale » (nous soulignons) ; CARON (Ch.), *op. cit.*, p. 15, n° 14 : « Quant au droit des producteurs de base de données, droit voisin du droit d'auteur, fondé sur l'investissement, il résulte, en revanche, d'une mutation évidente et récente d'un droit de la concurrence déloyale et d'un parasitisme qui ont accédé aux bienfaits de la propriété, du droit réel et du droit privatif » ; GAUDRAT (Ph.) et VIVANT (M.), « Marchandisation », *loc. cit.*, spé. p. 41, n° 15, sur le droit *sui generis* du producteur de base de données : « Ce droit n'est rien d'autre, en effet, que la reconnaissance de (la légitimité de) la lutte contre le parasitisme et sa traduction légale dans un texte. L'intéressant étant qu'on met bien en avant ici, et expressément, la volonté de défendre l'investissement pour justifier ce nouveau droit ».

résiduelle sur fondement de la responsabilité civile appelle des interrogations sur sa portée. Autrement dit, tout intérêt d'un investisseur économique défendu sur ce fondement a-t-il vocation, un jour, à être subjectivé par l'octroi d'un droit subjectif de type propriété intellectuelle assurant la réservation du résultat d'investissement ? Jusqu'où faut-il aller ? Est-il nécessaire de poser des limites, et dans l'affirmative, lesquelles ? Le phénomène de subjectivation semble en effet évoluer vers la construction d'un régime de droit commun de la protection de l'investissement au sein même du droit de la propriété intellectuelle⁹⁶². Une telle extension aboutirait à la réservation et la privatisation, déjà dénoncée, de l'information. Il en ressortirait également la négation de certains principes fondamentaux dans ce domaine, et notamment celui de la liberté de la concurrence. Ces questionnements volontairement provocateurs présagent de la nécessité, raisonnable, d'assurer une maîtrise de la potentielle extension de la réservation des objets immatériels représentant une valeur économique et procédant d'investissements financiers. Nous pensons qu'il revient au législateur de décider ce qu'il doit en être, dès lors qu'il convient de préserver cohérence et équilibre en la matière. Dans ce cadre, encore faut-il parvenir à déterminer quels intérêts et quels résultats d'investissements méritent d'être protégés par le droit subjectif de propriété intellectuelle. L'on se retrouve alors sur le terrain de la légitimité et de l'opportunité politique. Il est possible d'identifier le soutien de certaines sources du droit dans le projet, au sens large, d'une réservation privative des valeurs économiques.

B. Le soutien des sources du droit dans le projet d'une réservation privative des valeurs économiques

438. L'écoute des sollicitations par les sources du droit. La sollicitation des investisseurs à l'obtention d'une protection est relayée et soutenue par les différentes forces créatrices du droit⁹⁶³. Les différentes sources du droit militent en faveur d'une protection de nature privative de ces intérêts. Aussi, il est évident que les investisseurs, eux-mêmes, relaient leurs revendications. Ces dernières, portées par les activités du lobbying, sont parfois entendues. Ainsi, c'est notamment par le biais des instances européennes, que l'octroi du bénéfice d'une protection accrue est permis (1). Par ailleurs, la doctrine de la propriété intellectuelle, en tant

⁹⁶² Également, parfois, en dehors du droit de la propriété intellectuelle : au regard des régimes des « droits voisins des droits voisins », tels que le droit *sui generis* des producteurs de bases de données ou encore celui des organisateurs d'événements sportifs, dont la protection est accordée est liée à la volonté de protéger la rentabilité d'un investissement, à ce sujet cf. not., BRUGUIÈRE (J.-M.), « Les droits voisins de la propriété littéraire et artistique », *PI* avr. 2012, n° 43, p. 161.

⁹⁶³ Sur les forces créatrices du droit, cf. not. RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, Paris : LGDJ, 1955.

que commentatrice et analyste de l'opportunité d'instaurer une telle protection, est amenée à formuler des propositions en ce sens, à l'attention plus ou moins directe du législateur. Il arrive alors que cette dynamique soit relayée par les représentants politiques (2).

1) *Le rôle de l'Union européenne et du lobbying*

439. Impulsion de la protection de l'investissement par les directives européennes. La réception ponctuelle des attentes des investisseurs semble avoir été soutenue par des entités et institutions ayant relayés et concrétisés leurs besoins. L'évolution du droit, vers un traitement de l'intérêt de l'investisseur économique à la création, est imputable en effet aux actions des acteurs du secteur économique de la création et des acteurs compétents pour orienter la réglementation. La révélation progressive de la place qu'occupe le souci de protéger l'intérêt de l'investisseur, au sein du droit de la propriété intellectuelle français, semble avoir été impulsée essentiellement et postérieurement à la loi du 3 juillet 1985, par les orientations entérinées au niveau de l'Union européenne⁹⁶⁴. Les instances de cette dernière sont en effet compétentes pour répondre aux attentes des investisseurs. Les réponses apportées tiennent compte du souci d'incitation économique et de satisfaction de l'intérêt général, ainsi que d'harmonisation de différentes législations, pour apporter une vision commune du secteur à l'échelle européenne. Afin de remplir son rôle, l'Union européenne tend en effet à faire adopter une législation favorable à l'investissement à un niveau minimum, au sein de chaque État membre. C'est essentiellement à l'appui de l'instrument des directives que l'Union européenne assure le souci d'harmonisation. Ainsi, de nombreux considérants des directives européennes s'inscrivant dans le domaine de la propriété intellectuelle mettent en avant la volonté d'inciter à l'investissement dans le secteur de la production d'objets immatériels présentant une valeur économique⁹⁶⁵.

⁹⁶⁴ POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, Le droit d'auteur, op. cit.*, p. 80, n° 82 et s., sur l'évolution contemporaine du droit d'auteur et l'incidence du droit de l'Union Européenne, et sur le lobbying, cf. p. 87, n° 90 ; VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 40, n° 23 et p. 70, n° 41, spé. p. 72, sur le droit de l'Union européenne et son influence sur l'évolution du droit d'auteur ; CARON (Ch.), *op. cit.*, p. 33, n° 33, au sujet de la loi du 3 juill. 1985 et des suivantes : « [...] depuis cette date, le législateur français a été largement dépossédé de ses initiatives : les nombreuses réformes du droit d'auteur sont désormais commandées par la transposition de directives de l'Union européenne ».

⁹⁶⁵ Cf. par exemple, la Direct. du 22 mai 2001 (2001/29/CE) sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, cf. considérants 4 et 10, ainsi que celle du 29 avr. 2004 (2004/48/CE) relative au respect des droits de propriété intellectuelle, considérant n° 3. Plus récemment, cf. la Direct. UE 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avr. 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, considérants n° 2, 54 et 60.

440. Influence du lobbying. L'Union européenne, à travers la consistance et les orientations de sa législation, ne semble pas indifférente à la nécessité d'encourager la création, et donc à la nécessité de protéger la rentabilité de l'opération de l'investisseur. Il faut néanmoins préciser que la voix des investisseurs est relayée bien souvent par des groupes de pression⁹⁶⁶. Ces derniers recherchent en effet à exercer une influence sur l'élaboration de la norme, de telle sorte qu'elle soit la plus bénéfique possible pour les intérêts des acteurs ainsi représentés. Les groupes de pressions se structurent pour faire porter la voix des intérêts d'une catégorie d'individus sur le devant de la scène politique. Le lobbying désigne ainsi l'activité de groupes de pression qui tentent d'influencer les décisions prises au niveau politique par les gouvernants, afin d'obtenir une législation favorable à leurs intérêts particuliers. Cette activité est particulièrement présente en matière de droit de la propriété intellectuelle, et ce à différentes échelles⁹⁶⁷. Les intérêts en question sont variables et peuvent être ceux des différents acteurs du secteur tels les auteurs, producteurs ainsi que le public⁹⁶⁸. Les intérêts nous intéressant ici sont bien sûr ceux des investisseurs, exploitants, producteurs, diffuseurs, intervenant à la conception ou à la valorisation d'objets immatériels à valeur économique. Leur objectif semble être celui d'obtenir une norme en leur faveur, afin qu'ils soient assurés de bénéficier d'un environnement adéquat pour obtenir leur retour sur investissement. L'activité des groupes de pression, sollicitant la protection des intérêts d'une catégorie d'acteurs, a une influence moins opaque à Bruxelles qu'au sein des organes législatifs nationaux. Aussi, il est parfois avancé que cette pratique du lobbying, assez courante dans les systèmes anglo-américains, a contaminé le processus législatif européen. Par ailleurs, au travers de ses directives, dont le contenu semble influencé par les activités et revendications des groupes de pression, l'Union européenne peut être accusée d'introduire une logique de copyright anglo-saxon en matière de droit interne et continental de la propriété intellectuelle⁹⁶⁹. En effet, et par exemple, l'Union européenne est composée d'États membres ayant des systèmes de droit d'auteur qui oscillent en différentes conceptions. Dans le

⁹⁶⁶ Sur « l'influence trop prégnante des groupes de pression » en droit d'auteur, cf. STATHOULIAS (A.), *op. cit.*, p. 1126.

⁹⁶⁷ Sur le phénomène de lobbying en matière de propriété littéraire et artistique spécialement, cf. LAPOUSTERLE (J.), *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration de la norme, Illustrations à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, Coll. Nouv. Bibl. des thèses, Paris ; Dalloz, 2009 ; WARUSFEL (B.), « La propriété intellectuelle comme politique publique », in *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé, Mélanges en l'honneur du Professeur Joanna SCHMIDT-SZALEWSKI*, *op. cit.*, p. 391, spé. p. 403 et s.

⁹⁶⁸ CARON (Ch.), *op. cit.*, p. 34, n° 33, sur le lobby : « [...] le droit d'auteur est de plus en plus soumis à des groupes de pression toujours plus nombreux, à tel point qu'ils se neutralisent parfois les uns les autres dans une ambiance bien souvent électrique. [...] », précisant en note n° 201 : « le droit d'auteur est une belle illustration de « l'action des forces sociales sur la législation », citant RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, *op. cit.*, n° 34 et s.

⁹⁶⁹ Sur le droit du copyright, cf. not., BRUGUIÈRE (J.-M.), *Le droit anglo-américain du copyright*, Coll. Connaissance du droit, Paris : Dalloz, 2017.

but d'harmoniser les législations de ces États en matière de propriété intellectuelle, il n'est alors pas surprenant que l'Union européenne puisse être tentée d'exiger que les ordres internes transposent des réglementations empruntant leurs caractéristiques au copyright anglo-saxon. Par l'effet des transpositions des directives, il peut alors arriver qu'un État doive intégrer, dans sa législation interne, des dispositions présentant une conception étrangère à sa tradition en la matière. Ainsi peuvent s'expliquer certainement l'évolution et l'extension du droit français de la propriété intellectuelle⁹⁷⁰, et surtout de son droit d'auteur, vers une protection accrue de l'investissement et son exigence de rentabilité. Les systèmes fondés sur la conception du copyright sont en effet plus volontiers présentés et construits comme mode de protection d'un investissement, dans la conception et l'exploitation d'objets immatériels présentant une valeur économique et marchande⁹⁷¹.

2) Les propositions doctrinales et politiques

441. Illustrations de la prise de conscience d'une nécessité d'offrir un régime de réservation des résultats d'investissements. À l'examen des sources du droit, il existe une tendance générale à la prise de conscience d'une nécessité de protéger l'investissement dans le secteur de la production d'objets immatériels représentant une valeur économique exploitable. En ce sens, il s'agit alors de faire évoluer le droit de la propriété intellectuelle vers une prise en compte des réalités existantes, afin notamment, de le mettre en adéquation avec le secteur et les intérêts concernés. En effet, certains aspects de cette discipline et de ses règles sont datés, et ne semblent plus assez en corrélation avec les pratiques et attentes actuelles du terrain. Le droit de la propriété intellectuelle suivrait ainsi une évolution le rapprochant d'un droit économique. Il aurait dès lors vocation à régir les activités du marché. Cette situation mène les acteurs du droit à entreprendre des réflexions sur la façon dont l'objectif peut et doit être rempli. Des propositions de modes de protection des intérêts de l'investisseur sont alors formulées par les différentes sources du droit, telles la doctrine et le milieu politique. Ces réflexions et propositions sont un symptôme et une illustration de la sollicitation continue du modèle propriétaire à assurer la protection de l'investissement. Elles portent la voix des intérêts des investisseurs. Elles se concentrent, de près ou de loin, autour de la recherche d'un effet de réservation et d'exclusivité d'un résultat d'investissement, à raison du besoin d'assurer une

⁹⁷⁰ Sur l'influence du lobbying et de l'Union européenne sur la législation révélant une revendication de l'extension de la protection voir, MACREZ (F.), *op. cit.*, p. 70, n° 72 et s., spé. p. 75, n° 77.

⁹⁷¹ Cf. *infra*, n° 629 et s.

rentabilité, en offrant une forme de monopole. Sont évidemment concernés les résultats d'investissements qui ne font pas officiellement encore l'objet d'un régime d'appropriation en tant que tel. Ils se trouvent dès lors relégués du champ des catégories de la propriété intellectuelle, demeurant éventuellement protégeables sur le fondement du droit commun, notamment des obligations⁹⁷². L'idée est ainsi d'essayer de franchir un pas supplémentaire. Toutefois, l'enjeu est de tenir compte de la nécessité d'offrir une protection assurant à la fois la sécurité juridique et matérielle pour les investisseurs, mais aussi pour les tiers. Il s'agit en effet de veiller à l'équilibre des intérêts en présence et à la cohérence du droit en général. Certaines propositions sont plus ou moins audacieuses et raisonnables dans les différents discours. Elles oscillent entre des consécutions franches de protection sur le mode privatif et des méthodes soucieuses de permettre l'articulation de la protection, avec d'autres exigences. Les propositions sont en effet nuancées.

442. Le soutien de la doctrine. La doctrine est un acteur incontournable de l'élaboration du droit de la propriété intellectuelle⁹⁷³. Il n'est alors pas étonnant de percevoir l'existence de ses propositions, visant à soutenir de façon plus ou moins poussée, la dynamique de protection de l'investissement. Cependant, les différentes propositions ne se situent pas toutes sur le terrain de l'octroi d'un droit privatif, au bénéfice de l'investisseur, sur tout résultat d'investissement. Tout du moins, les différentes propositions et réflexions présentent un dénominateur commun : la recherche d'une réservation par l'exclusivité, opposable à tous. Il existe en effet une tendance générale à vouloir dépasser le simple cadre résiduel du fondement de la responsabilité civile pour assurer cette protection, dépassement justifié par l'existence de ses limites. Cet effort de dépassement peut se présenter par des voies différentes, à intensité variable.

443. Option maximaliste. À notre sens, l'option maximaliste est celle de la faveur pour le modèle propriétaire, à adopter franchement. Ainsi, des réflexions ont avancé l'éventualité et l'opportunité d'offrir à l'investisseur à la création d'objets immatériels représentant une valeur économique, en tant que résultat d'investissent, le bénéfice d'un droit de propriété – intellectuelle, selon son modèle. Certains auteurs n'y semblent pas favorables⁹⁷⁴, tandis que d'autres le sont nettement plus⁹⁷⁵.

⁹⁷² BUYDENS (M.), *La protection de la quasi-crédation*, *op. cit.*, cf. not. p. 756, pour une proposition de régime de protection de la « quasi-crédation », dépassant le cadre du recours à la concurrence déloyale, et impliquant la modification du droit de la propriété intellectuelle.

⁹⁷³ VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 81, n° 47.

⁹⁷⁴ S'interrogeant sur l'opportunité de la reconnaissance d'un véritable de propriété, puis la rejetant, cf. BARBIER (H.), *op. cit.*, p. 532, n° 619.

⁹⁷⁵ Cf. not. MAETZ (C.-A.), *op. cit.*, pour un plaidoyer sur la reconnaissance d'un droit de propriété portant sur la notoriété ; au sujet de la réservation de la notoriété par un droit de propriété, cf. LE TOURNEAU (Ph.), « Parasitisme – régime juridique », *J.-Cl. Concurrence-consommation*, fasc. 571, 2017, n° 28 : « [...], plutôt

444. Option intermédiaire. Une option intermédiaire réside dans l'idée d'octroyer un droit privatif « *sui generis* », exclusif, sur certaines valeurs économiques faisant actuellement l'objet d'une protection par le parasitisme, la catégorie pouvant toutefois être assez large⁹⁷⁶. L'idée d'octroyer également un droit *sui generis* plus circonscrit a été émise. Il ne s'agirait pas d'un droit exclusif, mais plutôt d'un droit à redevance pour l'utilisation de ces valeurs économiques⁹⁷⁷, que nous analysons comme des résultats d'investissement. Cette forme de droit *sui generis* à redevance fût ainsi été proposée pour la protection des « créations industrielles abstraites »⁹⁷⁸. Il s'agit d'une voie qui contribuerait à la rémunération de l'utilisation de la valeur visée, et en conséquence, à la rentabilité de l'opération ayant permis sa conception.

445. Option minimaliste. Une autre option, que nous considérons comme minimaliste, consisterait à assurer la protection de l'intérêt de l'investisseur en se situant sur le terrain du droit de la concurrence. L'objectif est, de façon générale, de lutter contre des actes de copie et de parasitisme ayant pour effet d'entraver la rentabilité d'une opération d'investissement. Sans se placer véritablement sur le terrain du droit de propriété, il a été suggéré de procéder à une consécration légale de la théorie et de la sanction du parasitisme⁹⁷⁹. Moins qu'un « mécanisme d'appropriation »⁹⁸⁰, il s'agirait plutôt d'un mécanisme légal de sanction d'un trouble causé à l'« ordre concurrentiel »⁹⁸¹. Déjà, sur le terrain du droit de la concurrence, une « esquisse de projet de loi » avait été présentée⁹⁸². Il s'agissait, en dehors du terrain d'un droit exclusif, d'ériger légalement en faute le fait de copier la prestation d'autrui sans autorisation. Ce qui pouvait être sanctionnée aurait donc été une forme d'abus dans la liberté du commerce et de l'industrie.

qu'une protection de la notoriété par le biais de la responsabilité civile, il nous semble maintenant qu'il serait opportun de reconnaître sur elle un véritable droit de propriété [...] » ; BÉLOT (F.), « Pour une meilleure protection des valeurs économiques », LPA 6 déc. 2006, n° 243, p. 6.

⁹⁷⁶ LE TOURNEAU (Ph.), « L'illustre Gaudissart était visionnaire ! [...] », *loc. cit.*, spé. p. 6 et 7, n° 4 : « Une vision plus large conduit à proposer un Droit *sui generis* en quelque sorte général, protégeant (temporairement) toutes les créations ayant une valeur économique et apportant une valeur ajoutée, au-delà du bricolage partiel à chaque nouveauté technique ».

⁹⁷⁷ LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *op. cit.*, p. 54, n° 39 : « Ainsi s'installe progressivement l'idée que le droit exclusif n'est pas "le seul modèle possible". Et en effet, l'idée est souvent émise de transformer le droit exclusif en droit à rémunération ».

⁹⁷⁸ LUCAS (A.), *La protection des créations industrielles abstraites*, *op. cit.*, p. 269, n° 416 et s., sur l'opportunité de protéger les créations industrielles abstraites par un droit « *sui generis* », et p. 285, n° 441.

⁹⁷⁹ En ce sens, not., BARBIER (H.), *op. cit.*, p. 536, n° 626-627.

⁹⁸⁰ *Id.*, p. 536-537, n° 627.

⁹⁸¹ *Ibid.*

⁹⁸² DESJEUX (X.), « La reprise de la prestation d'autrui : l'idée commerciale et l'investissement économique (Esquisse d'un projet de loi) », *Gaz. Pal.* 16 et 17 déc. 1992, doct. p. 28-30, d'après la lettre du titre de cet article de doctrine, on pressent par ailleurs l'attente existant à l'égard du législateur ; sur ce projet et son commentaire, cf. not., STROWEL (A.) et TRIAILLE (J.-P.), « De l'équilibre entre le droit de la concurrence et la propriété intellectuelle, À propos de la proposition de loi Godfrain sur les « créations réservées » », *Rev. DIT*, 1993/2, p. 25, spé. p. 33

446. Le soutien politique. Le besoin de protection des intérêts des investisseurs, notamment sur le terrain du fondement propriétaire fait son chemin, au point que parfois, il se hisse devant la scène des organes politiques chargés de la compétence législative. Le monde politique constitue une force sollicitée au soutien des attentes des investisseurs, puisqu'il est de son ressort de procéder à la reconnaissance ou à la consécration d'un droit⁹⁸³. À ce titre, il convient de rappeler l'existence d'une proposition de loi formulée par un député au début des années quatre-vingt-dix⁹⁸⁴, et qui visait à instituer un droit de réservation exclusif sur des créations ne faisant pas l'objet d'un droit de propriété intellectuelle. Cette proposition de loi, incontournable par la critique qui peut être adressée à son champ de protection trop étendu, n'a pourtant pas été adoptée. Au demeurant, dans le cadre du soutien du champ politique à l'attention des intérêts des investisseurs à la création, l'évolution continue du droit de la propriété intellectuelle, en ce sens, procède des travaux des législateurs. Ces derniers reconnaissent ponctuellement et dans différents domaines la nécessité d'œuvrer dans le sens de cet objectif⁹⁸⁵.

447. Bilan et perspectives. Ces différentes propositions doctrinales et politiques n'ont pas toutes été suivies ni consacrées par le législateur, pour offrir une protection accrue à l'ensemble des résultats d'investissements. Elles ont en commun, selon nous, de tendre à la réservation d'un objet se présentant comme un résultat d'investissement. La plupart du temps, la protection à octroyer se justifie par la nécessité de rentabiliser la dépense d'investissement ayant permis la conception de cet objet. Nous constatons que, si la voie du droit de propriété est parfois mise en avant, elle n'est pas la seule pouvant être instaurée pour assurer une réservation exclusive. Le droit de propriété tend à apparaître néanmoins comme le modèle. De nombreux et variés résultats d'investissements se trouvent encore dans l'antichambre de la protection privative. Ils sont en transit et entendent débarquer sur les terres attractives de la propriété ou de ses environs. La question réelle est de savoir s'il faut aller plus loin et reconnaître un droit de propriété sur

⁹⁸³ MACKAAY (E.), « Les droits intellectuels – Entre Propriété et Monopole », *Journal des économistes et des études humaines*, vol. 1, n° 1, Hiver 1989-1990, p. 61 spé. p. 77, n° 1.4 : « La consécration ou reconnaissance d'un droit relève de l'autorité judiciaire ou politique ».

⁹⁸⁴ Proposition de loi relative à la protection des « créations réservées » (GODFRAIN (J.)), enregistrée à la présidence de l'Assemblée Nationale le 30 juin 1992, pour des commentaires de cette proposition, cf. not., LE STANC (Ch.), « La propriété intellectuelle dans le lit de Procuste : [...] », *loc. cit.*, p. 4 ; STROWEL (A.) et TRIAILLE (J.-P.), « De l'équilibre entre le droit de la concurrence et la propriété intellectuelle, À propos de la proposition de loi Godfrain sur les « créations réservées » », *loc. cit.* ; NOUVEL (B.), « À propos de la proposition de loi Godfrain sur les créations réservées : peut-on légiférer dans le domaine des agissements parasitaires ? », *Légicom* 1994, n° 3, p. 83.

⁹⁸⁵ En témoignage, assez récemment, la consécration du droit voisin des éditeurs et agences de presse en ligne. À ce sujet, cf. *supra*, n° 3 et 200.

toute création représentant une valeur économique, procédant d'un investissement⁹⁸⁶. À ce jour, nous constatons l'existence d'une protection plutôt ponctuelle et catégorielle. Toutefois, il ne semble pas absolument exclu de pouvoir s'attendre à la consécration légale, un jour, d'un droit de propriété général sur tout résultat d'investissement. Pour autant, il faudrait le cas échéant souhaiter que cela soit reconnu de manière suffisamment équilibrée pour honorer une valeur fondamentale de justice. En effet, il semble, en prenant du recul, qu'il existe une tendance à la multiplication de l'octroi de droits de réservations de types privatifs sur les résultats d'investissements⁹⁸⁷. Cette tendance présente des risques à contrôler. Les réponses offertes par le droit, en réaction des sollicitations des investisseurs et de leur besoin d'assurer la rentabilité de leur opération, semblent en définitive se diriger vers des solutions structurelles, plutôt que conjoncturelles. La sollicitation continue sa course progressivement⁹⁸⁸.

⁹⁸⁶ BERLIOZ (P.), *op. cit.*, p. 194, n° 595 et s.

⁹⁸⁷ VIVANT (M.), « L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles », *loc. cit.*

⁹⁸⁸ À l'avenir, le souci de protéger les investissements économiques engagés dans le secteur de l'intelligence artificielle génératrice de créations accouchera-t-il d'un droit privatif dédié à cet effet ?

Conclusion du Chapitre 2

448. L'appréciation de l'aptitude de chacune des techniques à satisfaire l'objectif de protection de l'investissement révèle, d'abord, que celles de natures extra-privatives sont limitées. Si, par dépit voire par choix, ces techniques peuvent s'avérer d'un grand secours, lorsque la voie privative n'est pas accessible, ou n'est pas empruntée, il n'en demeure pas moins qu'elles ne disposent pas du rayonnement dont jouit la technique propriétaire. Ainsi, nous avons pu constater que dans certaines hypothèses, les sources du droit tendaient à appuyer un rapprochement et une extension des techniques extra-privatives, vers les effets de la technique privative. Ensuite, et en conséquence, l'appréciation des techniques révèle que celle fondée sur le modèle propriétaire est plus favorable pour aboutir à la satisfaction de l'objectif de protection de l'investissement, au regard de ses nombreuses vertus. En témoigne le phénomène de sollicitation continue du modèle propriétaire pour assurer la protection de l'investissement. Les différents arguments et illustrations convoqués pour démontrer l'opportunité technique du recours à l'outil propriétaire témoignent peut-être aussi de son caractère irrésistible. Enfin, bien qu'en termes de technique juridique, le fondement du droit de propriété – intellectuelle – se présente comme adéquat, encore faut-il mettre en avant l'opportunité politique et la légitimité de sa mobilisation pour protéger l'intérêt de l'investisseur. À ce titre, nous pensons que certaines barrières doivent encore être levées pour asseoir une protection satisfaisante et acceptable de l'investissement dans la conception d'objets immatériels par le droit de la propriété intellectuelle.

CONCLUSION DU TITRE II

449. L'existence de doutes au sujet de la place qu'occupe le souci de protéger l'investissement au sein du droit de la propriété intellectuelle nous a conduit à explorer de manière plus précise, si cette discipline peut effectivement assurer une telle protection, et de quelle façon. La recherche a été menée avec le pressentiment que la technique privative était certainement le fondement le plus adapté pour protéger l'investissement immatériel et créatif. Après avoir exposé comment le modèle propriétaire était mobilisé pour assurer la protection, il est apparu judicieux de démontrer que son utilisation était également préférable aux autres techniques extra-privatives de réservation d'un résultat d'investissement. L'examen des différentes techniques, susceptibles de répondre aux attentes de protection de l'investisseur, a amené à en apprécier les opportunités et inconvénients.

450. Il en est en effet ressorti que la technique privative était la plus adéquate pour protéger l'investissement, et l'intérêt de son auteur. Par ailleurs, et surtout, nous avons pu identifier la force d'attractivité que présentait le fondement propriétaire parmi les différents modes de protection de l'investissement passant, par la réservation du résultat d'investissement, et la sécurisation du retour attendu. Aussi, nous constatons que la protection sur le terrain extra-privatif, fondée sur le droit des obligations, a tendance à rejoindre et imiter les conditions et les effets de la technique du droit de propriété intellectuelle. Cela est de nature à illustrer le caractère inéluctable et irrésistible du recours au droit de la propriété intellectuelle, pour assurer la protection de l'investissement. Le législateur semble subir à plusieurs égards le tropisme de la préservation des intérêts de l'investisseur sur le terrain privatif. Le modèle nous intéressant serait un modèle « obligé »⁹⁸⁹.

451. La protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle apparaît incontournable, quand bien même on voudrait s'en détourner, ou quand bien même on n'empêcherait d'y accéder. Cette technique est en effet, et à plusieurs égards, taillée sur mesure pour assurer la protection de l'investissement. Une forme de frustration peut être éprouvée du fait que le droit de propriété intellectuelle est parfois refusé, ou non-utilisé, alors même qu'il est un moyen pouvant sembler incontournable pour assurer la protection, au regard de son caractère techniquement adéquat.

⁹⁸⁹ Pour l'emploi de la formule, cf. MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.) et REVET (Th.), *loc. cit.*, spé. p. 305, n° 56.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

452. La vocation du droit de la propriété intellectuelle à la protection de l'investissement est discutée. Cela se ressent lorsque l'on sonde quelle est la place de l'investissement et de son besoin de sécurité en son sein. En effet, il ne semble pas clairement acquis que la finalité générale de cette discipline juridique consiste dans la protection de l'opération d'investissement dans la conception d'un objet immatériel et intellectuel représentant une valeur économique. Le constat ressort de l'examen des différentes sources de cette discipline et des différents discours portés sur elle. En recherchant de quelle façon la propriété intellectuelle appréhende l'investissement et sa protection, et quel accueil elle leur réserve, il apparaît que la réponse n'est pas précise, ni véritablement tranchée. L'objectif de protection de l'investissement est tout à la fois à l'intérieur, et à l'extérieur de cette discipline.

453. Le phénomène de protection de l'investissement est bel et bien présent au sein de ce système juridique. Si la protection, selon une conception traditionnelle de la propriété intellectuelle, semble occultée, ou tout du moins *a priori* exclue, nous avons remarqué qu'elle est également progressivement révélée. En somme, le souci de protection de l'investissement existe dans la discipline, mais il n'est pas suffisamment mis en avant. Il semble qu'il ait été dissimulé au cours de l'histoire et au gré des courants de pensée, et qu'il ressorte de façon pressente depuis ces dernières décennies. La protection est douteuse. Elle ne semble pas assumée.

454. Un tel constat est de nature à provoquer un sentiment d'insatisfaction. En effet, la technique juridique offerte par le droit de propriété intellectuelle apparaît adéquate pour satisfaire l'objectif. Elle apparaît même irrésistible. Il n'est en effet pas évident de lutter contre l'attraction du modèle propriétaire de réservation. Face au bilan de la place qu'occupe le souci de protection de l'investissement au sein de cette discipline, il n'est donc pas confortable de constater une aptitude certaine, dont l'opportunité n'est pas saisie. Il en découle alors le constat d'une protection potentielle, mais pas assumée de manière unitaire.

455. Il ressort de l'analyse une forme de paradoxe. Aussi, il est nécessaire de s'interroger sur les raisons d'un tel constat. Pourquoi ne peut-on pas affirmer, haut et fort, que le droit français de la propriété intellectuelle protège, et est fait pour protéger l'investissement ? Pour aider cette discipline juridique à assumer sa fonction de protection de l'investissement, il convient désormais de faire évoluer la situation. Il s'agit à ce titre de songer à l'avenir repensé d'un droit de la propriété intellectuelle assumant sa fonction de protection de l'investissement immatériel.

SECONDE PARTIE - UNE PROTECTION REPENSÉE

456. La nécessité de repenser la protection. Après avoir dressé un bilan mitigé de l'état de la protection, la nécessité de son perfectionnement doit être envisagée. Les précédents développements ont en effet permis de constater le caractère discuté de la protection. Bien qu'existante et semblant même irrésistible, il n'en demeure pas moins qu'elle ne paraît pas complètement assumée. Indispensable, elle gagnerait à être assurée de manière consciente et affirmée. Il en va de la satisfaction de certains enjeux théoriques, et surtout pratiques, au bénéfice de l'efficacité du système juridique et des différents intérêts en jeu. La protection mérite donc d'être repensée⁹⁹⁰. L'objectif des présents développements est d'aboutir à la proposition d'un discours assumé de ce qu'est, ou devrait être, le système juridique de la propriété intellectuelle. Il pourrait être voué à assurer la rentabilité de l'investissement, notamment économique, dans la conception d'objets immatériels représentant des valeurs variées. Il s'agira donc d'envisager les motifs et les moyens permettant d'offrir une protection de l'investissement repensée.

457. Une protection à (re)légitimer. Afin de donner les moyens au droit de la propriété intellectuelle d'assumer pleinement sa fonction de protection de l'investissement, il convient d'abord de s'assurer qu'une telle protection est souhaitable, et acceptable⁹⁹¹. En l'état, si cette discipline a des difficultés à assumer entièrement une telle fonction, les raisons sont à trouver dans le fait que cette dernière souffrirait d'une carence en légitimité. En effet, la protection de l'investissement est contestable et contestée à plusieurs égards. Pour autant, elle jouit également d'arguments de justification. Par certains aspects, le droit de la propriété intellectuelle nécessite de mettre en avant sa justification dans la fonction de protection de l'investissement. Le but est de révéler que, si la protection semble opportune techniquement et politiquement, elle se heurte aussi à des arguments de contestation. Dès lors, il s'agit de se prêter à un exercice de (re)légitimation de la protection. Réfléchir à une protection repensée de façon assumée implique de restituer à la fonction de protection de l'investissement, sa légitimité⁹⁹², autrement dit, son acceptabilité, et sa conformité à certains impératifs juridiques⁹⁹³. À ce titre, doivent être cernés les arguments de nature à contester la protection, pour les mettre en perspective avec ceux

⁹⁹⁰ Cf. not. Colloque de l'IRPI, *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ? 30^e anniversaire de l'IRPI, actes du colloque de l'IRPI du 18 nov. 2012*, Coll. IRPI, t. 43, Paris : LexisNexis, 2014. L'ensemble des contributions vise à interroger l'évolution du droit de la propriété intellectuelle, cf. not. VIVANT (M.), « La propriété intellectuelle : un objet à redécouvrir », p. 5, spé. p. 9, l'auteur s'interroge sur une question ambitieuse et incontournable : « comment penser la propriété intellectuelle ? ».

⁹⁹¹ L'acceptabilité de la protection est une condition de son effectivité et de son efficacité.

⁹⁹² MOSSE (M.), « Relégitimer la propriété intellectuelle », in *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?*, *op. cit.*, p. 123 et s.

⁹⁹³ Parmi ces impératifs, on trouve la cohérence du système du droit de la propriété intellectuelle et l'assurance d'un équilibre entre les intérêts concernés. À ce sujet, cf. *infra*, n° 649 et s.

susceptibles de la justifier. Porteuse d'effectivité et d'efficacité, la protection (re)légitimée n'en suscite pas moins le passage nécessaire par l'exercice d'un choix politique.

458. Une protection à choisir. Quand bien même la protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle pourrait être (re)légitimée, encore faudrait-il, ensuite, exercer un choix franc et clair en sa faveur. À plusieurs titres, un tel choix soumis à un processus de nature politique s'avère nécessaire. Son résultat devrait encore faire l'objet d'une traduction en termes juridiques. Une protection repensée doit ainsi procéder d'une démarche de politique juridique et de technique juridique. Elle sera guidée par la question de savoir comment protéger de manière cohérente et équilibrée l'investissement, dans ses dimensions objective et subjective. Des réponses seront formulées à partir des éléments de légitimité de la protection dégagés préalablement. L'issue de la recherche aboutira à proposer un système juridique voué à la protection de l'investissement, éventuellement au travers du droit de la propriété intellectuelle. La protection de l'investissement en serait sa finalité essentielle et assumée.

459. Plan. Pour être repensée, la protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle doit être (re)légitimée (**Titre I**), et choisie (**Titre II**).

TITRE I – LA (RE)LEGITIMATION DE LA PROTECTION

460. Soumettre la protection au jugement social par un test de légitimité. L'opportunité de la protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle témoignerait de son caractère légitime et donc, acceptable. La protection serait utile pour atteindre une finalité déterminée. Or, il ne suffit pas de démontrer l'aptitude technique du droit de la propriété intellectuelle à protéger l'investissement pour la considérer légitime. Encore faut-il démontrer la nécessité sociale de protéger, d'autant que la protection est parfois considérée comme illégitime et mal venue. La protection de l'investissement identifiée en droit positif de la propriété intellectuelle n'existe pas en elle-même, ni pour elle-même. Elle est un moyen pour satisfaire un objectif plus général. Il est alors judicieux de s'intéresser à l'identité et l'acceptabilité de cette finalité générale, ainsi qu'à ses moyens. À cet effet, il convient de comparer la finalité envisagée, ainsi que les moyens mis en œuvre pour la satisfaire, à l'état des valeurs sociales que l'ordre juridique s'attache à défendre. La légitimité de la protection peut ainsi être testée en la soumettant à un jugement social. L'enjeu est de mettre en avant la légitimité de la protection, afin qu'elle cesse d'être discutée. Le but est en effet de parvenir à expurger la protection de ses critiques, lui permettant ainsi consolidation et promotion.

461. Confronter les arguments de contestation et de justification de la protection. Dans ces perspectives, les prochains développements auront pour objet de répertorier et de confronter les arguments tendant à contester la protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle, ou au contraire à la justifier. En somme, après avoir démontré l'aptitude technique du droit de la propriété intellectuelle à assurer la protection de l'investissement, il s'agit de traiter la question de savoir si cette discipline doit assumer cette tâche en termes d'opportunité et de légitimité politiques. L'enjeu est également d'identifier les voies qui permettront une conciliation des intérêts conflictuels, au travers d'une conciliation des fondements et finalités du système juridique, lesquels apparaissant eux-mêmes en conflits. L'examen de la légitimité de la protection constitue ainsi une étape intermédiaire et préalable à l'exercice de reconstruction du système.

462. Plan. Après avoir analysé les arguments de contestation de la protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle (**Chapitre 1**), seront mis en avant les arguments de sa justification (**Chapitre 2**). Il sera dès lors possible de conclure à la question du caractère souhaitable de la protection, dépendant d'un exercice de (re)légitimation devant encore être éprouvé.

Chapitre 1 – Une protection contestée

463. Contestation de la propriété intellectuelle et de sa fonction de protection de l'investissement. L'examen de la légitimité de la protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle ne serait pas complète, ni tout à fait objective, si les arguments contestataires n'étaient pas recensés. Une telle protection, de même que l'existence du système en lui-même, sont en effet contestés en termes de légitimité. Il convient de sourcer et d'expliquer les manifestations des attaques subies par ce système juridique, spécialement dans sa fonction de protection de l'investissement économique dans la conception d'objets immatériels. La démarche doit permettre d'identifier des éléments de réponse à la question de savoir pourquoi le besoin de protection se trouve à la fois exclu, et accueilli. Il s'agit de réaliser un inventaire des critiques émises, afin de rechercher, plus loin, comment restituer à la fonction sa légitimité, et comment la promouvoir.

464. Négation de la vocation à la protection et objections traduites par une crise de légitimité. Il existe des arguments propres à illustrer la tendance à la négation d'un droit de la propriété intellectuelle ayant vocation à la protection des investissements. Cette négation est liée à l'existence de conflits de philosophies, se traduisant par des conflits de fondements et de finalités du système. Ce dernier repose en effet sur différentes philosophies ayant émergées au cours de l'histoire, et ayant contribuées au pluralisme de ses conceptions et interprétations. Conflictuelles, elles contribuent sans grand étonnement au mouvement de contestation de la protection et au manque de lisibilité de ses fonctions⁹⁹⁴. Le climat dogmatique n'aide pas à dépasser les difficultés qu'il rencontre. Par ailleurs, la contestation de la protection est souvent avancée à l'occasion de propos soulignant l'existence d'une crise de légitimité de la matière. Cette protection est en effet affublée d'objections démontrant son absence, son manque ou sa perte de légitimité.

465. Plan. L'existence de conflits de philosophies contribuant à la négation de la vocation du droit de la propriété intellectuelle à la protection de l'investissement sera d'abord exposée (**Section 1**). Les objections à la protection traduites par une « crise de légitimité » de la discipline seront ensuite examinées (**Section 2**).

⁹⁹⁴ GAUTIER (P.-Y.), « Pour ou contre la propriété intellectuelle : propos introductifs », in *La propriété intellectuelle en question(s), Regards croisés européens, actes du colloque de l'IRPI des 16 et 17 juin 2005*, Coll. Droit des affaires, Propriété intellectuelle, t. 27, Paris : Litec, 2006, p. 23.

Section 1 - Une négation de la vocation à la protection liée à l'existence de conflits de philosophies

466. Difficultés d'acceptation de la protection reposant sur des conflits de philosophies.

La contestation de la vocation du droit de la propriété intellectuelle à la protection des investissements s'inscrit dans un mouvement de conflits entre philosophies sur lesquelles reposent les fondements et finalités de la matière. Il est possible d'identifier, par exemple, des affrontements entre jusnaturalisme et juspositivisme, et entre humanisme/personnalisme et utilitarisme. Les soubassements du droit sont en effet profondément dialectiques. L'utilisation de certains courants philosophiques tend à la négation de la fonction de protection de l'investissement. Ainsi, on peut en trouver une illustration particulière au travers d'une conception naturaliste du droit et du système du droit de la propriété intellectuelle, conjuguée à une vision romantique et mystique des activités de création.

467. Plan. La conception naturaliste dominante du droit de la propriété intellectuelle (**I**), ainsi que la vision romantique et mystique des activités de création (**II**), tendent au rejet de la protection de l'investissement économique du champ du droit de la propriété intellectuelle et spécialement de celui du droit d'auteur.

I. Une conception naturaliste dominante du droit de la propriété intellectuelle

468. Variété de fondements confinant au conflit. Le fondement naturaliste tient traditionnellement une place de premier choix parmi les fondements et finalités de la propriété intellectuelle. Tel est particulièrement le cas pour le droit d'auteur. Pourtant, d'autres fondements existent et servent à justifier et à expliquer la teneur des règles de droit. Au sein de ces différents fondements, le souci de protection de l'investissement économique dans la création n'est pas accueilli de manière harmonieuse. Le fondement jusnaturaliste a des difficultés à accueillir et justifier la protection de l'investissement économique dans la création (**A**). En revanche, les fondements utilitariste et juspositiviste sont nettement plus favorables à la protection de l'investissement dans la création, quoique leur emploi soit contesté (**B**). Le développement des autres fondements tend à démontrer que celui du droit naturel est en perte de vitesse et qu'il ne détient pas la vérité. Ces différents fondements semblent alors tenir des positions conflictuelles quant à la réponse à apporter à la question de savoir, si la propriété intellectuelle a vocation, ou non, à protéger l'investissement économique dans la création.

A. Les difficultés de justification de la protection sur le fondement du droit naturel

469. Un fondement de droit naturel légitimant. Historiquement, en France, le recours au droit naturel pour fonder une propriété sur le fruit du génie au bénéfice de son créateur s'est manifesté dans un souci de justification et surtout de légitimation⁹⁹⁵. La réservation de ce type d'objet procédait en effet, jusqu'aux lois révolutionnaires, du pouvoir discrétionnaire et arbitraire du souverain. Pour s'émanciper de la source de cette réservation sous l'Ancien Régime, la référence au pouvoir de l'Homme sur le fruit de son travail ou de son imagination s'est développée⁹⁹⁶. Le droit de propriété littéraire et artistique se justifiait alors, d'après l'interprétation de la doctrine traditionnelle et dominante⁹⁹⁷, non pas tant dans un but social, ni en considération prioritairement de l'intérêt du public, mais dans celui de la préservation des intérêts de l'auteur.

470. Le fondement naturaliste du droit, du droit de la propriété intellectuelle, et spécialement du droit d'auteur. Le droit naturel réfère à un droit traduit de l'observation de la nature des choses et des réalités, ainsi que de la nature de l'Homme, par la raison humaine. Présentant un caractère métaphysique, il véhicule une vision idéale de la règle juridique. Dans ce cadre, la loi humaine est la source unique du droit⁹⁹⁸. Le droit naturel supposerait même la légitimité. Ainsi, ce qui est légitime se définirait par ce qui est « fondé sur le droit naturel »⁹⁹⁹. Le recours à un tel fondement permet la découverte et la promotion de droits naturels de l'Homme, dont un des plus représentatifs est le droit individuel de propriété. Sur le fondement du droit naturel, l'Homme est libre et propriétaire de lui-même comme de ses biens, qu'ils soient acquis ou créés par lui. Dans ce cadre, le législateur ne vient pas instituer la règle juridique, mais reconnaître celle qui préexiste. Ainsi, le droit de propriété de l'auteur sur le fruit

⁹⁹⁵ STROWEL (A.), « Le droit d'auteur et le copyright entre histoire et nature », in GÉRARD (Ph.), OST (F.) et VAN DE KERCHIVE (M.) (dir.), *Images et usage de la nature en droit*, Collection générale, t. 57, Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 1993, p. 289, n° 85 et s., sur le droit d'auteur dont la légitimité serait tirée de son caractère de droit naturel ; pour une approche critique, sur la justification par le « droit naturel », cf. le commentaire de VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 14, n° 6, cf. spé. note n° 5, et p. 64, n° 37, discutant le caractère de droit naturel du droit, et de fait, le fondement de sa légitimité.

⁹⁹⁶ RECHT (P.), *op. cit.*, p. 14, sur le droit d'auteur et le droit naturel, qualifiant ce dernier, en somme, de « *révolte contre le droit positif en vigueur* », et p. 171 et s., interrogeant la qualification de droit naturel du droit d'auteur.

⁹⁹⁷ POLLAUD-DULIAN (F.), *La propriété intellectuelle, Le Droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 31, n° 16, précisant qu'à partir de ces lois révolutionnaires, « *le passage conceptuel du privilège à la propriété intellectuelle, individuelle et de droit naturel est opéré. L'une des conséquences majeures de ces lois et de leurs préambules est d'avoir fondé une conception jus naturaliste et individualiste du droit d'auteur* » ; LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *op. cit.*, p. 12, n° 8.

⁹⁹⁸ Ce fondement a été particulièrement mis en œuvre au cours du 18^e siècle dans la construction du droit objectif, avant de laisser la place, semble-t-il davantage, au 19^e siècle, au juspositivisme.

⁹⁹⁹ Trésor de la langue française (en ligne), « légitime », signifiant, notamment, « *qui est fondé sur le droit naturel, la morale, la loi divine* ».

de sa pensée ou de son travail procèderait d'une loi naturelle¹⁰⁰⁰. Le droit d'auteur est, selon une interprétation traditionnelle plutôt dominante en doctrine, fondé sur le droit naturel¹⁰⁰¹. Ce dernier permet d'expliquer l'appropriation des produits du travail, et en l'occurrence de la création-objet, du simple fait de la création-activité. La règle de réservation privative de l'œuvre de l'esprit selon la loi naturelle se traduit ainsi par l'affirmation selon laquelle l'auteur est propriétaire de son œuvre du simple fait de la création¹⁰⁰². À ce titre, le fondement naturaliste de la réservation apparaît comme allant de soi¹⁰⁰³. Le régime du droit d'auteur, à défaut de pouvoir toujours parler de droit « de » l'auteur, dans la perspective de la loi naturelle, n'est donc que consacré¹⁰⁰⁴. Il n'est pas construit. Pourtant, si le caractère de droit naturel du droit d'auteur apparaît à certains comme une évidence, le législateur en est tout de même venu à l'affirmer expressément, au travers de l'identification de la source du droit de réservation¹⁰⁰⁵. Il faut bien reconnaître qu'en droit d'auteur, la référence au « donné » ne suffit pas, et qu'il existe un besoin de s'en remettre à la construction positive du droit.

471. L'accueil timoré réservé à la protection de l'investissement par le droit d'auteur sur le fondement jusnaturaliste. Dans l'approche traditionnelle du droit d'auteur, le rapport d'appropriation s'établit en fonction du rapport de l'acte créatif. Ainsi, l'œuvre protégée par le droit d'auteur accède au statut de bien réservé, car elle recèle une trace singulière de son auteur. La condition essentielle de protection se traduit en effet par l'exigence que l'œuvre contienne une « empreinte de la personnalité de l'auteur ». Or, des résultats d'investissements ne contiennent qu'une faible dose d'apport intellectuel, ou du moins ne révèlent pas véritablement la personnalité d'un auteur, n'ayant pour seul « mérite » que d'être le fruit d'un apport financier risqué. Ils peinent dès lors à être légitimement réservés sur le fondement jusnaturaliste. Le droit d'auteur est assimilé au droit naturel, à un droit de l'Homme, à un droit individualiste, ou encore, humaniste et personnaliste. Il peine à son tour, selon ces conceptions, à accueillir des

¹⁰⁰⁰ Le caractère métaphysique du rapport de propriété liant l'auteur à son œuvre revêt également une dimension sacrée. Exposant un lien avec le droit naturel, cf. KEREVER (A.), « Droits d'auteur et développements techniques », *loc. cit.*, p. 13, notant que le droit d'auteur « revêt un "caractère sacré", dans le sens de relevant du droit naturel ».

¹⁰⁰¹ VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 39, n° 22, sur le discours français jusnaturaliste du droit d'auteur, « [...] dans la vision traditionnelle et traditionaliste du droit d'auteur, les droits de l'auteur naissent avec la création comme s'il ne pouvait en aller autrement [...] », et p. 40, n° 22, sur le droit d'auteur continental, « largement conçu comme un droit naturel », précisant en note n° 1, « au moins dans la tradition » ; STROWEL (A.), « Le droit d'auteur et le copyright entre histoire et nature », *loc. cit.*, spé. n° 85-86 ; LUCAS (A.), « Le rapport Le Chapelier : retour vers la conception jusnaturaliste du droit d'auteur français », *loc. cit.*, p. 341.

¹⁰⁰² POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, Le Droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 51, n° 40-1, sur le jusnaturalisme en tant que fondant la nature du droit d'auteur, p. 73, n° 70, et p. 75, n° 73.

¹⁰⁰³ CARON (Ch.), *op. cit.*, p. 9, n° 9 : « Que le droit d'auteur relève du droit naturel, cela appartient à l'évidence ».

¹⁰⁰⁴ GEIGER (Ch.), *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, *op. cit.*, p. 23, n° 23, et p. 20, n° 20.

¹⁰⁰⁵ VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 39, n° 22.

résultats d'investissement à caractère utilitaire et informationnels. L'hypothèse de leur réservation par le droit d'auteur est alors motivée, surtout, par une exigence économique de rentabilité des apports financiers consentis dans sa conception et/ou sa valorisation. Ainsi, il a pu être souligné s'agissant des œuvres informationnelles, que leur « protection par le droit d'auteur [était] dictée par des raisons d'opportunité »¹⁰⁰⁶. La possibilité de réservation de ce genre d'objet par le droit d'auteur révèle, en effet, un souci de protection de l'investissement plus qu'un souci de protection du statut individualiste de son auteur. La justification naturaliste du droit s'oppose logiquement, et sans surprise, à la possibilité de son octroi à quelqu'un d'autre que l'auteur. À ce titre, l'investisseur n'aurait pas dans la conception naturaliste la possibilité, ni la légitimité d'acquérir de manière initiale ce droit. Il doit s'en remettre à l'échange et au contrat. Pour obtenir et justifier la titularité initiale du droit par l'investisseur, il faut donc en appeler aux fondements du positivisme et de l'utilitarisme.

472. Relativité du recours au fondement jusnaturaliste pour justifier l'existence de la propriété intellectuelle. Le fondement du droit naturel s'avère en effet limité pour fonder et justifier la protection de l'investissement, en particulier économique, dans la création. Cela se révèle, essentiellement, par le refus d'octroyer un droit de réservation sur le fruit d'un investissement qui n'est pas, ou peu intellectuel, dans le sens où il ne contient pas suffisamment de trace de son auteur. Corrélativement, il en va ainsi du refus d'attribution initiale du droit à quelqu'un d'autre que l'investisseur humain, auteur de chair et d'os. Les difficultés de justification de la protection de l'investissement peuvent par ailleurs trouver un écho dans l'hypothèse selon laquelle le fondement naturaliste mobilisé pour justifier les droits de propriété intellectuelle, et surtout le droit d'auteur, aurait été « surestimé »¹⁰⁰⁷. Le jusnaturalisme demeure en effet lacunaire pour expliquer le régime du droit d'auteur¹⁰⁰⁸. Ainsi, par exemple, reconnaître le fondement naturaliste du droit d'auteur signifierait que la prérogative de propriété se doit d'être perpétuelle. Or, tel n'est pas le cas. La prérogative de propriété est limitée dans la durée, afin de concilier les intérêts¹⁰⁰⁹. Cela démontre donc que ce régime n'est pas uniquement fondé sur des ressorts naturalistes, mais aussi positivistes.

¹⁰⁰⁶ HADDADIN (S.), *op. cit.*, p. 183, n° 189.

¹⁰⁰⁷ Sur le fait qu'il a pu « être soutenu [...] que le poids de la justification tirée du droit naturel avait été surestimé par la doctrine », cf. not. LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *op. cit.*, p. 12, n° 8, faisant référence aux propos de GINSBURG (J. C.), « Histoire de deux droits d'auteur : [...] », *loc. cit.*, spé. p. 130, p. 132, et p. 154.

¹⁰⁰⁸ STROWEL (A.), « Le droit d'auteur et le copyright entre histoire et nature », *loc. cit.*, p. 289 et s., spé. n° 95 : « D'un autre côté, il faut concéder qu'en France, où la qualité de droit naturel a, sans doute, dès le départ, été proclamée avec le plus de force, des règles de base du droit d'auteur contredisent la thèse d'un droit naturel ».

¹⁰⁰⁹ *Id.*, spé. n° 88-89.

473. Influence des contextes de création. Par ailleurs, l'évolution des processus créatifs dans notre champ d'étude révèle que les fondements et finalités de la propriété intellectuelle sont pluriels, et qu'ils cohabitent de longue date. Les différentes philosophies n'accueillent pas, de façon égale, le souci de protection de l'investissement. S'il n'est pas surprenant que la propriété intellectuelle, fondée sur le *jusnaturalisme* récuse la protection de l'investissement économique dans la création, il est heureux que d'autres fondements y soient plus favorables. De plus, nous nous joignons aux propos de Pierre Rechet, lorsqu'il juge qu'« il faut reconnaître que le droit naturel offre trop d'hypothèses vagues et contradictoires et de controverses insolubles pour qu'on puisse fonder sur lui n'importe quel chapitre de science du droit, et singulièrement pas la propriété littéraire et artistique »¹⁰¹⁰. Définitivement, même s'il apparaît noble, du point de vue de la considération et de la dignité de l'humain, le fondement de la loi naturelle n'a pas le monopole de la légitimation, ni ne détient la vérité en matière de construction du droit de la propriété intellectuelle. Recourir à la considération selon laquelle le droit de propriété intellectuelle est un droit naturel à l'avantage, comme cela a pu être souligné, de couper court au débat sur sa légitimité¹⁰¹¹. Nous appliquons volontiers ce constat à la question de la légitimité de la protection de l'investissement par la propriété intellectuelle, du point de vue du fondement du *jusnaturalisme*. Au demeurant, il convient de se tourner vers d'autres fondements pour dépasser ces difficultés. Dans ce cadre, peuvent intervenir des conflits de fondements, mettant notamment en lumière le refus du droit d'auteur naturaliste d'accueillir la protection de l'investissement¹⁰¹².

B. La protection plus favorable mais contestée sur les autres fondements

474. L'existence d'autres fondements : l'utilitarisme et le juspositivisme. Le fondement traité précédemment ne permet pas de justifier totalement la fonction de protection de l'investissement économique dans la création par le droit de la propriété intellectuelle, et spécialement par le droit d'auteur. Or, et fort heureusement pour les investisseurs en quête de

¹⁰¹⁰ RECHT (P.), *op. cit.*, p. 13, sur le droit d'auteur et le droit naturel : « Il faut reconnaître que le droit naturel offre trop d'hypothèses vagues et contradictoires et de controverses insolubles pour qu'on puisse fonder sur lui n'importe quel chapitre de science du droit, et singulièrement pas la propriété littéraire et artistique ».

¹⁰¹¹ VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 14, n° 6, spé. la note n° 5.

¹⁰¹² CLAVIER (J.-P.), « La légitimité de la propriété intellectuelle. Approche du juriste », in *La légitimité de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 11, spé. p. 15, sur la justification économique de la propriété intellectuelle : « [...] Cette justification fondamentale constitue aussi le principal motif de sa contestation. L'illusion de la gratuité, l'aspiration du partage, l'appel à la décroissance économique forgent dans bon nombre d'esprits un modèle de relation d'où les réalités économiques de création de valeur par la prise de risque et l'investissement sont au mieux quasi-absentes, au pire détestées. La propriété intellectuelle doit donc faire avec ».

protection, d'autres fondements peuvent servir d'appuis. Le fondement naturaliste n'est pas exclusif, en effet, pour justifier l'existence de la propriété intellectuelle, et il est même à certains égards insuffisants. Ainsi, et à plusieurs titres, il est possible de constater qu'il est en perte de vitesse. Cela se traduit au travers du développement du positivisme et de l'utilitarisme comme fondements du système. Ceux-ci semblent plus aptes à fonder la protection de l'investissement¹⁰¹³. Dans ce cadre, il est même possible de se demander si le souci d'efficacité économique de l'investissement n'est pas le fondement autonome du système. Le droit français de la propriété intellectuelle, et particulièrement le droit d'auteur, ne sont ni exclusivement naturalistes, ni utilitaristes et positivistes¹⁰¹⁴. En vérité, ces différents fondements soutiennent ensemble le système de réservation privative des créations que nous qualifions de résultats d'investissements. Le recours aux autres fondements se trouve par ailleurs critiqué en opportunité, par les défenseurs du système et spécialement du droit d'auteur fondés sur le droit naturel, et plus particulièrement sur ses terminaisons humaniste et personnaliste.

475. L'application du fondement *juspositiviste* et de la philosophie *utilitariste*. Le droit de la propriété intellectuelle en général, et notamment le droit d'auteur, se fonde aussi sur des ressorts utilitaristes et positivistes. Cela se traduit, par exemple, par l'attribution d'une fonction de récompense de l'investisseur dans la création, soit-il intellectuel ou économique, et d'incitation à la création, tournée vers l'intérêt du public à jouir de l'existence de ces créations. Avec le fondement positiviste, contrairement au fondement naturaliste, le droit de propriété au bénéfice de son titulaire ne préexiste pas à son institution par le législateur. Il est délibérément institué par le législateur en tant que moyen d'atteinte d'une fin particulière. Il est le fruit d'une construction juridique sociale et positive, dans le but d'inciter à la création, pour satisfaire une utilité sociale, sous la figure d'un intérêt général¹⁰¹⁵. Selon cette approche du fondement, le droit de propriété intellectuelle est institué dans un objectif, il est un instrument : il n'est pas une fin en soi¹⁰¹⁶. Ce raisonnement, appliqué à l'idée de protection d'une création intellectuelle par un droit de propriété, revient à considérer qu'il s'agit de consentir cette protection à raison

¹⁰¹³ GEIGER (Ch.), *op. cit.*, p. 34-35, n° 29, dans le cadre des développements sur le fondement utilitariste du droit d'auteur : « *L'investissement est donc devenu, dans une logique économique utilitariste, une nouvelle justification du droit* », cf. égal. note n° 1.

¹⁰¹⁴ STROWEL (A.), « Le droit d'auteur et le copyright entre histoire et nature », *loc. cit.*, spé. n° 95.

¹⁰¹⁵ POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, La propriété industrielle*, *op. cit.*, p. 3, n° 8 et s., spé. p. 4, n° 8, sur la justification des droits de propriété intellectuelle pouvant recouvrer une forme de « récompense », qui, selon nous, s'inscrit ainsi dans la mouvance d'une justification utilitariste du droit de propriété intellectuelle en ce qu'il contribue à satisfaire une diversité d'intérêts : « *La loi n'accorde de tels droits qu'en fonction et dans les limites de l'utilité sociale qu'ils représentent* » ; HADADDIN (S.), *op. cit.*, p. 316, n° 331.

¹⁰¹⁶ FARCHY (J.), « L'analyse économique des fondements du droit d'auteur : [...] », *loc. cit.*, spé. p. 293 : « *L'octroi de droits de propriété n'est pas une fin en soi (comme dans l'optique du droit naturel) mais un moyen, dont les vertus incitatives sont au service de la maximisation du bien-être social* ».

du fait que l'objet est utile et bénéfique pour la société. Or, nombres de ces objets nécessitent des investissements économiques, d'où la nécessité d'inciter à ces activités en octroyant à leurs auteurs, une protection juridique. Par ailleurs, si les régimes de type propriété industrielle sont plus volontiers analysés comme fondés sur les lois positives et la philosophie utilitariste, il faut reconnaître que le déclin du fondement naturaliste du régime de la propriété littéraire et artistique, tend à rapprocher cette dernière de la propriété industrielle¹⁰¹⁷. Ainsi, la justification de la réservation des œuvres de type utilitaires sur le fondement du droit positif et des philosophies utilitaristes ouvre la porte à la prise en compte de l'investissement dans leur conception et leur valorisation et le souci de leur protection¹⁰¹⁸.

476. L'aptitude des fondements à justifier la protection de l'investissement : des conditions de protection plus souples et finalisées. Ces fondements sont plus ouverts à la justification d'une protection de l'investissement économique dans la création. Ils ne rejettent pas l'opportunité de l'appréhension et du traitement des phénomènes économiques et de leur recherche d'efficacité et d'utilité sociale, là où le fondement du droit naturel assure essentiellement une protection individualiste de l'auteur. Dès lors, les conditions de la réservation et les règles de titularité se trouvent beaucoup plus souples et possiblement profilées, en fonction des caractères de l'opération d'investissement. Elles tendent à se détacher de la source traditionnelle de la création au sens large et noble du terme : l'Homme dans toute sa superbe, exerçant une activité supposée désintéressée. Le résultat d'investissement à réserver dans un but économique, partageant lui-même cette nature économique, l'est davantage en tant que tel, selon des considérations sociales et d'efficacité économique, moins que selon des considérations individualistes et personnalistes.

477. La critique des fondements par les tenants du naturalisme. Cette réalité semble être mal acceptée et refoulée par les amateurs du fondement naturaliste pour justifier la propriété intellectuelle, et surtout le droit d'auteur. Il existe une méfiance à l'égard de l'utilisation des

¹⁰¹⁷ S'agissait du brevet, à l'époque révolutionnaire, c'est surtout le fondement de droit naturel qui permettait de légitimer le droit de propriété intellectuelle attribué sur l'invention : il s'agissait de prendre en considération l'acte de l'inventeur, dans sa dimension individuelle. Mais, progressivement, les choses ont évolué jusqu'à aujourd'hui : le fondement d'un tel droit tient moins à des considérations de droit naturel, qu'à des considérations utilitaristes. Même si cette dernière conception avait déjà été soulevée il y a un certain temps, en face de l'argument naturaliste, il faut avouer qu'il est désormais beaucoup plus palpable. L'organisation nouvelle et industrialisée de l'activité de l'innovation technique n'y est sans doute pas étrangère.

¹⁰¹⁸ Non sans un sens critique, cf. LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *op. cit.*, p. 52, n° 38 : « *Alors que, dans la conception traditionnelle française, le droit d'auteur naît de l'acte de création d'une personne, l'évolution tend à le ramener à une technique de rémunération dans l'investissement* » ; GEIGER (Ch.), *op. cit.*, p. 46, n° 39 : « *Et face à l'essoufflement des justifications de droit naturel, on perçoit un certain déséquilibre en faveur d'un investisseur qui, lui, n'obéit qu'à une logique purement égoïste de retour sur investissement* ».

fondements utilitarisme et positivisme, dès lors qu'ils permettent de prendre en compte davantage les intérêts alternatifs, tels ceux du public et des intermédiaires financiers, plutôt que celui de l'auteur, qu'ils regardent comme le cœur du système¹⁰¹⁹. C'est surtout la protection d'une activité n'étant pas désintéressée économiquement, qui est contestée voire même, méprisée¹⁰²⁰. Il en découlerait ainsi une négation de la vocation du système à la protection de l'investissement. La source des tensions quant à l'accueil réservé à cette protection réside également dans la cohabitation de différents fondements de ce droit de propriété. Chacune des thèses naturaliste et utilitariste est utilisée par celui entendant faire prévaloir son intérêt et son opinion sur le sujet, le cas échéant, en faveur ou en défaveur de la protection de l'investissement. En conclusion, selon le fondement et la finalité utilisés, rejaillissant sur les règles de droit instituées et leurs applications, les solutions de protection de l'investissement par la propriété intellectuelle peuvent varier. Ainsi, en fonction de la position et de la thèse adoptée, l'idée d'une protection de l'investissement sera soutenue ou combattue. La confrontation entre les différents fondements déjà envisagés explique certes les incertitudes sur la place de l'investissement et de sa protection. Mais, il est également intéressant de s'arrêter plus spécialement sur l'existence d'un dogme personnaliste en droit d'auteur, symptomatique de la tendance au rejet de la protection de l'investissement économique par ce système. Il contribue ainsi à expliquer en quoi et pourquoi, la protection de l'investissement économique dans la création se trouve à la fois, en dehors et, à l'intérieur du système juridique de la propriété intellectuelle.

II. Une vision romantique et mystique des activités de création

478. La force du dogme personnaliste, facteur explicatif de la négation de la vocation à la protection. L'existence du dogme personnaliste en matière de droit d'auteur traduit une contestation de la légitimité et de l'opportunité de la protection de l'investissement économique dans la création¹⁰²¹. Ce dogme contribue à la négation de la vocation du droit de la propriété intellectuelle à la protection en question. Une conception romantique et mystique de l'activité de création s'est en effet développée dans le temps, incarnée par un dogme personnaliste¹⁰²²,

¹⁰¹⁹ Attirant l'attention sur le « revers » de « l'approche mercantile et utilitariste de la propriété intellectuelle, qui voudrait effacer le rôle de l'acte créateur et la prééminence de l'auteur au profit de la défense des intérêts économiques de l'industrie [...] », cf. POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, Le droit d'auteur*, op. cit., p. 92, n° 97.

¹⁰²⁰ CLAVIER (J.-P.), « La légitimité de la propriété intellectuelle, Approche du juriste », *loc. cit.*, spé. p. 15.

¹⁰²¹ DESBOIS (H.), « La conception française du droit moral de l'auteur », in *Mélanges en l'honneur de Jean DABIN*, t. 2, Paris : Sirey, 1963, p. 519, spé. p. 520.

¹⁰²² Définition du terme en ligne sur le site du CNRTL : « Proposition théorique établie comme vérité indiscutable par l'autorité qui régit une certaine communauté ».

dont l'existence (A), ainsi que la vigueur (B), influent sur le rejet de la fonction de protection de l'investissement du droit de la propriété intellectuelle et la perturbent.

A. Le développement d'un dogme personnaliste rejetant la protection de l'investissement

479. Une vision mystique et sacrée de l'acte créateur œuvrant à la construction d'un dogme humaniste et personnaliste. Dans une conception traditionnelle voire, traditionaliste du droit d'auteur, l'Homme créateur est au cœur du système. Le droit d'auteur s'avère humaniste. Il est tourné vers ce qu'il y a de plus digne et de plus noble : l'Homme. C'est parce que l'humain est sacré et digne d'attention, que le fruit de son génie ou de son labeur est protégé. Ce n'est alors pas seulement le résultat de l'investissement humain et intellectuel de l'homme qui mérite d'être protégé, mais l'auteur lui-même, au regard de la personnalité qu'il applique dans sa production¹⁰²³. Le droit d'auteur continental et notamment français développe ainsi, au cœur du 19^e siècle, un dogme personnaliste. Seule la personne du créateur intellectuel semble compter dans les processus de conception de la création et de la diffusion au public. Fort logiquement, les contingences économiques semblent reléguées aux frontières du système, et particulièrement celles étrangères à la situation individuelle de l'auteur¹⁰²⁴. Cette vision peut être considérée comme construite puis relayée, en tant que fruit des courants de pensée philosophiques et sociologique de l'époque à laquelle elle s'est développée. Cette conception du droit d'auteur est mystique à plusieurs titres¹⁰²⁵, au regard des définitions de la notion de « mythe¹⁰²⁶ ». Elle l'est d'une part, puisqu'elle met en avant un personnage objet d'admiration et faisant l'objet des honneurs populaires. En cela, elle tend également vers le sacré¹⁰²⁷. L'auteur

¹⁰²³ SAVATIER (R.), *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui, Seconde série, L'universalisme renouvelé des disciplines juridiques*, Paris : Dalloz, 1959, p. 296, n° 299 : « L'œuvre naît d'un baiser de la muse à son créateur. Elle s'attache alors intimement à la personne, dont elle est l'expression propre ». Cf. aussi, du même auteur, pour des propos plus développés, *Le droit de l'art et des lettres, les travaux des muses dans les balances de la justice*, op. cit.

¹⁰²⁴ RAYNARD (J.), PY (E.) et TREFIGNY (P.), op. cit., p. 3, n° 4, désignant la propriété littéraire et artistique comme se rapprochant d'une sorte « d'humanisme désintéressé ».

¹⁰²⁵ Sur « l'effet mystificateur de l'appellation "droit d'auteur" », cf. STROWEL (A.), « Considérations sur le droit d'auteur à la lumière des intérêts sous-jacents », in GÉRARD (Ph.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Droit et intérêts, vol. 3 : Droit positif, droit comparé et histoire du droit*, Collection générale, t. 49, Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 1990, p. 233, n° 49 : « [...], l'expression "droit d'auteur" a rempli, et conserve parfois encore aujourd'hui, une fonction mystificatrice en ce sens qu'elle recouvre des intérêts divergents, tout en faisant croire que le droit d'auteur est le droit des seuls auteurs ».

¹⁰²⁶ Parmi les différentes définitions du mot « mythe », en ligne sur le site du CNRTL : « Représentation traditionnelle, idéalisée et parfois fausse, concernant un fait, un homme, une idée, et à laquelle des individus isolés ou des groupes conformeront leur manière de penser, leur comportement », par extension, « Construction de l'esprit, fruit de l'imagination, n'ayant aucun lien avec la réalité, mais qui donne confiance et incite à l'action ».

¹⁰²⁷ KEREVER (A.), « Droits d'auteur et développements techniques », loc. cit., p. 13, notant que le droit d'auteur « revêt un "caractère sacré", dans le sens de relevant du droit naturel ».

est mis au centre de l'attention. Elle l'est, d'autre part, car il est légitime de se demander si elle ne résulte pas de l'imaginaire et du fantasme. En cela, elle procèderait d'une croyance prenant ses distances avec un principe de rationalité. La conception mystique et sacrée de l'acte créateur tient compte du statut de l'auteur, parfois précaire, et en fait un symbole d'humilité et de mérite¹⁰²⁸. On évoque à ce titre, le « mythe de l'auteur romantique »¹⁰²⁹. La conception humaniste et personnaliste du droit d'auteur s'est développée au moment de l'expansion des courants culturels romantiques¹⁰³⁰. Elle se répercute sur la teneur du droit d'auteur traditionnellement enseigné encore de nos jours. La traduction juridique de la dimension romantique et personnaliste de l'acte créatif a été, semble-t-il, assumée par la doctrine juridique et la jurisprudence¹⁰³¹, avant d'être consacrée près d'un siècle plus tard par le législateur¹⁰³². Ainsi, nombre de dispositions et règles juridiques du droit d'auteur sont issues de la reconnaissance d'une dimension personnaliste et individualiste du statut de l'auteur. Comment ne pas relever à ce titre, l'existence du ou des droits moraux¹⁰³³, ainsi que celle du critère de protection qu'est l'originalité, dont la définition est intimement liée au dogme personnaliste¹⁰³⁴ ? La fonction du droit moral a ainsi pu être qualifiée, par un maître du dogme personnaliste, de « sauvegarde de la personnalité de l'auteur, dont l'œuvre porte l'image »¹⁰³⁵. Aussi, quelle meilleure illustration de l'existence d'un dogme personnaliste en droit d'auteur, érigé par la doctrine française, que le baptême de ce droit comme tel, par un de ses

¹⁰²⁸ VIVANT (M.), « Droit et culture : brèves réflexions sur la propriété intellectuelle à l'épreuve de la mondialisation », in BRUGUIÈRE (J.-M.) (dir.) *Droit d'auteur et culture*, Coll. Thèmes & commentaires, Paris : Dalloz, 2007, p. 25, spé. p. 31, soulignant que l'auteur est un « *personnage, qui capitalise la sympathie et est a priori réputé désintéressé* ».

¹⁰²⁹ Cf. la thèse de PARIS (Th.), *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, Coll. Sciences sociales et société, Paris : PUF, 2002, consacrant un chapitre au mythe de l'auteur romantique, spé. p. 132 et s., affirmant que « *le modèle de l'auteur romantique est un mythe* ».

¹⁰³⁰ BERTRAND (A.), *Droit d'auteur*, Coll. Dalloz Action, 3^e éd., Paris : Dalloz, 2010, n° 101-24 : « *L'esprit romantique tire son origine de la découverte de la subjectivité, dans la prééminence du "moi", dans l'exaltation mélodramatique de la souffrance individuelle comme facteur de création. Le "romantisme" transcende l'acte créatif pour en faire une manifestation essentielle de la personnalité de l'auteur, si ce n'est même un "culte de la personnalité". Le romantisme a ainsi stigmatisé une autre particularité du droit français, "son caractère foncièrement individualiste"* ».

¹⁰³¹ ESCARRA (J.), RAULT (J.) et HEPP (F.), *La doctrine française du droit d'auteur, Étude critique à propos de projets récents sur le Droit d'auteur et le Contrat d'édition*, Paris : Grasset, 1937, p. 12, n° 2 et s., retraçant la jurisprudence qui a contribué à l'élaboration du droit moral de l'auteur, soutenant la particularité de cette prérogative au regard de la personne de l'auteur et de son activité singulière.

¹⁰³² Spécialement dans la loi du 11 mars 1957 sur la Propriété littéraire et artistique.

¹⁰³³ BERTRAND (A.), *Droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 101-24, à propos du contexte de la naissance du droit moral : « *Le concept de droit moral a vu le jour entre 1810 et 1860, c'est-à-dire à une époque où la création littéraire et artistique était dominée par le très populaire mouvement "romantique". [...] C'est pour sceller cette "convergence d'intérêts" que la doctrine a consolidé la jurisprudence relative au droit moral pour en faire une des composantes essentielles du droit d'auteur français* ».

¹⁰³⁴ Pour un exposé du statut prédominant du droit moral dans la loi du 11 mars 1957 et sa fonction, cf. not. DESBOIS (H.), « La conception française du droit moral de l'auteur », *loc. cit.*, p. 519 et s.

¹⁰³⁵ *Id.*, p. 523, n° 4.

membres¹⁰³⁶ ? Dès lors que le droit de propriété littéraire et artistique devient le « droit d'auteur », il convient de penser « droit – de – l'auteur »¹⁰³⁷. Au fil du temps, s'est donc érigé un « dogme personnaliste » dominant¹⁰³⁸, essentiellement en droit d'auteur, parmi les différents approches et fondements existant¹⁰³⁹. De nos jours, le droit d'auteur s'en trouve bousculé lorsqu'il est investi de la question de la protection de l'investissement économique, peinant à lui attribuer une place¹⁰⁴⁰.

480. Une vision romantique datée de l'acte créateur rendant problématique la question de l'accueil de la protection de l'investissement. Pourtant, cette vision romantique des processus de création, à supposer qu'elle ait véritablement existé pendant un temps et dans certains schémas créatifs, n'est plus dominante aujourd'hui. La conception personnaliste du droit d'auteur, érigée en dogme par la doctrine¹⁰⁴¹, s'avère être pour une bonne partie de ce régime de réservation des objets immatériels recélant une valeur marchande, en décalage avec les réalités et leurs attentes contemporaines¹⁰⁴². En mettant au centre du système du droit d'auteur la dimension personnaliste de l'acte créateur, la considération du souci de protection des fruits des investissements intellectuels et économiques, en tant que tels, est rejetée de son champ, alors même qu'elle semble primordiale et actuelle. Selon le dogme personnaliste, n'est en effet apparemment protégé que le fruit d'un investissement en personnalité de l'auteur. Il faut cependant tenir compte du fait que, lorsque l'auteur investit de l'humain et de l'intellectuel dans sa création, il ne fait pas toujours véritablement apport de sa « personnalité ». Les résultats d'investissement intellectuel et humain ne seront alors pas *ipso facto* protégés, dès lors qu'ils ne sont pas le fruit d'un pur investissement en personnalité. Cela se traduit par exemple en droit positif, dans les contours donnés à la condition d'originalité de l'œuvre de l'esprit. L'approche

¹⁰³⁶ L'expression de *droit d'auteur* a en effet été substituée à celle de *propriété littéraire et artistique*, pour la première fois semble-t-il, par RENOARD, idée mentionnée par RECHT (P.), *op. cit.*

¹⁰³⁷ STROWEL (A.), *op. cit.*, p. 275, n° 214, sur « l'effet mystificateur de l'appellation "droit d'auteur" ».

¹⁰³⁸ BUYDENS (M.), *La propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 290, précisant que « la théorie personnaliste [est] largement défendue en France, [...] dont le romantisme convient bien aux formes d'art plus classiques ».

¹⁰³⁹ SIIRIAINEN (F.) « Le droit d'auteur à l'épreuve de sa dimension économique : [...] », *loc. cit.*, p. 673 cf. l'introduction, l'auteur rappelle les différentes conceptions du droit d'auteur, et interroge la place de la conception personnaliste en perspective avec l'approche utilitariste et l'approche économique, et p. 675, relevant l'existence du « dogme personnaliste » en droit d'auteur.

¹⁰⁴⁰ BERTRAND (A.), *Droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 101.55.

¹⁰⁴¹ Définition du terme en ligne sur le site du CNRTL : « Proposition théorique établie comme vérité indiscutable par l'autorité qui régit une certaine communauté ».

¹⁰⁴² Cf. SIRINELLI (P.), « Brèves observations sur le "raisonnable" en droit d'auteur », *loc. cit.*, spé. p. 400 : « On considère, traditionnellement, en France, que les œuvres de l'esprit sont protégées non en vertu de simples considérations économiques ou politiques ni même dans le seul but de stimuler la création, mais parce que l'on cherche à protéger l'auteur en raison du lien intime qui unit celui-ci à son œuvre. [...] En définitive, ce qui importe aujourd'hui est moins la véracité de l'analyse contemporaine (vision humaniste du droit d'auteur) que le fait que celle-ci l'a emporté au point d'être érigée, au fil des ans, en véritable dogme. Reste qu'il serait déraisonnable d'ignorer la réalité du mouvement général au moment où des considérations industrielles viennent perturber l'ordonnement actuel » (nous soulignons).

subjective de l'originalité cadre mieux avec le dogme personnaliste, que son approche objective ayant permis de faire entrer dans le champ du droit d'auteur des créations peu, ou pas, empreintes de la personnalité de leur créateur. À ce titre, l'approche objective de l'originalité est beaucoup plus favorable à la réservation par le droit d'auteur des résultats d'investissements intellectuels non-personnels, et même beaucoup plus financiers, qu'humains. L'exclusion de la protection objective et subjective de l'investissement, du champ du droit d'auteur, découle en partie de l'attachement de certaines sources juridiques, au dogme personnaliste, reposant sur le mystique, sacré et romantique lien, entre la personnalité de l'auteur et son œuvre. Dans cette conception, c'est surtout l'investissement personnaliste qui est protégé, et beaucoup moins, voire pas du tout, l'investissement humain traduit par des choix, pas plus que l'investissement financier. De plus, la vigueur du dogme personnaliste au sein du droit d'auteur nous apparaît comme « perturbatrice » du souci de protection de l'investissement¹⁰⁴³, notamment économique, dans la création¹⁰⁴⁴.

B. La vigueur du dogme perturbatrice de la protection de l'investissement

481. La force du dogme personnaliste et ses conséquences vis-à-vis de l'accueil réservé à la protection de l'investissement. La conception personnaliste du droit d'auteur a pris tant de force et de place depuis la seconde moitié du 19^e siècle, qu'elle a eu pour effet de perturber la fonction de protection de l'investissement que le droit d'auteur a également, selon nous, pour fonction d'assurer. La force de cette conception, revêtant un caractère presque de « vérité indiscutable »¹⁰⁴⁵, conduit à traiter de « dogme » personnaliste. Ce dernier tire en effet sa force, notamment, de sa propre définition. La notion de dogme renvoie à une idée théorique, à une affirmation, une vérité considérée comme indiscutable¹⁰⁴⁶. Il semble aisé dans ce cadre de véhiculer, par tradition, des idées reçues. Tel nous semble être le cas dans le sujet nous occupant. Les recherches sur la source du dogme personnaliste, ses manifestations et ses conséquences, nous donnent l'impression que l'aspect personnaliste et les considérations extra-

¹⁰⁴³ Il nous semble que l'entretien inutile de ce mythe – ne poursuivant que des fonctions symboliques, a sa part de responsabilité dans l'incohérence du système du droit de la propriété intellectuelle, et dans la dénonciation des déséquilibres.

¹⁰⁴⁴ Expression inspirée de l'intitulé de la contribution du Professeur BRUGUIÈRE (J.-M.), aux *Mélanges en l'honneur de Michel VIVANT*, op. cit., p. 731 et s. : « Le "droit d'auteur économique", un droit d'auteur entrepreneurial perturbateur du droit d'auteur humaniste ».

¹⁰⁴⁵ Définition du terme en ligne sur le site du CNRTL : « Proposition théorique établie comme vérité indiscutable par l'autorité qui régit une certaine communauté ».

¹⁰⁴⁶ *Ibid.*

économiques du droit d'auteur ont été exagérés. Cela embarrasse la recherche de la place à donner à la fonction de protection de l'investissement. Il faut donc trouver une solution pour sortir du problème provoqué par le dogme personnaliste et tenant au refus de protection de l'investissement économique en tant que tel.

482. Un dogme relayé par la doctrine et la jurisprudence, tirant sa force de son absence de remise en cause. Le dogme nous apparaît dangereux, car il tend à empêcher le système du droit d'auteur d'appréhender et de traiter, raisonnablement, les réalités variées évolutives et leurs besoins¹⁰⁴⁷. Il contribue à l'incohérence du système et à ses déséquilibres, car il empêche de penser les choses fidèlement et donc différemment. La construction et la force du dogme personnaliste, traditionnellement relayées, véhiculeraient en fait des idées reçues. Elles empêcheraient sa contestation. La caractéristique de ces idées, comme l'expliquent certains auteurs, « est de ne pas souffrir de remise en cause »¹⁰⁴⁸. C'est précisément, selon nous, la situation à laquelle nous faisons face. Il conviendrait ainsi de mettre en cohérence le système du droit d'auteur avec la réalité qu'il a pour tâche d'appréhender et de traiter juridiquement, en combattant l'idée reçue selon laquelle, il a pour fonction naturelle de ne protéger que la personnalité de l'auteur. L'existence d'un attachement fort de la doctrine à une tradition personnaliste de la conception du droit d'auteur va certainement dans le sens du soutien à la critique adressée à celui-ci¹⁰⁴⁹, et qui tiendrait à sa mutation vers une technique de protection de l'investissement. Alors que dans le système personnaliste, l'auteur est sacralisé, au centre du dispositif, l'extension du droit de propriété intellectuelle vers la protection de l'investissement économique emporte fort logiquement la contestation. La force de la tradition, dans la vision d'un droit d'auteur construit autour d'un dogme humaniste et personnaliste contribue, selon nous, au déni de l'opportunité de protection de l'investissement par ce système, nous semblant pourtant en être la finalité. Le déni de la vocation du droit de la propriété intellectuelle et particulièrement du droit d'auteur à la protection de l'investissement, spécialement économique dans la création, procède aussi certainement d'influences culturelles et philosophiques. La protection de l'investissement cadrerait mal avec certaines valeurs sociales, dont la défense est attribuée au droit en général, au droit de la propriété intellectuelle, et au droit d'auteur. Au fond, il existe une idée reçue et culturelle selon laquelle, la défense de l'intérêt du créateur intellectuel,

¹⁰⁴⁷ Cf. VIVANT (M.), « Pour une épure de la propriété intellectuelle », *loc. cit.*, jetant un regard critique sur l'existence des dogmes.

¹⁰⁴⁸ VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *Droit d'auteur et droits voisins*, Coll. Précis, 3^e éd., Paris : Dalloz, 2015, p. 51, n° 34 : « *Le propre des idées reçues est de ne pas souffrir de remise en cause* ».

¹⁰⁴⁹ GAUDRAT (Ph.), « Pour une propriété intellectuelle épurée », in *Mélanges en l'honneur du Professeur André LUCAS*, *op. cit.*, p. 325.

du fait de son acte quasi-mystique est sublime et méritante, tandis que celle du créateur économique, investisseur dans la conception ou exploitant, est vile et méprisable. Nous ajouterons qu'objectivement, le champ économique nous intéressant n'a pas à être noble, ni romantique : il est simplement pragmatique et rationnel.

483. Une doctrine plus ouverte à la considération des réalistes économiques dans le champ de la création, dans laquelle nous nous rangeons volontiers, pourrait bien lorsqu'elle discute l'opportunité de la protection de l'investissement, par exemple par le droit d'auteur, se heurter logiquement, en réponse, aux arguments partisans du dogme personnaliste. La lecture des œuvres doctrinales à ce sujet nous donne de manière récurrente l'impression qu'existe depuis des décennies une situation déni. Nous ne tenons pas tant dans ce cadre à raisonner en termes de faute ayant conduit à cette situation¹⁰⁵⁰, ni de sa charge¹⁰⁵¹, mais davantage en termes de sortie de conflit, par le biais de la prise en compte des aspirations de la réalité, et par celui de choix à exercer. En vérité, la situation est symptomatique du caractère profondément dialectique du droit.

484. L'hypothèse d'une exagération de la dimension personnaliste du droit d'auteur.

Comme nous l'avons déjà souligné, et selon l'avis d'une certaine doctrine, la dimension personnaliste n'était pas, ou pas exclusivement, à la source du système du droit d'auteur dans les lois révolutionnaires. Du moins, cette affirmation est à relativiser, car les sources, en vérité, sont variées. Elle ne s'est développée que près d'un siècle plus tard. Le sujet a donc été récupéré : il est passé d'une dimension essentiellement économique à une dimension personnaliste. Le dogme personnaliste du droit d'auteur s'est construit en mettant en avant l'idée que ce système est voué à la défense de la personne de l'auteur. Or, cette conception nous semble avoir été peut-être trop exagérée¹⁰⁵². Cette exagération pourrait se révéler être à la source de la difficulté actuelle à déterminer quel est le centre de gravité du droit d'auteur, et s'il tourne autour de la protection de l'investissement dans la création. Ainsi, l'appréhension croissante dans la propriété intellectuelle, du souci de protéger l'investissement dans la création, a conduit

¹⁰⁵⁰ À qui la faute ? À Morillot, lequel a contribué à la théorisation du droit moral (cf. MORILLOT (A.), *De la protection accordée aux œuvres d'art, aux photographies, aux dessins et modèles et aux brevets d'invention, dans l'Empire d'Allemagne* : Paris, 1878), à Desbois, ayant considérablement œuvré à la systématisation d'un droit d'auteur personnaliste et du droit moral (cf. not. DESBOIS (H.), *op. cit.*, et « La conception française du droit moral de l'auteur », *loc. cit.*), à la jurisprudence, laquelle a elle aussi contribué au développement du droit moral (cf. à ce sujet not. ESCARRA (J.), RAULT (J.) et HEPP (F.), *op. cit.*, p. 12, n° 2 et s.), aux investisseurs contre lesquels on a voulu défendre l'intérêt de l'auteur ... ?

¹⁰⁵¹ ESCARRA (J.), RAULT (J.) et HEPP (F.), *op. cit.*, p. 19, n° 6, les auteurs précisaient déjà à l'époque, au sujet de l'apport parfois indispensable de l'éditeur dans l'existence et la diffusion d'une œuvre, qu'« [...], il serait de fort mauvaise politique de partir en guerre, systématiquement, contre les éditeurs »

¹⁰⁵² Cf. STROWEL (A.), *op. cit.* spé. p. 109, n° 85, exposant la doctrine de Pierre RECHT, critique à l'égard de l'exacerbation de la dimension personnaliste du droit d'auteur.

les commentateurs de la discipline à relever l'existence d'un changement de paradigme dans celle-ci. Le changement de paradigme¹⁰⁵³, régulièrement avancé depuis ces dernières décennies omet, selon nous, de souligner que le véritable changement de paradigme en droit d'auteur tient au passage, au cours du 19^e siècle, d'une conception économique et propriétaire à une conception personnaliste. L'élément perturbateur de la cohérence et de l'équilibre supposé du droit de la propriété intellectuelle serait, non pas l'intégration du souci de protéger l'investissement économique dans la création, mais le souci de protéger la personnalité du créateur intellectuel, dans une période portée par des préoccupations humanistes et romantiques.

485. La portée embarrassante de l'hypothèse sur la satisfaction du souci contemporain de protection de l'investissement économique. En partant de l'hypothèse selon laquelle le droit de la propriété intellectuelle, et spécialement le droit d'auteur, serait un système voué à la protection de l'investissement dans la création, le développement et la vigueur d'un dogme personnaliste influant sur le régime de réservation, seraient perturbateurs du souci de protection de l'investissement. Le dogme personnaliste en droit d'auteur, tendant à refouler les possibilités de protection de l'investissement, est perturbateur. Si l'on veut volontiers admettre que ce régime contribue à la protection de l'auteur dans les lois révolutionnaires, fallait-il pour autant aller jusqu'à ériger ce souci de protection des intérêts de l'auteur, en dogme ? On aurait, dans la doctrine, donné plus de place aux aspects moraux et personnalistes que ce que les textes fondateurs ne l'entendaient. On aurait exacerbé l'existence et la fonction du droit moral en propriété littéraire et artistique. Le développement personnaliste du droit d'auteur trouve sa source notamment dans l'ambition de protéger l'intérêt des auteurs, contre la domination des exploitants et investisseurs économiques¹⁰⁵⁴. Ainsi se justifierait, par exemple, la création des droits moraux. Or, ceux-ci ne se justifieraient que comme un correctif de la possibilité de cession du droit aux mains des exploitants. Pourtant, il pourrait être argué que le droit d'auteur est un droit de propriété, présentant fondamentalement une nature patrimoniale¹⁰⁵⁵. Bel exemple, pourrait-on dire, de dialogue des sources du droit, que la création de prérogatives morales au sein du droit d'auteur aboutissant selon notre lecture, à la dénaturation de l'essence même de ce qu'était la propriété littéraire et artistique à ses débuts. Ainsi, le prétendu changement de paradigme du droit d'auteur, renvoyant à son évolution d'un système de

¹⁰⁵³ On vise ici le passage du personnalisme, à la protection de l'investissement.

¹⁰⁵⁴ ESCARRA (J.), RAULT (J.) et HEPP (F.), *op. cit.*, p. 19, n° 6.

¹⁰⁵⁵ Cf. RAYNARD (J.), PY (E.) et TREFIGNY (P.), *op. cit.*, p. 4, n° 4, nous notons que les sources doctrinales admettant ce raisonnement s'inscrivent dans les champs d'étude de la propriété industrielle, beaucoup plus volontiers présentée comme technique de protection de l'investissement.

réserve à visée personnaliste vers un système à visée économique, ne serait pas le véritable changement de paradigme en la matière. Il nous semble au contraire que le changement de paradigme primitif fût celui d'une évolution du droit d'auteur à visée économique, vers un système à visée personnaliste. Le droit d'auteur effectuerait ainsi, depuis la seconde moitié du 20^e siècle, un retour à ses sources. Ce qui est dénoncé comme un changement de paradigme par la doctrine personnaliste n'est, ni plus, ni moins, qu'une réunion de l'essence du dispositif et de ses causes.

486. La nécessité de relativiser la vigueur du dogme pour mieux penser le système en cohérence avec les besoins de la réalité. Si le dogme personnaliste du droit d'auteur tend à reléguer la protection de l'investissement économique de son champ, il existe effectivement un tel besoin de protection dans les réalités¹⁰⁵⁶. Pourtant, la conception personnaliste et la conception économique du droit d'auteur semblent antinomiques. Les logiques ne sont pas les mêmes. Cela se répercute sur les contours du système du droit d'auteur en lui-même et aussi au regard des autres droits de propriété intellectuelle. Le droit d'auteur est en effet tiraillé entre deux logiques reflétant des interprétations différentes des fondements et finalités que l'on peut lui attribuer, peinant à trouver un terrain d'entente¹⁰⁵⁷. On ne sait donc plus où se trouve le centre de gravité de ce système. Cela n'est pas sécurisant à plusieurs titres. Il ne nous semble cependant pas satisfaisant de demeurer dans cette situation, pas plus que de continuer de s'attacher au dogme s'éloignant de la prise en compte de la réalité et de ses besoins, en rejetant ainsi la protection de l'investissement. Depuis les dernières décennies, il faut bien avouer avoir senti que le souci de protection de l'investissement est plus volontiers reconnu et accepté au sein de la propriété intellectuelle en général, et en particulier au sein de la propriété littéraire et artistique. D'où vient ce sentiment ? En quoi la réalité et le droit auraient-ils changés, au point d'en venir à constater cette évolution ? Une réponse nous semble pouvoir être trouvée dans le fait que le droit d'auteur, dans sa conception personnaliste, prend sans doute conscience, petit à petit, des réalités évolutives, et qu'il n'est pas satisfaisant de continuer à vivre dans le passé.

487. Pistes de solutions. Si quelques scrupules à promouvoir l'abandon franc de la conception personnaliste du droit d'auteur peuvent être ressentis, il est possible, pour le moins, de plaider l'atténuation du dogme continuant d'être transmis, alors même que le droit d'auteur

¹⁰⁵⁶ VIVANT (M.), « Droit et culture : [...] », *loc. cit.*, spé. p. 30, n° 8.

¹⁰⁵⁷ BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 32, n° 3 : « [...] quant à la création artistique, elle est écartelée entre une idée romantique de la création et une vision mercantile du marché du divertissement » ; PARIS (Th.), *op. cit.*, p. 54 et s., cf. égal. p. 122 et s. sur le mythe de l'auteur romantique.

ne peut raisonnablement être réduit à une telle conception. Il convient donc d'atténuer ce que recouvre ce dogme, pour évoluer vers une prise en compte, consciente et assumée, du souci de protection de l'investissement économique dans la création intellectuelle. En vérité, il faut tenir compte d'une réalité s'avérant plurielle¹⁰⁵⁸. La dimension personnaliste du droit d'auteur ne pose pas véritablement de problème, lorsqu'il s'agit d'opérer la réservation d'un résultat d'investissement intellectuel, qui ne sera par ailleurs pas purement considéré pour la valeur économique et marchande qu'il recèle. Cette conception personnaliste pose cependant beaucoup plus de difficultés, lorsqu'il s'agit d'envisager son application à des résultats d'investissements faiblement intellectuels et surtout financiers, présentant essentiellement une valeur économique, avant que d'être considéré pour son aspect culturel, par exemple. Le problème est que l'attachement au dogme personnaliste cadre mal avec une partie de la réalité et surtout, des nouvelles réalités¹⁰⁵⁹. Le fondement traditionnel du droit d'auteur convient tout à fait aux processus de création indépendants, dont le résultat est marqué par la personnalité de l'auteur et qui ne nécessitent que peu d'investissements économiques dans la conception, de même que davantage d'investissement intellectuel. Ce n'est pas le cas pour les créations utilitaires et de dépendance. La tradition de la dogmatique personnaliste du droit d'auteur considère que la propriété littéraire et artistique, et spécialement le droit d'auteur, ne sont pas imprégnés d'une logique d'incitation économique, liée à l'existence de processus d'investissements dans la création par nature risqués. En revanche, cela est identifié plus volontiers en matière de création utilitaire et industrielle. Pourtant, cette tradition revient à retenir une vision datée de ces processus. Depuis un certain temps, et à plus forte raison, aujourd'hui et sûrement demain, les processus de création sont et seront fortement marqués par des schémas de dépendance et par des besoins en apports financiers, que leurs auteurs prétendront rentabiliser¹⁰⁶⁰. Quels en sont les impacts sur l'état du système et sur la préservation des intérêts des parties en cause ? Que faut-il faire¹⁰⁶¹ ? Un paradoxe découlant de l'examen des différentes sources de la propriété intellectuelle, et spécialement celle du droit d'auteur conçu traditionnellement et de façon dominante, est inconfortable. En effet, l'objet de la protection

¹⁰⁵⁸ BENSAMOUN (A.), « La protection de l'œuvre de l'esprit par le droit d'auteur : « qui trop embrasse mal étreint » », *D.* 2010, p. 2919.

¹⁰⁵⁹ Plaidant pour l'abandon des visions dogmatiques, cf. not. VIVANT (M.), « Objet juridique, objet social, réflexion sur la propriété intellectuelle », *PI* avr. 2012, n° 43, p. 269.

¹⁰⁶⁰ VIVANT (M.), « Droit et culture : [...] », *loc. cit.*, p. 30, n° 8.

¹⁰⁶¹ Cf. VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 68 et s., n° 39, titrant : « *Réalité dissimulée : un "droit d'auteur économique" ?* », et p. 69 : « *Un tel mouvement invite certainement le juriste à agir de de manière à faire évoluer la norme et (peut-être) rebaptiser le droit* », cf. la note n° 2, p. 70, n° 39, « *Le pire serait de continuer à défendre un droit personnaliste (celui qui reste défendu par la grande majorité de la doctrine du droit d'auteur) devenu simple raison écrite, droit mort... comme le fut, jadis, le droit romain* ».

renvoie à une œuvre créée. Pourtant, certains aspects des sources légales ou jurisprudentielles en la matière, révèlent à de nombreux égards, qu'il s'agit tout de même de protéger l'investissement dans ces objets. L'investissement en question n'est pas qu'intellectuel, mais aussi souvent et surtout, économique et financier. Il y a là des incohérences que nous expliquons par la force d'un dogme, éloignant la discipline de la réalité qu'elle vise pourtant à appréhender, organiser et réguler. Ces activités évoluent sur le terrain économique. Il n'est pas possible de le nier, ni de s'en voiler la face. Par ailleurs, au-delà même d'une contestation de la protection reposant sur des conflits de philosophies au sein du droit d'auteur, le rejet du souci de protection de l'investissement s'inscrit aussi dans une crise de légitimité de la discipline.

Section 2 - Les objections traduites par une « crise de légitimité »

488. La contestation de la propriété intellectuelle et de sa fonction de protection de l'investissement en termes de légitimité. La question de la légitimité de la propriété intellectuelle est récurrente¹⁰⁶². Poser également celle de la légitimité de la protection de l'investissement par ce système ne peut donc surprendre. En effet, l'extension de la question s'explique par la supposée finalité de protection de l'investissement de la propriété intellectuelle¹⁰⁶³. L'existence d'une crise de légitimité du droit de la propriété intellectuelle traduit, et se traduit par un rejet de cette protection¹⁰⁶⁴. Ce sont à la fois le but et les moyens du système juridique qui se trouvent affublés, lorsqu'ils sont orientés vers l'idée d'assurer la protection de certains investissements immatériels. Par certains aspects, la protection mérite en effet d'évoluer vers davantage de légitimité, afin de tendre notamment à de meilleurs équilibres.

489. Plan. La protection de l'investissement est contestée car elle révélerait une absence (I), voire un manque ou une perte de légitimité, du droit de la propriété intellectuelle (II), vis-à-vis de cette fonction¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁶² CLAVIER (J.-P.), « La légitimité de la propriété intellectuelle. Approche du juriste », *loc. cit.*, posant la question nous intéressant dans ce titre : « La propriété intellectuelle est-elle légitime ? » ; déjà, sur le sujet, cf. les actes du colloque, *La propriété intellectuelle en question(s), Regards croisés européens*, *op. cit.*, spé. p. 5 sur le thème de « La légitimité de la propriété intellectuelle en 2005 », propos introductifs de la séance sous la présidence de M. Paolo SPADA, lequel donne son ressenti sur la question de la légitimité de la propriété intellectuelle, sa perte, et les voies de solution.

¹⁰⁶³ Un droit de la propriété intellectuelle illégitime, notamment dans sa fonction de protection de l'investissement, renvoie à son absence d'acceptation, de justification et de conformité à des règles supérieures. Il s'agit donc dans cette situation de démontrer en quoi, pour ensuite réfuter ces attaques, en trouvant les moyens de restituer la légitimité. L'enjeu est de trouver les moyens de sortir des difficultés.

¹⁰⁶⁴ LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *op. cit.*, p. 50, n° 37, sur la « crise de légitimité du droit d'auteur » et des droits voisins ; BENSAMOUN (A.), « Portrait d'un droit d'auteur en crise », *RIDA* avr. 2010, n° 224, p. 3 ; sur l'existence d'une crise de légitimité de la propriété intellectuelle en général, cf. not. CHATRY (S.), *op. cit.*, p. 10, n° 3.

¹⁰⁶⁵ Dans un premier temps, nous nous attacherons à raisonner en termes d'absence de légitimité du droit de la

I. Une absence de légitimité

490. Manifestations et raisons de l'absence de légitimité. La légitimité de la propriété intellectuelle a de tous temps été discutée, notamment au regard de ses fondements et finalités pluriels. Elle assume en particulier une fonction économique, choisie, peinant parfois à être reconnue. Il n'est alors pas étonnant que la question de la légitimité de la protection de l'investissement se pose par ailleurs, compte tenu du fait que le droit français de la propriété intellectuelle a connu une évolution humaniste et personnaliste qui récusait, et récuse encore souvent, la dimension économique de ce droit. Différents griefs sont adressés à la propriété intellectuelle et à sa portée, mettant ainsi en doute sa légitimité. Cette dernière est notamment interrogée au regard de l'effet d'exclusion dont bénéficie le titulaire du droit de réservation, subordonnant l'accès à son résultat d'investissement au paiement d'une contrepartie par les tiers. Le droit s'analyse alors comme une technique juridique de rémunération d'un investissement¹⁰⁶⁶. Aussi l'illégitimité est-elle formulée, à l'égard du fait que les droits de réservations tendent à être attribués à l'investisseur économique, tandis qu'une certaine représentation de ce type de prérogative entend qu'il soit détenu par l'auteur intellectuel. Finalement, et de manière plus large, la portée économique du droit de réservation privatif employé est décriée. Il emporterait le « déclin » du statut de l'auteur, ou de celui de la prise en compte de l'intérêt du public. C'est pourtant oublier que le droit de propriété intellectuelle est originellement de nature économique¹⁰⁶⁷. Le défaut de légitimité de la propriété intellectuelle et de sa fonction de protection de l'investissement s'illustre de différentes manières. En témoigne l'analyse des mécanismes de protections objective (A), et subjective de l'investissement (B), ainsi que de leurs justifications.

A. Une absence de légitimité de la protection objective

491. Protection objective illégitime de l'investissement. La crise de légitimité que rencontrerait le droit de la propriété intellectuelle peut être reliée à sa fonction de protection de

propriété intellectuelle, et spécialement de sa fonction de protection de l'investissement. Dans un second temps, nous raisonnerons en termes de perte et de manque de légitimité du droit de la propriété intellectuelle et de sa fonction nous intéressant. Cela supposera qu'une légitimité de la discipline existait originellement. Les carences en légitimité renvoient à un défaut d'acceptabilité tant dans les discours juridiques, qu'extrajuridiques.

¹⁰⁶⁶ POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, Le droit d'auteur, op. cit.*, p. 93, n° 98 et s. critiquant le développement de la tendance à l'attribution au droit d'auteur d'une fonction de voiture-balai et de protection de l'investissement.

¹⁰⁶⁷ LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *op. cit.*, p. 51, n° 38, et p. 52 : « Alors que, dans la conception traditionnelle française, le droit d'auteur naît de l'acte de création d'une personne, l'évolution tant à le ramener à une technique de rémunération dans l'investissement ».

l'investissement, en particulier économique et financier dans la création. Il s'agit ici de démontrer que la protection objective de l'investissement contribue à la critique de la discipline en termes d'absence de légitimité¹⁰⁶⁸. Elle se traduit par l'existence d'un droit subjectif de réservation privative sur le résultat d'investissements, appréhendé en tant que tel, considérée alors comme injuste et infondée. Elle se heurte en effet à des critiques et objections insistant sur le défaut de justice d'une telle solution¹⁰⁶⁹. La répartition ou le partage de la jouissance du résultat d'investissement sont considérés comme mauvais, ne cadrant pas avec les aspirations et nécessités sociales, et ne respectant pas les droits et intérêts des acteurs autres que l'investisseur. La critique de cette protection doit être reliée au fait que le système juridique de la propriété intellectuelle est traditionnellement considéré comme un système de réservation d'un seul et pur résultat d'investissement intellectuel, dépendant d'une vision naturaliste, humaniste, et personnaliste de ce droit. Or, l'octroi d'un droit de propriété intellectuelle sur un objet immatériel, à raison d'investissements économiques qu'il s'agit de rentabiliser, est en décalage avec cette logique. En effet, il assure la réservation d'un objet immatériel représentant une valeur économique et marchande, mais ne constituant pas forcément une création intellectuelle au sens noble, traditionnel ni strict de la discipline. L'investissement, en tant que processus économique symbolisant le système capitaliste, suscite des critiques véhémentes lorsqu'il est protégé juridiquement, par faveur aux intérêts de son auteur. Ces derniers sont en effet souvent bien différents de ceux des autres acteurs dont les attentes sont supposées être extra-économiques.

492. L'hypothèse d'une protection mal jugée du résultat d'une activité économique. La critique de la protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle, contribuant à l'absence de légitimité de ce dernier, doit être replacée dans le contexte juridique et économique dans lequel il s'inscrit. Les règles instituées vivent en effet dans le cadre de certaines libertés. Elles ont un statut d'exception. Ces règles doivent tendre au respect de certaines libertés, et notamment celle de la liberté de concurrence. Il s'agit de sauvegarder un équilibre entre les intérêts concernés. Le droit de la propriété intellectuelle doit en effet être considéré comme évoluant dans le contexte d'une économie de marché supposée libre. Dans ce cadre, la protection du résultat d'activités économiques, tel que l'investissement, apparaît

¹⁰⁶⁸ POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, La propriété industrielle, op. cit.*, p. 5, n° 11.

¹⁰⁶⁹ Le problème en notre domaine réside sûrement dans la difficulté de voir dans la protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle, un instrument de l'alliance entre l'utilité économique de l'activité de l'investisseur et la justification de sa protection, avec la justice sociale. Cf. CLAMOUR (G.), *Intérêt général et concurrence, Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Coll. Nouv. Bibl. de thèses, t. 51, Paris : Dalloz, 2006, spé. p. 190, n° 339.

comme une atteinte profonde à la liberté économique. La critique s'inscrit dans le cadre d'une conception du droit considéré comme n'ayant pas vocation à intervenir dans le marché, irrigué par des principes de libertés économiques. L'intervention de l'ordre juridique dans le processus économique peut être certainement envisagée comme une cause de l'absence de légitimité d'une protection juridique de l'investissement par la propriété intellectuelle. Pourtant, à plusieurs titres, le système juridique de la propriété intellectuelle est considéré comme un mode d'organisation du marché contribuant à son efficacité économique¹⁰⁷⁰. L'assimilation du droit de propriété intellectuelle à un monopole d'exploitation contribue à accréditer l'idée d'une absence de légitimité. Le propre de ce dernier est de verrouiller l'accès à un marché pour les concurrents, et de subordonner l'accès à un résultat d'investissement réservé à une contrepartie, que ce soit à l'égard des tiers concurrents ou utilisateurs finaux. Le monopole est dès lors perçu comme un outil de rente économique¹⁰⁷¹. Il souffre d'une vision négative¹⁰⁷². Celle-ci provient du fait que la protection tend à satisfaire la poursuite d'un intérêt privé¹⁰⁷³, et non celui d'un intérêt général. À ce titre, l'outil et la finalité seraient dénués de légitimité. Nous considérons pourtant qu'ils sont légitimes, dès lors que la protection de l'investissement est, elle-même, un moyen de prendre en compte une multitude d'intérêts individuels et collectifs, dépassant le seul intérêt de l'investisseur. Les régimes des différents droits de propriété intellectuelle sont eux-mêmes limités, dans le but de prendre en considération ces autres intérêts. Par ailleurs, la protection de l'investissement par ces droits peut être perçue comme illégitime, car elle reproduirait un mécanisme repoussé dans la période de la Révolution française. Elle serait régressive, conduisant à un bond en arrière dans l'histoire, au temps des privilèges. Ainsi a-t-il pu être affirmé que « le prétexte sous la bannière duquel avance ce « grand bond en arrière », est la protection de l'investissement »¹⁰⁷⁴. Les thèses réfutant l'opportunité d'une réservation

¹⁰⁷⁰ Cf. not. *La propriété intellectuelle en question(s), Regards croisés européens*, op. cit., spé. p. 5 sur le thème de « La légitimité de la propriété intellectuelle en 2005 », spé. p. 41, le commentaire du Pr. VIVANT (M.) : « *Sur la question de la légitimité, il me semble que toutes les propriétés intellectuelles ont un point commun qui n'est pas toujours accepté dans une certaine lecture française, dogmatique, des choses. En effet, tous les droits de propriété intellectuelle sont des droits qui ont une fonction de régulation, d'organisation du marché, chose qui, en France, pour le droit d'auteur, est loin d'être toujours accepté* ».

¹⁰⁷¹ STATHOULIAS (A.), op. cit., spé. p. 1138, évoquant « *Le droit d'auteur perçu comme une rente de situation* ».

¹⁰⁷² BINCTIN (N.), « La propriété intellectuelle, un droit de propriété plus qu'une exception », in TRÉFIGNY (P.) (dir.), *L'articulation des droits de propriété intellectuelle avec le droit de la concurrence*, Coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2020, p. 105, spé. p. 107 : « *Il y a aussi une tendance à ignorer le besoin d'investissement, le partage du risque, l'économie de prototype qui caractérise la propriété intellectuelle pour se focaliser sur la partie rente... face émergée de l'iceberg* », et p. 119 : « *L'assimilation de la propriété intellectuelle à un monopole est particulièrement tendancieuse car, dans l'esprit commun, le monopole est négatif... donc la propriété intellectuelle l'est aussi* ».

¹⁰⁷³ GAUDRAT (Ph.) et SARDAIN (F.), op. cit., p. 92, n° 129.

¹⁰⁷⁴ GAUDRAT (Ph.), « 1° Propriété des créateurs », *Rép. civ. Dalloz Propriété littéraire et artistique*, 2007, n° 7-8.

privative des créations et valeurs immatérielles culturelles et marchandes, soit-elle temporaire, et plaidant pour un système libre de droit, rejoignent aisément la thèse du refus de protection de l'investissement. Cette dernière restreindrait le champ du domaine public et avec elle, la garantie de certains droits et libertés lié à l'accès aux activités créatives et à la jouissance de leurs produits. Ce serait donc négliger la prise en compte de l'intérêt du public et des tiers.

493. L'hypothèse de la difficulté de concilier différents fondements, finalités et intérêts potentiellement opposés. Les arguments invoqués à l'appui de la contestation de la légitimité de la propriété intellectuelle, et de sa fonction de protection de l'investissement, reposent notamment sur des difficultés à satisfaire les intérêts en présence. Ceux-ci prétendent simultanément à une protection privilégiée par rapport à celle des autres. Il faut ajouter que tel ou tel fondement et finalité du droit tend à mettre en avant davantage, et directement, une catégorie d'intérêts par rapport à d'autres. Ce faisant, la prévalence de protection d'un intérêt par rapport à un autre a tendance à être vécue comme une injustice. Au sein du droit de la propriété intellectuelle, l'injustice ressentie dans le traitement des différents intérêts contribuerait au constat de son absence de légitimité. Cela est vrai, à plus forte raison, quand le système est interprété comme ayant vocation à protéger les investissements immatériels. Dans sa dimension objective, la protection de l'investissement passant par la réservation du résultat d'investissement empêcherait ce dernier d'intégrer le domaine public. Les tiers se trouveraient condamnés à y accéder en l'échange d'une contrepartie. La thèse de la fonction de protection de l'investissement tendrait à restreindre davantage les dimensions du domaine public. Les questions de restriction du domaine public, et de subordination de l'accès au résultat d'investissement à l'acquiescement d'une contrepartie, sont essentiellement les critiques émises pour dénoncer l'absence de légitimité de la propriété intellectuelle¹⁰⁷⁵. Le droit de la propriété intellectuelle gagnerait alors en légitimité, s'il parvenait à assurer un subtil et satisfaisant équilibre entre les multiples intérêts en cause¹⁰⁷⁶. L'atteinte d'un équilibre parfait confine pourtant à l'utopie, si l'on sonde l'état des choses, et la manière dont la quête d'équilibre se développe depuis le début du système de propriété intellectuelle. Nous pensons qu'il conviendrait davantage de mettre en avant, avec pédagogie, l'intérêt de l'investisseur et sa protection immédiate. En effet, il s'agit là d'une condition pour aboutir à une satisfaction plus

¹⁰⁷⁵ On peut à ce titre mentionner l'existence de l'article de Daniel COHEN, dont l'intitulé laisse suggérer l'illégitimité de certaines mesures des régimes de propriété intellectuelle : « *La propriété intellectuelle, c'est le vol !* », *loc. cit.*

¹⁰⁷⁶ GAUTIER (P.-Y.), « Pour ou contre la propriété intellectuelle : propos introductifs », in *La propriété intellectuelle en question(s)*, *op. cit.*, p. 23.

médiate de l'intérêt de tous¹⁰⁷⁷. À partir de cette configuration, il faudrait ensuite recourir à des mesures correctrices de l'équilibre¹⁰⁷⁸.

494. L'hypothèse de la durée des droits de propriété intellectuelle traduisant leur absence de légitimité. L'existence de discussions sur la juste durée des droits de propriété intellectuelle tend à illustrer les difficultés d'acceptabilité de principe d'un tel système de réservation. Le terrain de la durée du droit fut souvent mobilisé pour exprimer l'illégitimité des droits, notamment envisagés sous l'angle de leur fonction de protection de l'investissement. Les différentes durées des droits patrimoniaux dans les régimes de propriété intellectuelle nous semblent devoir être mises en perspective avec la recherche de rentabilité de l'investissement nécessaire à la conception et à la valorisation des objets réservés¹⁰⁷⁹. Les mouvements contestataires du système de la propriété intellectuelle sont souvent apparus ou réapparus à l'occasion de discussions sur l'extension de la durée du droit ou sa portée matérielle¹⁰⁸⁰. Les questions posées tiennent à l'opportunité de la temporalité de ce droit ou à son caractère perpétuel. Pour être légitime, le droit de propriété intellectuelle doit-il être temporaire ou perpétuel ? En vérité, la réponse à la question dépend des fondements et finalités retenus pour l'analyse de ces droits. Elle dépend aussi d'un lien avec la nature et la source de ces droits. Ainsi, dans une conception naturaliste des droits de propriété intellectuelle, il apparaîtra plus facile de défendre la thèse de la perpétuité du droit au bénéfice de l'auteur. En revanche, dans une vision plus utilitariste et positiviste, la temporalité du droit sera davantage défendue comme légitime. Si l'on se place du côté de l'hypothèse selon laquelle les droits de propriété intellectuelle poursuivent une fonction de protection de l'investissement par la réservation du résultat d'investissement, on peut estimer qu'ils tirent une légitimité du caractère temporaire leur durée. En effet, nous pensons que les droits de la propriété intellectuelle, dans leur fonction de protection de l'investissement gagnent en légitimité, dès lors que leur durée est adaptée raisonnablement à celle nécessaire à la rentabilité de l'opération. Néanmoins, ces droits ne

¹⁰⁷⁷ VANBRABANT (B.), *La propriété intellectuelle, Tome I, Nature juridique*, Coll. Création Information Communication, Bruxelles : Larcier, 2016, p. 57 : « *Aujourd'hui, alors que différents facteurs provoquent une nouvelle remise en cause de la légitimité du droit des brevets – et du droit d'auteur –, il est (à nouveau) proposé de penser celle-ci dans une perspective instrumentaliste : le monopole que confèrent les droits sur les productions intellectuelles sont légitimes parce que, temporaires et assortis d'obligations à charge du titulaire, ils permettent de maximiser le bien-être général* ».

¹⁰⁷⁸ Cf. *infra*, n° 778 et s.

¹⁰⁷⁹ Cf. *supra*, n° 303 et s.

¹⁰⁸⁰ La problématique de la durée de protection existait déjà au temps des privilèges sous l'Ancien Régime. Elle était également présente au moment de l'adoption des textes révolutionnaires. Dans la seconde moitié du 19^e siècle, la discussion de l'opportunité d'une extension de la durée a remis au centre du débat le caractère légitime ou non de la propriété intellectuelle. Jusqu'aujourd'hui, les débats sur l'opportunité de l'extension de la durée des droits, ou celle de la durée optimale à donner au moment de la création d'un nouveau droit, sont encore prétexte à remettre sur la table la problématique de la légitimité du système.

doivent pas pour autant confiner à la rente, ce qui consisterait un risque¹⁰⁸¹. La recherche de la durée idéale de protection est en effet déterminante de la légitimité d'une protection objective de l'investissement¹⁰⁸².

B. Une absence de légitimité de la protection subjective

495. Protection subjective illégitime de l'investissement. L'invocation de l'absence de légitimité de la protection subjective de l'investissement n'est pas surprenante, si l'on considère la logique d'un droit de la propriété intellectuelle fondé sur des ressorts naturalistes et personnalistes¹⁰⁸³. La protection objective, par la réservation privative du résultat d'investissement, est assurée dans le but de traiter l'intérêt de l'auteur de l'opération d'investissement. C'est pour favoriser la rentabilité de l'opération, que le droit subjectif de propriété intellectuelle est octroyé à l'investisseur. L'attribution du droit subjectif de réservation à l'investisseur désigne précisément la protection subjective de l'investissement. Cette dernière implique de s'intéresser au bénéficiaire du droit de réservation, c'est-à-dire à l'investisseur, et à son intérêt qu'il s'agit de défendre. L'illégitimité renvoie déjà à la réservation d'un simple résultat d'investissement économique, dénué d'apport - ou d'un apport minimal - de naturel intellectuel et humain, dans les mains de l'agent économique. Aussi, elle renvoie, dans le cadre de la réservation d'un résultat d'investissements économique et intellectuel combinés, à l'octroi du droit à l'investisseur économique, et non à l'investisseur intellectuel. L'attribution de toute la réservation à l'investisseur économique aboutirait, en quelque sorte, à spolier l'investisseur intellectuel des retombées de son apport, et donc du « droit au » retour sur son investissement intellectuel. Il faut à ce titre tout de même considérer que la protection de cet intérêt trouve des éléments de justification dans la considération des intérêts alternatifs à satisfaire indirectement. La défense de l'intérêt de cet acteur est surtout assurée dans un but incitatif, visant à satisfaire de manière dérivée l'intérêt des personnes jouissant *in fine* de ces résultats d'investissements, mais aussi celui des créateurs intellectuels. Les investisseurs peuvent avoir tendance à être perçus comme profitant des dispositifs protégeant les intérêts des personnes autres, tel l'auteur¹⁰⁸⁴. À vrai dire, les aspects subjectifs de la protection de l'investissement dans la

¹⁰⁸¹ BRUGUIÈRE (J.-M.), « Faits et méfaits de la perpétuité [...] », *loc. cit.*, p. 45, n° 20.

¹⁰⁸² MOUREAU (N.) et MARCIANO (A.), « Durée optimale de protection : les économistes battent la mesure », *Juris art etc.* 2013, n° 3, p. 22.

¹⁰⁸³ Cf. PIRIOU (F.-M.), « La légitimité de l'auteur à la propriété intellectuelle », *Diogène* oct.-déc. 2001, n° 196, p. 119, not. p. 134 et s. et 141 et s.

¹⁰⁸⁴ Cf. *La propriété intellectuelle en question(s)*, *op. cit.*, spé. p. 5 sur le thème de « La légitimité de la propriété intellectuelle en 2005 », propos introductifs de la séance sous la présidence de M. Paolo SPADA, qui donne son

création souffrent d'une réception illégitime, si on présuppose que l'intérêt de l'investisseur ne se trouve pas au cœur du système de la propriété intellectuelle. La supposition, avancée fréquemment dans les discours traditionnels sur le droit d'auteur, n'est cependant pas absolument avérée. En effet, parmi les arguments de contradiction de la protection de l'investissement, existent des présupposés selon lesquels, public et créateur intellectuel sont prioritaires dans le traitement de leurs intérêts. Ces deux autres acteurs de la création seraient-ils alors plus méritants dans leurs attentes, que ne le serait l'investisseur économique ? La source des critiques, plaidant pour l'attribution du droit de réservation de préférence au créateur intellectuel, ne proviendrait-elle pas d'une certaine image péjorative véhiculée, et selon laquelle la société se représente cet investisseur, en tant qu'agent économique mu par la soif de profit ? La morale n'a-t-elle pas un lien avec la tendance à critiquer les mesures de soutien au profit d'une personne recherchant le gain ? Serait-il plus charitable, plus miséricordieux, de confier le droit de réservation sur le résultat d'investissements combinés au seul créateur intellectuel ? La critique de la protection subjective de l'investissement s'expliquerait ainsi, notamment, par le rejet parmi les valeurs morales défendues, de l'égoïsme dont l'investisseur est la figure représentative en tant qu'agent économique mu de son seul désir.

496. L'hypothèse de l'illégitimité de l'intérêt de l'investisseur économique à la création.

Au-delà même de l'absence de légitimité du droit de la propriété intellectuelle, laquelle est liée à sa fonction de protection de l'investissement, ne serait-ce pas, tout simplement, l'intérêt à protéger qui souffre d'illégitimité ? L'intérêt de l'investisseur n'est-il pas digne de protection ? La nature de la réception de l'intérêt économique par des valeurs sociales traduites au sein de l'ordre juridique pourrait être symptomatique de l'absence de légitimité de la protection subjective de l'investissement. Pour qu'une telle protection puisse être reçue comme légitime par la société, elle doit être jugée conforme aux valeurs que celle-ci admet, choisit et défend¹⁰⁸⁵. Il est alors nécessaire de s'intéresser à la légitimité même de l'intérêt qu'il s'agit de défendre, celui de l'investisseur économique à la conception d'objets immatériels, représentant la plupart du temps une valeur économique. L'attribution d'un droit de réservation à l'investisseur sur le

ressenti sur la question de la légitimité de la propriété intellectuelle, sa perte, et les voies de solution, cf. not. la reproduction de la discussion sur ce thème, p. 37, et spé. la remarque de Me VERCKEN (G.), p. 39, mettant en avant le fait que l'on oppose souvent les intérêts de deux groupes que sont le public et les titulaires de droits, alors qu'il existe un autre groupe d'intérêts, celui des investisseurs. La perte de légitimité de la propriété intellectuelle *« vis-à-vis du public provient essentiellement [...] du fait que les investisseurs [...], se drapent de l'habit des auteurs et des artistes pour faire valoir un certain nombre d'intérêts qui ne sont absolument pas perçus comme légitimes »*.

¹⁰⁸⁵ Sur la légitimité de l'intérêt : GÉRARD (Ph.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Droit et intérêt*, vol. 2, op. cit., p. 15, n° 4 : *« À l'effectivité de l'intérêt revendiqué, qui se donne pour une prétention subjective au droit, répond dans ce cas l'objectivité du jugement social de légitimité qui consacre cette prétention et en livre la traduction juridique »*.

résultat de son investissement a pour but de favoriser le retour qu'il en attend. Il s'agit alors de juger de sa légitimité. La légitimité renvoie spontanément à la notion de justice. Cette dernière est susceptible de renvoyer elle-même à la question de la morale. Or, du point de vue de la morale, les questions économiques, et particulièrement celle de la spéculation, souffrent d'*a priori* péjoratifs. Dès lors, il n'est pas étonnant que l'idée d'une protection de l'intérêt économique de l'investisseur soit perçue pour illégitime. Le cas échéant, lorsque l'idée se concrétise, sa réalisation contribue à « la crise de légitimité » du droit de la propriété intellectuelle.

497. La connotation économique de la notion d'intérêt confinant à l'illégitimité de sa protection juridique. Fondamentale dans le champ juridique, la notion d'intérêt est partout. Elle naît, en ce qui concerne notre sujet, dans l'économie, pour être ensuite juridiquement appréhendée¹⁰⁸⁶. Il s'agit ici de jauger la légitimité de protection de l'intérêt en jeu. L'intérêt de l'investisseur est perçu pour illégitime. Cela ne doit pas étonner, au regard des sens et des sentiments qu'a pu revêtir ce terme au cours de l'histoire. Une justification un peu trop rapide expliquerait qu'il ne mérite pas d'être pris en considération par l'ordre juridique. Il ne serait pas « moral »¹⁰⁸⁷, ni assez « noble »¹⁰⁸⁸, et donc pas digne de protection. L'intérêt peut être appréhendé par son sens péjoratif, car il est lié à l'idée de profit, renvoyant au « sentiment égoïste ». Par ailleurs, au sujet de la notion d'intérêt, l'examen de propos relatif à l'histoire de la langue peut conduire à se demander s'il n'y aurait pas un lien entre la signification qui a pu être retenue du terme au cours de l'histoire, et ce que nous désignons par l'intérêt de l'investisseur à savoir, la perception d'un retour sur investissement¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁶ *Id.* p. 13, n° 3 : « [...] l'intérêt, à intensité variable, aux objets multiples et aux titulaires diffus, se prête aisément à tous les glissements de plan du fait au droit, de l'individuel au collectif, du privé au public, de l'éthique au politique ou de l'économique au juridique ».

¹⁰⁸⁷ Notamment, peut-être, en référence aux valeurs religieuses occidentales. Cf. sur le rapport chrétien et catholique au capitalisme, à l'argent, au profit, cf. GHESTIN (J.), BARBIER (H.) et BERGÉ (J.-S.), *op. cit.*, p. 60, n° 79, traitant de « La réhabilitation du commerce, du progrès économique et du profit ».

¹⁰⁸⁸ GÉRARD (Ph.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Droit et intérêt*, vol. 2, *op. cit.*, p. 15-16, n° 4 : « Au chapitre de la méfiance que suscite l'intérêt, il faut encore relever le fait que, dans la pensée occidentale, l'intérêt est généralement associé – parfois identifié – à l'attrait de l'argent, à l'appât du gain. Dans ce cas, l'intérêt est l'intérêt égoïste, matériel et financier. Un tel intérêt reste toujours frappé – hypocrisie ou non, cela est une autre affaire- d'une sorte de discrédit lié à l'opprobre qui entoure le « mauvais argent ». Il est certain, par exemple, que la distinction classique qui oppose l'intérêt privé à l'intérêt général, le profit individuel au bien commun, reste connotée, quoi qu'on en dise, par cette dévalorisation. On en trouve trace également dans l'opposition qu'on établit entre les attitudes « intéressées » et « désintéressées ; être désintéressé, c'est poursuivre une fin noble, altruiste, tandis que se révéler intéresser, du moins dans ce couple d'opposition, c'est faire preuve d'un égoïsme quasi coupable ».

¹⁰⁸⁹ Pour la source de cette assimilation, cf. BRAIVE (G.), « L'historien et l'équivocité du concept d'intérêt, Aspects critiques et sémantiques », in GÉRARD (Ph.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.) (dir.), *Droit et intérêt*, vol. 1, *Approche interdisciplinaire*, Bruxelles : Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 25, sp. p. 29 : « [...] l'évolution sémantique du terme est à l'origine d'une de ses variations de sens les plus importantes, lorsqu'elle le fait passer du juridique ou du psychologique à l'économique : l' "intérêt" en vient –

II. Un manque ou une perte de légitimité

498. Hypothèses de carence ou de perte de la légitimité du système au regard de sa fonction de protection de l'investissement. La situation d'absence de légitimité mérite d'être distinguée de celles de manque et/ou de perte de légitimité du droit de la propriété intellectuelle, au regard de sa fonction de protection de l'investissement. Selon la seconde, évoquer le manque, ou même la perte de légitimité du droit de la propriété intellectuelle, lorsqu'il est mis en perspective de sa fonction de protection de l'investissement, suppose qu'il ait préalablement existé une légitimité. Dès lors, cette dernière serait insuffisante, ou en perte. Le système juridique aurait connu ou connaîtrait une légitimité, dès lors qu'il ne s'attache pas à la protection de l'investissement dans la création en tant que telle. La multiplication des dispositions tendant à la protection de l'investissement dans ce système juridique révélerait son manque de légitimité ou causerait sa perte. On peut certainement analyser le manque et la perte de légitimité du droit de la propriété intellectuelle, lorsqu'il assure cette fonction, au regard de *l'existence* du dispositif de protection d'une part, et d'autre part au regard de son *exercice*. Ainsi, la perte et/ou le manque de légitimité sont en partie liés à l'extension du champ de la réservation aux résultats d'investissements, considérés en tant que tels (A). Ils sont également liés au phénomène d'instrumentalisation des droits subjectifs de propriété intellectuelle (B).

A. L'existence du droit et son extension

499. L'extension du champ de la réservation, facteur de manque ou de perte de légitimité. Le droit de la propriété intellectuelle tendrait de plus en plus à assurer la réservation de résultats d'investissements en tant que tels. Le caractère créatif de ces objets ne serait plus la condition ultime de la protection. Ce système en subirait une perte de légitimité. Pour certains observateurs, l'extension du champ de la protection favorable aux investisseurs recherchant la rentabilité appelle la critique. L'extension, si elle s'avère parfois nécessaire afin de s'adapter aux besoins des nouvelles réalités, serait en perte de contrôle¹⁰⁹⁰. Elle causerait le manque

première apparition dans ce sens en français en 1462 – à désigner le dédommagement dû pour le prêt d'une somme d'argent. De cette signification naît assez naturellement celle de profit tiré du prêt, duquel dérive une avalanche de sens psychologiques dans lesquels le terme désigne non plus l'opération économique mais le sentiment qui l'accompagne, le plus fécond d'un point de vue sémantique étant celui de "sentiment égoïste", auquel les mystiques, en le combattant, donneront un sens péjoratif à partir du quinzième et surtout du seizième siècle ». Des recherches plus approfondies mériteraient d'être menées en ce sens. Ce n'est toutefois pas là l'objet de notre recherche en tant que telle.

¹⁰⁹⁰ Sur la perte de légitimité du droit *sui generis* du producteur de base de données, cf. CHATRY (S.), « La légitimité du droit *sui generis* du producteur de bases de données », in *La légitimité de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 115, en conclusion : « Peut-être qu'on a trop voulu faire sortir la propriété intellectuelle de son lit, ce

d'acceptation de l'existence de ces droits de réservation. Cela s'illustre notamment par le refus de se soumettre à ces mécanismes, ce dont témoigne le développement de mouvements alternatifs. La technique du secret, renforcée par celle du contrat, est alors parfois préférée. Aussi, plus radicalement, le recours au modèle du libre se développe. On en appelle même parfois radicalement à la disparition d'un système de réservation des valeurs immatérielles. Ces rejets s'expliquent, par exemple, en droit d'auteur, par sa tendance surprotectrice¹⁰⁹¹. Cette dernière est symptomatique de la crise que connaît le système dans son ensemble.

500. L'extension objective et subjective du champ de la protection. Dans sa fonction de protection de l'investissement, la perte de légitimité de la discipline peut être révélée à la fois sur le plan objectif et sur le plan subjectif. Les objets de réservation sont de plus en plus nombreux et intègrent le champ des propriétés intellectuelles, davantage en tant que fruits d'une activité économique risquée qu'il s'agit de sécuriser. L'objet de la réservation par ces prérogatives est choisi en tant que résultats d'investissements. De plus, ces derniers sont réservés privativement, davantage en considération de l'intérêt de l'investisseur économique qu'en considération de celui du créateur intellectuel. En effet, les droits de propriété intellectuelle bénéficient de plus en plus à des personnalités juridiques n'étant pas auteurs au sens strict du terme. Nous avons démontré que ces phénomènes d'extension se traduisent notamment par la création de nouvelles catégories de droits et par un phénomène de surprotection. Ainsi, le développement de nouvelles catégories de droits de réservation des résultats d'investissement est causé par la multiplication du souci de privatiser de manière générale, l'information. Pourtant, cette dernière ne représente pas nécessairement une création intellectuelle, mais simplement des données. Le mérite de celles-ci est de représenter une potentielle valeur économique, valorisable par des actes d'exploitations subordonnés à autorisation ou interdiction. Ce développement est bien sûr assuré dans le but, également, de prendre en compte la protection subjective de l'opération d'investissement. Il s'agit par-là de mettre en œuvre des moyens permettant à l'auteur de l'opération, de s'en assurer la rentabilité. Non seulement, plus de résultats d'investissement se trouvent réservés en tant que tels, mais ils feraient aussi l'objet d'une « surprotection ». En effet, les résultats d'investissements deviennent potentiellement protégeables par différents types de prérogatives de propriété intellectuelle de manière simultanée, ou de manière successive. Un même résultat d'investissements est susceptible de faire l'objet de différents droits, entre les mains d'une

qui explique en partie la perte de légitimité de la matière ».

¹⁰⁹¹ STATHOULIAS (A.), *op. cit.*, p. 1125 : « La crise de la légitimité du droit d'auteur est notamment causée par sa tendance surprotectrice. Trop de choses sont trop protégées ».

personnalité unique, ou entre celles de personnes différentes. Il y a alors cumul ou concours de droits. L'allongement de la durée de certaines prérogatives témoigne également d'une surprotection, si l'on considère que la durée est beaucoup plus importante que ce que n'implique un strict retour sur investissement, assorti d'une plus-value raisonnable. Enfin, la technique du droit de propriété intellectuelle, impliquant l'autorisation ou l'interdiction d'un acte d'exploitation, est possiblement renforcée par des mesures techniques de protection.

501. Impacts de l'extension. Ces processus d'extension du champ de la protection et de surprotection emportent des impacts sur la légitimité de la discipline. L'aptitude du système à maintenir un équilibre entre les intérêts des différentes catégories d'acteurs de la création est remise en cause. Une protection accrue de l'intérêt des investisseurs économiques emporte *a priori* un recul de la prise en compte des intérêts du public et des créateurs intellectuels. La multiplication des droits et la surprotection renvoient à une négligence continue de certains principes et libertés fondant la matière, tels que le principe de liberté de la copie et les principes de libertés économiques de façon générale. C'est peut-être même la considération de l'intérêt général qui serait en recul¹⁰⁹². À mesure de son évolution vers la protection de l'investissement, la propriété intellectuelle perdrait en légitimité, au regard des fondements naturaliste et personnaliste avancés selon une conception traditionnelle de la matière. L'aboutissement tient à une impression qu'il existe « trop » de droits de réservation, et en particulier, trop de réservation de résultats d'investissements considérés en tant que tels. La conséquence réside notamment dans une forme de « décadence du domaine public »¹⁰⁹³. Pour autant, et paradoxalement, le constat d'un trop grand volume de droits n'est pas exclusif du sentiment d'un « manque » de droit. La doctrine considère ainsi qu'il n'y aurait « pas assez » de droit, spécialement en faveur des créateurs intellectuels¹⁰⁹⁴. Pour assurer la légitimité de la propriété intellectuelle, en particulier au regard de sa fonction de protection de l'investissement, c'est décidément à une recherche d'équilibre qu'il faut s'en remettre. Le droit de réservation du résultat d'investissement doit effectivement être conditionné et mesuré à la prise en compte des

¹⁰⁹² La protection de l'investissement ne respecterait pas l'intérêt général, alors même que la matière est supposée fondée et légitimée par ce dernier, à condition que l'équilibre existe. Or, la tendance à la protection de l'investissement révélerait une distanciation avec celui-ci. Développant l'idée d'un manque de prise en compte de l'intérêt général, lorsque le système évolue vers la prise en compte de l'intérêt de l'entreprise, cf. REMICHE (B.), « Propriété intellectuelle : intérêts d'entreprise et intérêt général », *loc. cit.*, p. 525, et p. 532 et s. sur les « *conflits potentiels entre l'intérêt des entreprises titulaires de ces droits et l'intérêt général* ».

¹⁰⁹³ CARON (Ch.), « L'irrésistible décadence du domaine public en droit de la propriété intellectuelle », *loc. cit.*, spé. p. 6.

¹⁰⁹⁴ Cf. not. LUCAS (A.), « Rapport de synthèse », in *La légitimité de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 154, selon l'auteur, « [...] il n'y a pas assez de droit d'auteur, mais, la nuance est d'importance, pas assez de droit d'auteur pour les auteurs ».

intérêts des tiers, pour être perçu comme légitime¹⁰⁹⁵. Ceci dit, le système possède déjà les outils à cet effet.

502. Une légitimité variant selon l'âge des catégories de droits de propriété intellectuelle. Monsieur le Professeur André Lucas remarque que ce ne sont pas réellement les « vieux droits » de propriété industrielle qui souffrent d'illégitimité¹⁰⁹⁶, tels que le droit du brevet ou le droit de marque. L'auteur souligne aussi que le déficit de légitimité des droits de propriété intellectuelle est plus important en propriété littéraire et artistique¹⁰⁹⁷, qu'en propriété industrielle¹⁰⁹⁸. Il indique que c'est surtout la légitimité des « nouveaux droits » qui est discutée¹⁰⁹⁹. Ces nuances de légitimité peuvent s'expliquer au regard de la fonction de ces droits, vis-à-vis de la mission de protection de l'investissement économique dans la création intellectuelle. D'abord, s'agissant de la légitimité des vieux droits de propriété industrielle, il faut préciser qu'ils sont beaucoup plus facilement considérés comme des techniques de protection de l'investissement dans la conception et l'exploitation des créations techniques. Ces activités impliquent en effet des dépenses importantes de recherches et développements, qu'il s'agit de rentabiliser. Le droit de réservation sur ces produits agit ainsi comme un incitant. Ils sont aussi considérés comme une technique de ralliement d'une clientèle, d'avantage que ce que ne l'est le droit d'auteur. Ensuite, s'agissant du déficit de légitimité de la propriété littéraire et artistique, qui serait plus important qu'en propriété industrielle, nous pouvons avancer une explication au regard de son évolution, plus assumée, vers une technique de protection de l'investissement. Le droit d'auteur n'est pas nouveau. Il a tendance à être considéré dans sa conception naturaliste, et personnaliste, ce qui lui procure sa légitimité. Pourtant, il est aussi employé dans une perspective de protection de l'investissement, ce qui contribue à sa perte de légitimité. Enfin, les « nouveaux droits » de propriété intellectuelle, tels les droits voisins du droit d'auteur¹¹⁰⁰, souffriraient davantage d'illégitimité que les anciens. Nous pensons y voir,

¹⁰⁹⁵ CLAVIER (J.-P.), « La légitimité de la propriété intellectuelle. Approche du juriste », *loc. cit.*, spé. p.16, « [les] infléchissements du droit exclusif sont le tribut à payer par la propriété intellectuelle pour sa légitimité » ; DORMONT (S.), « L'élaboration de la norme en droit d'auteur : les discours sur la légitimité », in *La légitimité de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 79, spé. p. 80.

¹⁰⁹⁶ LUCAS (A.), « Rapport de synthèse », *loc. cit.*, spé. p. 155, l'auteur trouve « assez intéressant que la légitimité des « vieux » droits de propriété industrielle que sont le droit de brevet et le droit de marque n'aient pas été réellement mise en question ».

¹⁰⁹⁷ Quoique le nom de la catégorie ne soit plus représentatif de la réalité qu'elle est censée désignée...

¹⁰⁹⁸ LUCAS (A.), « De la protection à la « surprotection » des droits de propriété intellectuelle », in *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?*, *op. cit.*, p. 17 et s. : « La propriété intellectuelle n'est pas un bloc homogène : le déficit de légitimité qui l'atteint est beaucoup plus fort pour le droit d'auteur et les droits voisins, la propriété littéraire et artistique, que pour la propriété industrielle ».

¹⁰⁹⁹ LUCAS (A.), « Rapport de synthèse », *loc. cit.*, s., spé. p. 152, sur l'émiettement de la propriété intellectuelle : « émiettement qui, en même temps qu'il fait naître le risque d'une certaine incohérence, aboutit à un paysage extrêmement morcelé et à l'apparition de droits nouveaux dont la légitimité prête parfois à discussion [...] ».

¹¹⁰⁰ *Id.*, p. 156 : « C'est avec les droits des producteurs, les droits voisins, que la légitimité de la propriété littéraire

parmi les facteurs explicatifs, le fait que ces catégories de droits sont plus ouvertement fondées et finalisées en considération d'un but de rentabilité des investissements, dans une perspective incitatrice.

B. L'exercice instrumentalisé du droit

503. L'hypothèse de l'instrumentalisation du droit par détournement de sa fonction. Le droit de la propriété intellectuelle ne subirait pas seulement une perte de légitimité s'illustrant par la multiplication de *l'existence* des droits à destination de la protection de l'investissement. Il en irait également ainsi au stade de leur *exercice*, dans une démarche d'instrumentalisation. Cela est d'autant plus vrai, s'agissant de droits n'étant pas traditionnellement considérés comme ayant pour fonction de protéger l'investissement économique dans la création. Ces droits peuvent en effet être exercés dans une perspective évidente de recherche de la rentabilité de l'investissement dans la conception de l'objet réservé. Une telle démarche est cependant susceptible d'être jugée antisociale. Il est en effet régulièrement dénoncé l'emploi du droit comme un instrument visant à assurer à un agent économique, la rentabilité de son opération d'investissement économique. Cela contribuerait à la perte de légitimité de la discipline et spécialement, à la façon dont elle est reçue par les justiciables.

504. Processus d'instrumentalisation. La source de l'illégitimité procéderait de l'instrumentalisation de sa technique dans un cadre extérieur à ces fonctions. Le droit de propriété intellectuelle ferait l'objet d'un détournement de sa ou de ses fonctions. Il s'agit alors de raisonner en supposant que l'existence du droit de propriété intellectuelle est légitime, mais que son exercice particulier, dans le but de protéger les investissements dans la conception ou la diffusion des objets plus ou moins créatifs, contribuerait à sa perte de légitimité. Il est possible d'envisager que ces prérogatives n'ont pas été instituées dans le but de servir d'instrument à la protection de l'investissement, mais pour servir d'autres fins et fonctions. Pourtant, ils sont dans les faits utilisés dans ce but. Ce faisant, on pourrait considérer qu'ils se trouvent détournés de leurs fonctions originaires. Il faut ici mettre en exergue le lien entre l'existence du droit et les fondements et finalités pour lesquelles il a été institué, avec son exercice, dirigé vers l'accomplissement d'une fonction extérieure à son but et à sa philosophie. Est ainsi parfois dénoncée l'utilisation du droit de propriété intellectuelle comme outil stratégique, sans

et artistique est apparue la plus douteuse », et p. 157 : « De manière générale, on peut dire que la légitimité des droits voisins du droit d'auteur, à l'exception des « droits cousins » reconnus aux artistes-interprètes, est moins bien assurée que celle du droit d'auteur lui-même ».

préoccupations des raisons ayant justifié son instauration et qui seraient étrangères au souci de rentabilité de l'investissement. Le droit de propriété intellectuelle est en effet potentiellement utilisable à des fins de stratégies économiques et financières¹¹⁰¹. Cette pratique n'est pas perçue comme jouissant d'une légitimité absolue. Dès lors, et au pire, la fonction de protection de l'investissement que remplit l'instrumentalisation du droit est rejetée. Au mieux, elle est mise en doute et surveillée¹¹⁰².

505. Impacts du processus sur la légitimité de la propriété intellectuelle. Ces pratiques ne seraient pas sans impacts, et cela particulièrement au regard de la perte de légitimité de la discipline et de la technique mise en œuvre. Il peut être regretté que les acteurs économiques se servent de ce droit comme d'un instrument de profit, oubliant peut-être aussi sa finalité sociale¹¹⁰³. Le droit subjectif de propriété intellectuelle n'est pas seulement l'outil de réalisation d'un égoïsme légitime, il a aussi une utilité sociale, c'est-à-dire supposée servir le bien de tous. Le risque tient alors au dévoiement du droit de sa fonction, se répercutant sur l'équilibre recherché entre les intérêts au moment de la consécration du droit. L'instrumentalisation de ce dernier par un détournement de sa ou de ses fonctions tendrait en effet, notamment, à remettre en cause le jeu des équilibres mis en place et supposés être satisfaisants. Au-delà de ne pas être sécurisante, sur un plan matériel, pour assurer la préservation des intérêts des tiers à l'investisseur, elle n'est pas non plus sécurisante en termes juridiques. Aussi, les dénonciations tiennent aux risques de dérives que cette pratique peut entraîner sur le terrain économique, culturel et éthique.

506. Relativiser l'impact. Pour autant, l'impact sur la légitimité de la propriété intellectuelle, de l'instrumentalisation du droit à des fins de satisfaction d'un intérêt économique, tendant à la garantie de la rentabilité d'une opération d'investissement, doit être mis en doute et relativisé. En effet, il est possible de considérer que la plupart des régimes de propriété intellectuelle ont été créés pour servir justement cette fonction de protection de l'investissement, et que cela est légitime. Nous avons pourtant relevé qu'en supposant que ce droit de propriété intellectuelle soit originellement légitime, son utilisation instrumentalisée révélerait une perte de légitimité du système, et d'autant plus de sa finalité de protection de

¹¹⁰¹ BESSY (Ch.), « Réformer la propriété intellectuelle pour mieux réguler les marchés », *Revue d'économie industrielle*, n° 116, 4^e trimestre 2006, http://journals.openedition.org/rei/501_N°_26.

¹¹⁰² GEIGER (Ch.), « L'Europe au carrefour des logiques : propriété intellectuelle et investissement, une dangereuse équation », *PI*, avr. 2019, n° 71, p. 120, spé. p. 125.

¹¹⁰³ Une des meilleures illustrations en est sûrement la pratique des « patent trolls ». À ce sujet, cf. not. LE STANC (Ch.), « Les malfaisants lutins de la forêt des brevets : à propos des patent trolls », *Prop. Ind.* févr. 2008, Étude 3, et « L'abus dans l'exercice du droit de brevet : les « patent trolls » », *Prop. Ind.* oct. 2010, Dossier 8 ; CARON (Ch.), « Les mauvaises actions en contrefaçon », *CCE* avr. 2019, Étude 8.

l'investissement. Il n'empêche que la technique peut effectivement et légitimement être considérée comme un instrument de protection de l'investissement. La condition est alors de veiller à ce qu'il soit effectivement utilisé dans le cadre des arguments qui le justifient, tout en tenant compte des nécessités imposées par l'intérêt général. C'est bien l'utilisation individualiste de la prérogative, et du système, qui fait perdre au droit de la propriété intellectuelle sa légitimité, lorsqu'il est appréhendé comme outil d'incitation à l'investissement dans la création. Pour que le droit de la propriété intellectuelle puisse gagner ou regagner en légitimité, il convient en somme de veiller à ce que les prérogatives instituées soient exercées dans le cadre de leur fonction. Encore faut-il réussir à s'entendre sur la fonction poursuivie par le système.

Conclusion du Chapitre 1

507. La recherche des arguments contestant l'opportunité de la protection a été riche d'enseignements. Elle a permis d'attirer l'attention sur le fait que la supposée légitimité de la propriété intellectuelle est susceptible d'être bousculée lorsqu'elle est mise en perspective avec la fonction nous intéressant. L'exposé s'est ainsi attaché à mettre en lumière les manifestations et les raisons de la contestation de la protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle, laquelle peine en outre à trouver une place au sein de ce système. Dans ce cadre, apparaîtrait une négation de la vocation de la discipline à la protection. Le recours à une multitude de fondements et de finalités de la discipline suscite l'existence de potentiels conflits. Ils révèlent également des affrontements de philosophies. Ceux-ci traduisent un rejet de la protection de l'investissement. Aussi, en matière de droit d'auteur, une conception personnaliste érigée en dogme tend à combattre la fonction de protection de l'investissement. La force du dogme est telle, qu'elle perturbe aussi la discipline lorsqu'elle cherche à attribuer une place à l'investissement.

508. Par ailleurs, des objections à la protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle tendent à traduire une crise de légitimité de la discipline. Sa tendance à la protection serait la cause et le symptôme de tous ses maux. Cette discipline ne serait pas légitime, lorsqu'elle est conçue comme offrant une technique de protection des investissements, surtout économiques, dans la création. L'absence, le manque ou la perte de légitimité du droit de la propriété intellectuelle pourraient certainement provenir du doute entourant la légitimité même de l'intérêt qu'il s'agit de sécuriser, celui de l'investisseur. Il s'agit d'un intérêt essentiellement d'ordre économique, financier, patrimonial, faisant l'objet d'un regard suspicieux en termes culturel, moral et éthique. La crise de légitimité du système de la propriété intellectuelle est en effet liée à une conception mal jugée de la fonction de protection de l'investissement conduisant à considérer une absence ou une perte de légitimité de la discipline. Cela s'est révélé sous l'angle des aspects objectifs et subjectifs de la protection. Le propos a été également avancé au regard de l'existence et de l'exercice des droits de propriété intellectuelle, évoluant vers une finalité de protection de l'investissement. Pourtant, la protection de l'intérêt de l'investisseur, en particulier par la technique du droit de la propriété intellectuelle, peut s'avérer socialement utile. Il convient désormais de mettre ces arguments contestataires en perspective avec les arguments favorables à la protection, et en constituant sa justification, ainsi que les outils de sa (re)légitimation.

Chapitre 2 – Une protection justifiée

509. La recherche des termes d'une protection légitime au regard de ses arguments de justification. L'interrogation de la légitimité de la protection de l'investissement conduit à recenser les arguments de sa justification. Pour convaincre que la protection dont il est question est souhaitable, il convient de rechercher les arguments expliquant et motivant la volonté d'assurer effectivement la sécurisation de l'opération. De nombreux arguments de différents horizons plaident en ce sens. L'enjeu sera de révéler qu'en leur sein, les conditions d'une légitimité, passant par une recherche d'équilibre et de conciliation des intérêts en jeu, sont constamment présentes. Chaque argument enseigne en effet qu'une protection légitime est possible, dès lors que des considérations d'intérêt général sont poursuivies.

510. Les arguments de justification hétéroclites au soutien de la protection À l'examen de la réalité sociale du phénomène d'investissement dans la création, ainsi qu'à l'étude des sciences sociales s'intéressant à cette réalité, il est possible d'y trouver un soutien certain à l'idée et au besoin de protection. Nous nous pencherons donc du côté des réalités et sciences extra-juridiques, ainsi que du côté des sciences juridiques, pour y identifier des arguments de justification. L'étude des sciences non-juridiques s'avère nécessaire, dès lors qu'elle tend, dans une certaine mesure, à constituer un élément essentiel de la base d'une réaction juridique.

511. Plan. Au sein des sciences sociales, tant les arguments des discours extra-juridiques (**Section 1**), que juridiques (**Section 2**), apportent des éclairages sur l'opportunité de la protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle et sa justification. Ils œuvrent donc à la démonstration de sa légitimité.

Section 1 - Les arguments des discours extra-juridiques

512. Des arguments alentours. Au soutien de la protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle, il est possible de trouver et d'appeler des arguments d'ordre extrajuridique au sein de la variété des sciences sociales s'intéressant au sujet¹¹⁰⁴. Ces arguments entretiennent une relation étroite avec la science juridique. Le constat ne saurait surprendre puisque le droit repose sur une analyse des faits sociaux, et découle fréquemment d'une interaction dans l'analyse avec des disciplines gravitant autour du champ juridique¹¹⁰⁵.

¹¹⁰⁴ GHESTIN (J.), BARBIER (H.) et BERGÉ (J.-S.), *op. cit.*, p. 147, n° 185.

¹¹⁰⁵ Cf. not., MEKKI (M.), « L'argument sociologique en droit : forces et faiblesses ? », in FENOUILLET (D.) (dir.), *L'argument sociologique en droit, pluralité et singularité*, Coll. Thèmes & commentaires, Paris : Dalloz, 2015, p. 83, spé. p. 87, n° 4, qualifiant l'argument sociologique de « *force vive* » dans ses rapports avec le droit et ses effets sur la réception et l'acceptabilité de la norme juridique par les justiciables ; BARRAUD (B.), *Le*

513. Plan. Il en va ainsi des arguments de la sociologie procédant de l'étude de la réalité sociale dans le secteur de la création immatérielle **(I)**. Aussi, l'étude de la science économique est utile pour déterminer si cette discipline peut effectivement éclairer l'opportunité de conférer à l'investissement une protection juridique, *a fortiori* par le biais du droit de la propriété intellectuelle **(II)**.

I. Les arguments de la sociologie

514. Intérêt du recours aux sciences sociales et à la sociologie pour justifier la protection de l'investissement. La sociologie, en tant que discipline extra-juridique, s'intéresse plus ou moins directement à la réalité de la création immatérielle¹¹⁰⁶. Il s'agit ici de rechercher ce que peut apporter la sociologie au sens large, ainsi que de ses arguments, dans la défense du projet de protection de l'investissement immatériel, par le droit de la propriété intellectuelle¹¹⁰⁷. Ainsi, l'étude sociologique du champ d'activité de la création immatérielle révèle un secteur évolutif au sein duquel l'investissement est déterminant. Au fil de l'histoire, le statut du créateur intellectuel a évolué vers la professionnalisation, puis vers un phénomène d'industrialisation du secteur de la création **(A)**. L'étude du champ d'activité démontre l'attachement d'une société et de son système juridique aux objets créatifs et immatériels porteurs de progrès, ainsi qu'à leur diffusion et à leur accès **(B)**.

A. La professionnalisation du créateur et l'industrialisation de la création

515. La réalité ambivalente et évolutive du champ de la création appréhendée par les sciences sociales. La sociologie est amenée à s'intéresser à la réalité et à l'organisation des processus de créations à dimension artistique¹¹⁰⁸, voire technique. Ses enseignements permettent d'offrir des éléments d'illustration et d'explication de l'appréhension juridique de cette réalité, notamment au travers des régimes de propriété intellectuelle. Les recherches dans

pragmatisme juridique, Coll. BibliothèqueS de droit, Paris : L'Harmattan, 2017, spé. p. 59 et s.

¹¹⁰⁶ La réalité de la création immatérielle fait l'objet d'études relevant de différents champs disciplinaires, tels que les sciences sociales au sens propre, les sciences de la communication de la culture, de la gestion. En tant que science de l'étude des faits sociaux, la sociologie se donne pour objet l'analyse des phénomènes existants dans la société. Cf. not. BENGHOZI (P.-J.) et PARIS (Th.), *loc. cit.*, p. 11 ; PARIS (Th.), « Organisation, processus et structures de la création », *Culture prospective*, 2007/5, p. 1 ; et du même auteur, *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, *op. cit.*

¹¹⁰⁷ Sur la sociologie juridique. cf. not. GHESTIN (J.), BARBIER (H.) et BERGÉ (J.-S.), *op. cit.*, p. 152, n° 193 et s.

¹¹⁰⁸ MOULIN (R.), *La sociologie de l'art*, Repères, Paris : La Découverte, 2001.

ces champs disciplinaires s'intéressent, d'abord, au créateur en tant qu'individu, à son statut et son activité. Des études sociologiques appréhendent ainsi la place et la fonction de cet acteur artistique dans son environnement au sein de la société. Si l'activité individuelle et vocationnelle du créateur est régulièrement mise en avant, il faut néanmoins noter que transparaît l'existence d'une certaine organisation collective et sociale du champ créatif¹¹⁰⁹. Cela démontre que le phénomène ne se déroule pas selon un schéma unique. Bien au contraire, l'activité en question est ambivalente, en ce sens qu'elle connaît différents modes d'organisation, ayant souvent évolués dans le temps. Les facteurs sociologiques, technologiques et économiques n'y sont pas étrangers.

516. Appréhension d'une activité vocationnelle. D'abord, le champ d'activité artistique, et plus spécialement littéraire, est abordé en considération d'un acteur, l'auteur, ne s'y engageant que pour satisfaire un mobile vocationnel. Ainsi Pierre Bourdieu exprime-t-il le constat selon lequel le créateur ne s'adonne pas à son activité dans un but utilitaire et professionnel, mais dans un but vocationnel¹¹¹⁰. Il n'y voit pas une logique économique « normale », mais tout au contraire, une logique économique qu'il qualifie d'« inversée »¹¹¹¹. Il n'est pas question ici réellement de logique d'investissement dans la création, ou tout du moins, d'investissement économique. Tout au plus oserions-nous évoquer l'investissement intellectuel, quoiqu'il ne soit pas certain que le créateur, que l'on qualifierait alors d'investisseur intellectuel, exerce son activité dans l'attente d'un avantage matériel ou spirituel en retour. La sociologie du schéma révèle alors une activité exercée à la mode « romantique »¹¹¹², témoignant d'une dynamique de l'« Art pour l'Art ». Au sein de cette dernière, l'activité artistique relègue des enjeux externes, tel celui de la rentabilité économique. Ce schéma est appréhendé dans certains régimes de propriété intellectuelle. C'est tout particulièrement le cas du régime du droit d'auteur, dans sa conception personnaliste, et selon une vision traditionnelle et classique. À ce titre, la conception paraît reléguer les questions de protection des intervenants, spécialement économiques, dans ce secteur.

517. Nécessaire évolution. Pourtant, cette vision n'est plus que marginale. Il importe d'en tenir compte dans la consistance du régime juridique traduisant et organisant cette réalité. La

¹¹⁰⁹ Cf. not. BECKER (H.), *Les mondes de l'art* (1988), Coll. Champs arts, n° 648, Paris : Flammarion, 2010.

¹¹¹⁰ BOURDIEU (P.), *Les règles de l'art. Genèse et structure du champ littéraire*, Coll. Essais, Paris : Éditions Points, 1998.

¹¹¹¹ Cf. LE CAM (S.), *L'auteur professionnel*, *op. cit.*, l'auteure utilise la distinction faite par BOURDIEU entre les logiques caractérisant l'activité de création professionnelle ou vocationnelle, distinction entre logique économique « normale » et « inversée », dans *Les règles de l'art*, *op. cit.*, p. 235 et s. cité p. 11, n° 15 et p. 32, n° 43-45 ; sur cette distinction, cf. également, SAPIRO (G.) et GOBILLE (B.), « Propriétaires ou travailleurs intellectuels ? Les écrivains français en quête d'un statut », *Le mouvement social* 2006, n° 214, p. 113.

¹¹¹² Telle est d'ailleurs l'image d'Épinal que l'on se fait de la figure et du statut du créateur intellectuel artiste.

difficulté tient alors à la nécessité de faire coexister au sein d'un même corpus juridique, le traitement de deux réalités aux perspectives quelque peu divergentes. Aux côtés de la réalité d'un processus de création assumé par un auteur indépendant, agissant pour satisfaire sa vocation, existe une réalité beaucoup plus économique et en expansion. L'auteur est en quête d'un statut professionnel. Il s'inscrit dans le monde du travail¹¹¹³. La vision noble et désintéressée de l'artiste, créant de façon solitaire et autonome dans un seul but économiquement désintéressé, est dépassée. Cette conception romantique de l'activité de l'auteur n'est pas la seule réalité existante, alors que c'est bien souvent elle qui vient à l'esprit lorsque l'on y songe. Certes, elle existe toujours, mais elle n'est pas générale, ni généralisable. Cette vision est datée, quoiqu'il ne soit pas certain qu'elle ait existé de façon globale, fût un temps¹¹¹⁴. Aujourd'hui, la création, artistique ou industrielle, n'est plus forcément le fait d'un créateur solitaire matériellement désintéressé. Cette image, transposable au champ de la création technique, semble parfois pouvoir être relayée lorsque l'on analyse certains discours en droit de la propriété intellectuelle qui tendent, en matière de droit d'auteur, à emporter la conviction qu'il s'agit d'un mode de protection du résultat personnaliste d'une activité ontologique.

518. Appréhension d'une activité professionnelle. Ensuite, à s'intéresser aux discours sociologiques traitant de ces questions, on peut remarquer qu'ils révèlent des attentes matérielles de ces créateurs. Ces derniers ne reflètent pas l'image quasi-mystique que l'on s'en représente. En effet, les discours sociologiques révèlent qu'a émergé, depuis plusieurs siècles, l'image d'un créateur cherchant son autonomisation et sa professionnalisation. Au-delà de la conception vocationnelle de l'activité de création, existe une autre conception révélant que l'auteur cherche, par son activité, à satisfaire aussi ses besoins matériels. D'ailleurs, la littérature du 19^e siècle romance la destinée de cet auteur cherchant à vivre de sa plume mais rencontrant, à cet égard, des difficultés¹¹¹⁵. Dans ce cadre, et spécialement s'agissant de la création littéraire et artistique, le droit d'auteur semble être un moyen développé pour permettre au créateur de s'autonomiser de la dépendance des mécènes et commanditaires de leurs œuvres¹¹¹⁶. L'auteur crée non plus seulement pour son épanouissement personnel, ni pour la

¹¹¹³ LE CAM (S.), *op. cit.*, p. 9, n° 13 : « L'activité de création se situe dans un espace original placé entre le monde du travail et la sphère personnelle dédiée à la vocation ». L'« activité [de création littéraire et artistique] n'aurait pas pour fonction première la rétribution financière ».

¹¹¹⁴ Cf. PARIS (Th.), *op. cit.*, qui, dans un chapitre, avance l'existence d'un trop grand attachement au « mythe de l'auteur romantique ».

¹¹¹⁵ Notamment dans les œuvres de BALZAC, utilisées à titre d'illustration chez BOURDIEU (P.), in *Les règles de l'art*, *op. cit.* ; cf. également la contribution de LE CAM (S.), « Propriété intellectuelle », in DISSAUX (N.) (dir.), *Balzac, Romancier du droit*, Paris : LexisNexis, 2012, p. 311, spé. p. 318, n° 25.

¹¹¹⁶ La question de l'autonomisation est d'ailleurs évoquée chez LAHIRE (B.), *La condition littéraire, la double vie des écrivains*, *op. cit.*, p. 50 et s. et SAPIRO (G.), *loc. cit.*

sacralité de l'effort consenti, mais pour y trouver un moyen de subsistance matérielle. Par ailleurs, l'auteur n'est pas toujours l'investisseur intellectuel et/ou économique dans la conception, et encore moins, dans l'exploitation de sa création. Il a ainsi recours à un tiers ayant cette, ou ces fonctions¹¹¹⁷. Naît donc un partenariat entre le créateur intellectuel et un créateur économique : chacun d'eux réalisent des apports de natures différentes dans l'émergence, de façon générique, d'un bien informationnel. *A priori*, chacun d'eux attendent également un retour de leur apport, lequel n'est pas toujours d'une nature identique. Il en ressort régulièrement des difficultés dans le partage des retours positifs, mais également dans le partage des charges.

519. Évolution vers la figure du travailleur intellectuel dans un contexte économique de l'activité. Le droit de propriété intellectuelle a été notamment conçu comme un moyen, pour les créateurs, d'obtenir une rémunération de leur travail. À ce titre, progressivement, le créateur prend la figure d'un travailleur¹¹¹⁸. Son activité commence à se monnayer. En revanche, il tend à se soumettre à nouveau à une logique de dépendance vis-à-vis d'un commanditaire qui, à plusieurs égards, peut revêtir la personnalité et la fonction d'un investisseur économique à l'activité de création. La vérité en la matière est que le phénomène créatif n'est pas unique, ni universel. La création intervient dans de nombreux secteurs et sous de nombreuses formes. Les processus créatifs et leurs résultats ne requièrent pas de façon égalitaire les mêmes besoins intellectuels, ni matériels. Le phénomène créatif a, par la force des choses et de longue date, intégré le marché et le monde économique¹¹¹⁹. Le résultat créatif est assimilé à un bien représentant une valeur économique et commerciale : il présente une valeur marchande. Le créateur intellectuel est érigé en travailleur intellectuel, dont le mérite se révèle par la mobilisation de sa matière grise. Le destinataire final est quant à lui assimilé et réduit à la figure de consommateur. Alors qu'historiquement, l'octroi du droit d'auteur au créateur intellectuel lui avait permis de s'autonomiser et de pouvoir prétendre à tirer de leurs œuvres des moyens matériels de subsistance, la position de subordination de plus en plus fréquente du travailleur intellectuel risque de lui coûter ses acquis. Telle est la tendance actuelle latente crainte, face à

¹¹¹⁷ VIVANT (M.), « Pour une épure de la propriété intellectuelle », *loc. cit.*, p. 421, n° 11 : « La réalité de la création est, en vérité, double : création d'un créateur maître de lui-même comme de sa création et création insusceptible d'exister en dehors d'un investissement sans laquelle le créateur, personnage sans doute indispensable, ne pourrait de par lui-même créer ».

¹¹¹⁸ MENDER (P.-M.), *Portrait de l'artiste en travailleur. Métamorphoses du capitalisme*, Coll. La république des idées, Paris : Seuil, 2003.

¹¹¹⁹ MOULIN (R.), *L'artiste, l'institution et le marché (1992)*, Coll. Champs art – Poche, n° 629, Paris : Flammarion, 2009.

la multiplication des régimes d'exceptions de titularité des droits d'auteur, au bénéfice des diverses figures d'investisseurs.

520. Dimension industrielle de la conception de la création et « industries créatives ».

En somme, il ressort des études d'ordre sociologique, et de diverses sciences humaines et sociales, que le droit de la propriété intellectuelle, et particulièrement le droit d'auteur, tient un rôle dans le cadre de l'activité de création. C'est le cas, qu'il s'agisse d'appréhender juridiquement une activité vocationnelle, ou professionnelle. En effet, le créateur ne vit pas seulement pour créer : il crée aussi pour vivre. L'évolution et la diversification du mobile de l'activité de création font intervenir la réalité de l'investissement qui, d'intellectuel, se double d'un aspect économique. Il ne s'agit pas seulement de s'investir, il faut aussi investir. Il en découle, au terme d'une évolution temporelle et structurelle, une organisation du secteur prenant une dimension industrielle. La figure nouvelle de l'artiste et créateur en travailleur intellectuel s'inscrit¹¹²⁰, aussi, dans un processus d'industrialisation de la création immatérielle¹¹²¹. Ces objets créatifs et immatériels sont conçus selon une organisation de type industrielle. Leur conception sollicite la participation de différentes personnes aux compétences et ressources variées. La plupart de ces objets tiennent une place sur le marché économique. Ils sont appréhendables en tant que produits culturels de masse, satisfaisant les besoins des consommateurs, auxquels ils sont destinés. Dans ce cadre, l'organisation de leur conception et de leur diffusion révèle ainsi l'existence d'une échelle de production et de distribution de ces objets de type industrielle¹¹²². Richard Caves, dans son ouvrage intitulé *Creatives industries*, souligne que dans les industries créatives, les projets complexes requièrent la collaboration de plusieurs parties, chacune apportant des éléments et ressources différentes, mais complémentaires¹¹²³. Parmi ces éléments et ressources, on fera le lien essentiellement avec les éléments apportés par le créateur et par le financier investisseur, lesquels se combinent pour

¹¹²⁰ À ce sujet, cf. not. MENER (P.-M.), *op. cit.* ; LE CAM (S.), *op. cit.* ; cf. le projet Jean ZAY déposé le 13 août 1936 (conception selon laquelle l'auteur doit être considéré comme un « travailleur intellectuel ») évoqué par SAPIRO (G.) et GOBILLE (B.), *loc. cit.* ; BRUGUIÈRE (J.-M.), *Jean ZAY, Le Droit d'auteur au temps du front populaire, Le nouveau paradigme du « travailleur intellectuel »*, Tiré à part, vol. 12, Paris : Dalloz, 2015, cf. spé. p. 47.

¹¹²¹ GREFFE (F. et P.), *Traité des dessins et des modèles, France – Union européenne – Suisse – Continent américain*, 9^e éd., Paris : LexisNexis, 2014, p. 1, n° 1.

¹¹²² C'est dans cette dimension, que s'entend une notion se déployant dans les discours issus de différentes disciplines, celle d'« industries créatives – ou culturelles » ((VIVANT (M.), « Pour une épure de la propriété intellectuelle », *loc. cit.*, spé., p. 421, n° 11) ou encore d'« industries de la création » (VIVANT (M.) et BRUGIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 357, n° 310). L'emploi d'expressions telles que « industrie du disque », d'« industrie du jeu vidéo » ou encore d'« industrie du cinéma », est propre à démontrer que ces types de créations sont conçues et valorisées dans un cadre industriel. Concernant ce dernier type d'industrie, André MALRAUX faisait d'ailleurs remarquer que, s'il s'agit d'un art, il s'agit également d'une industrie.

¹¹²³ CAVES (R. E.), *op. cit.*, p. 12, notre traduction de la phrase suivante : « *In creative industries, complex projects require the collaboration of several parties, each providing different but complementary inputs or resources* ».

faire naître l'objet créatif. En définitive, comme le relève Monsieur le Professeur Nicolas Binctin, « le passage d'une production romantique à une production plus industrielle a modifié l'environnement créatif en faisant intervenir de nouveaux acteurs, financiers [...] »¹¹²⁴. Les études fournies par les sciences humaines et sociales semblent admettre que l'investissement économique dans la création tient un rôle clé¹¹²⁵. Ce rôle a vocation à être appréhendé par le droit de la propriété intellectuelle. Il s'avère d'ailleurs qu'un tel investissement est un enjeu pour le progrès au sens large, auquel est attaché la société, et que s'efforce de traduire et préserver l'ordre juridique.

B. L'attachement au progrès, à la diffusion et l'accès de ses objets

521. Les enjeux de la protection dans le soutien au progrès. L'innovation culturelle, scientifique et technologique est par nature un phénomène social. La conception et la diffusion des objets résultant des activités innovantes contribuent au progrès, dans le sens où ils rendent service à la société par leurs avancées¹¹²⁶. L'activité aboutissant à la production de biens immatériels censés être utiles à la société a vocation à être protégée par le droit de la propriété intellectuelle. S'il existe un fort attachement symbolique de la société à ces objets, ils ne s'inscrivent pas moins, pour la plupart d'entre eux, dans une logique de marché. La mise en œuvre de l'activité aboutissant à la production des objets de progrès requiert des investissements intellectuels, mais également et surtout financiers. Tel est le cas en matière d'innovation technique et scientifique, mais également en matière de création culturelle¹¹²⁷. En effet, la culture a un prix¹¹²⁸.

522. L'influence de la propriété intellectuelle sur le progrès culturel. Le droit de la propriété intellectuelle, dans sa fonction de protection de l'investissement économique dans la création immatérielle, représente un soutien à l'épanouissement du secteur des industries

¹¹²⁴ BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 48, n° 22.

¹¹²⁵ REMICHE (B.), « Propriété intellectuelle : intérêt d'entreprise et intérêt général », in *Le droit d'entreprise dans ses relations externes à la fin de XX^e siècle, Mélanges Claude CHAMPAUD*, Paris : Dalloz- Sirey, 1997, p. 525, spé. p. 526 : « Ainsi, en matière littéraire et artistique, on peut affirmer aujourd'hui que l'entreprise exerce un rôle considérable dans la création et devient le centre d'intérêt du régime de la propriété littéraire et artistique ».

¹¹²⁶ CORNU (M.), *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruxelles : Bruylant, 1996, formulant le vœu, à titre de conclusion, d'une protection juridique de l'intérêt culturel au même titre, par exemple, que l'intérêt économique et l'intérêt social.

¹¹²⁷ Il existe une politique culturelle au sein de laquelle la culture a besoin d'investissements pour exister et se développer. Cela ne doit pas être nié, mais au contraire, assumé. Il faut assumer que la culture et la création impliquent dans leur développement, des approches économiques. C'est à cette condition que l'on pourrait faire accepter la légitimité de la protection de l'investissement, notamment par le système de la propriété intellectuelle.

¹¹²⁸ La culture a effectivement un coût, cf. not. PFLIEGER (S.), *La culture à quel prix ?*, Coll. La France de demain, Paris : Ellipses, 2011.

culturelles et créatives. Le secteur présente lui-même de nombreux enjeux sociétaux : il est un instrument de compétitivité par l'innovation, la conception et la diffusion de produits culturels. Il est un marqueur d'emploi, et globalement, évolue dans une dynamique de recherche de l'efficacité économique. L'industrie de la création est en effet une immense source de croissance et se doit aussi d'être compétitive. Elle est innervée par une dynamique d'investissement, laquelle est nécessaire pour impulser les projets de développement de projets créatifs, innovants, culturels et scientifiques. Le système juridique de la propriété intellectuelle peut à ce titre être considéré comme contribuant juridiquement à l'organisation de la production des objets créatifs et culturels, au sein d'une société et d'une économie de l'immatériel. Ces objets peuvent avoir vocation à être réservés par la technique du droit de propriété intellectuelle.

523. Incitation au progrès par la réservation privative de ses objets. De manière générale, les sciences sociales étudiant la question de la propriété intellectuelle et de sa justification tendent à avancer sa fonction dans la promotion du progrès. L'étude des faits sociaux transmet la prétention des individus dans la société à jouir des objets culturels et scientifiques, considérés dans leur immatérialité, afin de satisfaire leur bonheur et leur bien-être. Ces objets culturels, scientifiques, ou techniques, offrent une expérience et un confort, allant de l'agréable à l'utile. On reconnaît aisément que la condition d'existence de ces objets dépend de l'investissement intellectuel, dont fait preuve leur créateur, mais également et parfois de l'investissement financier et économique. De plus, les objets culturels et scientifiques tendent de plus en plus à être offerts au public au travers d'un marché économique. Leur conception et leur diffusion s'inscrivent dans un mouvement économique, en ce qu'ils sont l'objet de production et de circulation de richesses. Or, l'activité de création et de production ressort d'une dimension économique, et souvent commercialiste. Dès lors, une logique d'investissement et de recherche de rentabilité est à l'œuvre¹¹²⁹. Dans ce cadre, afin de voir le jour et être diffusés auprès du public, les objets participant à l'expérience du progrès culturel et scientifique ont vocation à faire l'objet d'une réservation privative au bénéfice de leurs producteurs. Cette réservation se justifie aisément par un souci d'incitation à l'investissement dans ce secteur risqué. En effet, l'activité étant soumise à l'incertitude de son succès, au regard des aléas du marché, des politiques juridiques se mettent en place afin de la susciter, en essayant d'en sécuriser juridiquement les tenants et aboutissants. Il s'agit en particulier d'éviter un sous-investissement dans ces secteurs, lequel serait de nature à priver le public et la société des avancées et évolutions auxquelles contribuent les objets immatériels, considérés dans leurs dimensions

¹¹²⁹ BENHAMOU (F.), *L'économie de la culture*, Repères, Paris : La découverte, 2017.

culturelles et/ou scientifiques. L'enjeu est ainsi de récompenser la prise de risque des acteurs du marché, pour les encourager¹¹³⁰. En s'interrogeant sur les « considérations [pouvant] justifier que le législateur admette la constitution de monopole dans un système économique fondé sur la liberté d'entreprendre et de commercer », nous pouvons, avec certains auteurs, retenir la réponse « selon laquelle la promotion du développement culturel ou technologique commande que ceux qui supportent les investissements des travaux et recherches menées en ce sens puissent en tirer profit »¹¹³¹.

524. Illustrations. Dans un objectif incitatif et afin de soutenir le progrès dans les domaines culturels, scientifiques et technologiques, l'État et ses institutions politiques mettent en œuvre des dispositifs juridiques dédiés. L'attachement au souci de promotion du progrès peut d'abord trouver des illustrations dans la constitution de ministères dédiés en partie à ces tâches. Ainsi, l'existence du ministère de la culture s'inscrit dans une volonté notamment de démocratisation de l'accès à la culture. Le ministère de l'économie et de l'industrie vise également à promouvoir le progrès touchant au secteur industriel et innovant. Il existe en effet des politiques culturelles et économiques visant à inciter à l'investissement dans la production d'objets immatériels vecteurs de progrès. En exemple, ces politiques se manifestent concrètement par la mise en place de dispositifs de soutiens structurels et financiers aux activités de production et de diffusion de tels objets. Le soutien à l'économie des secteurs culturels et industriels se réalise par des systèmes directs ou indirects, tels que la subvention ou le crédit d'impôt en matière fiscale¹¹³². Plus spécialement, la législation en matière de propriété intellectuelle s'attache à la promotion du progrès pour satisfaire l'intérêt général¹¹³³. Elle s'inscrit dans une fonction incitative à la création. Le droit de la propriété intellectuelle a en effet un statut de levier, notamment pour assurer le développement de la culture et sa diffusion. Il est imprégné d'une dimension symbolique et culturelle démontrant l'attachement de la société et de ses institutions politiques et étatiques à la promotion du progrès culturel et scientifique¹¹³⁴. Le caractère incitatif des lois instituées en la matière contribue à la diffusion des créations dans la société¹¹³⁵. À titre d'illustration, il suffit ainsi d'évoquer les motifs de l'élaboration de la loi DADVSI, laquelle

¹¹³⁰ ALCARAS (J.-R.), « La protection des droits de propriété peut-elle favoriser la création culturelle ? Approche économique », in *Droit d'auteur et culture*, op. cit., p. 55.

¹¹³¹ RAYNARD (J.), PY (E.) et TREFIGNY (P.), op. cit., p. 1, n° 2.

¹¹³² Ces mesures de soutiens financiers se développent à différentes échelles territoriales.

¹¹³³ REMICHE (B.), loc. cit., spé. p. 532.

¹¹³⁴ GEIGER (Ch.), op. cit., p. 47, n° 40, l'auteur rappelle que le droit d'auteur est perçu et sans doute construit « comme un outil de défense d'un secteur culturel, relevant un attachement des sociétés à certaines valeurs fondamentales ».

¹¹³⁵ Cf. not. BENABOU (V.-L.), « Propriété intellectuelle et diversité culturelle ? Approche juridique », in *Droit d'auteur et culture*, op. cit., p. 75, spé. p. 80 et s.

avait pour objectif de défendre et promouvoir la culture. À l'occasion de l'adoption de cette loi, le ministre de la culture et de la communication précisait alors que « trois valeurs fondamentales inspiraient ce projet : l'accès du plus grand nombre à la culture, la diversité culturelle et la création »¹¹³⁶. Aussi, on pourrait tout à fait évoquer ici la loi du 3 juillet 1985 instituant des modalités de protection de l'investissement dans la création¹¹³⁷. La loi, soutenue par le ministre de la culture de l'époque, visait en partie à tenir compte des intérêts, notamment économiques, des intermédiaires de la création, dans le but de soutenir le train de la production de la création et sa diffusion. Une telle volonté de soutien aux entrepreneurs de la création - diffuseurs et producteurs, tient lieu de preuve en ce que, d'après les institutions politiques et la loi, la protection juridique de l'investissement est une question centrale et incontournable conditionnant le progrès de la culture.

525. Critique de l'entrave à l'accès aux objets du progrès causée par la réservation privative. Si l'objectif d'incitation à la production et la diffusion des objets vecteurs de progrès dans la société est louable, les moyens mis en œuvre ne sont pas dénués de critiques. En effet, en tant que modes de réservation privative, les droits de propriété intellectuelle institués tendent à verrouiller dans une certaine mesure l'accès du public à ces objets immatériels porteurs de valeurs culturelles. Ainsi, sur le même fondement que celui de la promotion du progrès, des voix peuvent s'élever pour dénoncer les logiques possiblement antinomiques existant entre la dynamique de réservation et celle de l'accès. Certains considéreront, dans ce cadre, que l'attribution d'un droit de propriété intellectuelle à l'investisseur dans la production de l'objet porteur de progrès est non incitatif, mais au contraire, contre-productif. Des arguments peuvent être avancés pour considérer que, ce n'est pas par la réservation économique des résultats culturels d'investissements qu'il faut effectivement soutenir le secteur, mais plutôt par des aides étatiques ou privées qui soit désintéressées. Si la dynamique de réservation des objets du progrès peut être justifiée par l'argument incitatif, elle peut apparaître également comme facteur de troubles¹¹³⁸, si cette réservation est mal dimensionnée ou si sa logique et sa finalité sont dévoyées. Dans ce cadre, la restriction à l'accès de l'objet du progrès, spécificité de la réservation par le droit de propriété intellectuelle, est vécue comme une entrave injustifiée et donc illégitime. Se pose ici sérieusement la question de la légitimité de la réservation privative

¹¹³⁶ Rappelé et cité par GLEIZE (B.), *loc. cit.*, p. 103, n° 1.

¹¹³⁷ L. 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. Cf. *supra*, n° 193.

¹¹³⁸ Le droit d'auteur peut tout à la fois être considéré comme un incitant à la création culturelle, mais également comme une entrave à son accès. Pour un rappel de cette idée, cf. not. BRUGUIÈRE (J.-M.), « Introduction », *in Droit et culture*, *op. cit.*, p. 1, spé. p. 13 et s.

de ces objets, alors que le public entend y accéder, plus ou moins librement, en s'affranchissant des taxes dont le paiement est attendu par les producteurs, et ce de la part des utilisateurs.

526. Issues à la problématique de la conciliation entre incitation et accès : des logiques pas si antinomiques. La réservation de l'objet porteur de progrès pour la société, au travers du droit de propriété intellectuelle, peut sembler antinomique avec le souci de leur jouissance par la société. Or, cette réservation peut s'avérer nécessaire. Néanmoins, nous pensons que la justification de la protection de l'investissement dans les objets culturels et scientifiques n'est pas, dans l'absolu, antinomique d'un souci de diffusion et d'accès au progrès culturel et scientifique. En effet, dans le schéma créatif et économique, la réservation de l'objet par un droit subjectif de propriété intellectuelle peut apparaître comme une condition *sine qua non* du progrès culturel ou scientifique. L'idée, au demeurant, est qu'il ne faut pas négliger l'intérêt culturel, pas plus que l'intérêt économique ou général¹¹³⁹. À cette condition, l'on peut affirmer que les logiques ne sont pas forcément incompatibles. Il convient de s'efforcer à la cohésion entre les différents types d'intérêts. À ce titre, et par certains égards, le droit de propriété intellectuelle n'est pas si absolu qu'il n'y paraît car, alors même qu'il institue un verrou à l'accès économique, il n'en laisse pas moins subsister un accès intellectuel. La fin - diffusion et progrès à assurer au bénéfice de la société – semble justifier le moyen employé à titre d'encouragement. Cette logique est à l'œuvre s'agissant des conditions de développement des créations d'ordres scientifique, industriel et commercial. L'octroi d'un droit de propriété intellectuelle n'est pas en effet une fin en soit, ni une fin au seul service du producteur de l'objet du droit, mais un moyen de satisfaire l'intérêt d'une entité collective beaucoup plus large.

527. Illustrations. Afin de satisfaire le souci de promotion du progrès culturel, technique et scientifique au bénéfice du public et de la société, le droit de la propriété intellectuelle, tout en instituant des dispositifs incitatifs à l'investissement dans la production d'objets vecteurs de progrès, réalise une conciliation. La thèse contractualiste de la propriété intellectuelle démontre en effet la prise en charge du souci de diffusion et d'accès aux créations, vecteurs de progrès, dès lors que le droit de protection au profit des créateurs est institué dans un but incitatif. Il s'agit d'encourager le créateur à exercer son activité et à en diffuser le résultat au bénéfice du public et de la société. Cela peut se vérifier à plusieurs titres à l'étude du droit positif de la propriété intellectuelle.

528. Réflexion sur la nécessité d'assumer les acquis historique et culturel en matière de propriété intellectuelle. Le droit de la propriété intellectuelle est imprégné d'une dimension

¹¹³⁹ Cf. REMICHE (B.), *loc. cit.*, p. 532, interrogeant la conformité du renforcement de la propriété intellectuelle à l'intérêt général.

symbolique et culturelle démontrant l'attachement de la société, et de ses institutions politiques et étatiques, à la promotion du progrès culturel et scientifique¹¹⁴⁰. Une critique est adressée à l'égard de la finalité de protection de l'investissement attribuée au système français de la propriété intellectuelle. Elle prend son lit dans une vision qui, tout au contraire met en avant, de façon quelque peu dogmatique, une forme d'héritage historique et culturel. La vérité est qu'en la matière, la question n'est pas tranchée¹¹⁴¹. Une approche traditionnelle de la discipline, portée par de nombreux, et semble-t-il majoritaires auteurs en doctrine, met en avant le fait que les lois révolutionnaires s'appuient sur une volonté de protéger l'auteur et l'humanisme de son acte. Cependant, il existe également une partie de la doctrine mettant davantage en avant les origines de la propriété intellectuelle autour de l'aspect patrimonial. Nous nous rangeons plus volontiers dans ce second camp. En effet, nous pensons que l'évolution personnaliste de la matière, essentiellement en droit d'auteur, a détourné la discipline de son essence primitive. Il s'agit selon nous d'un système visant à favoriser la rentabilité économique d'un acte de création, voire tout au moins, à récompenser un investissement intellectuel, en permettant à l'auteur de vivre de l'exploitation de son œuvre. En somme, si le système a tant de mal à assumer sa finalité, si tant est qu'il s'agisse bien du souci de rentabilité d'un investissement économique, la cause est à trouver dans la charge qu'il se donne d'assumer des acquis historiques et culturels, à dimension humanistes. C'est spécialement le cas du droit d'auteur « à la française ». Dans ce cadre, l'attachement à la culture serait incompatible avec un droit de la propriété intellectuelle imprégné d'une logique économique. Ce dernier s'est pourtant, de tous temps, attaché à la recherche de compromis entre incitation et diffusion pour assurer un accès et une jouissance à l'objet du progrès culturel ou scientifique, au travers de sa réservation. Par ailleurs, l'étude de l'approche des sciences économiques sur la question tend à démontrer qu'il se peut effectivement que le droit de la propriété intellectuelle puisse assumer, même historiquement, une fonction économique de protection de l'investissement au travers son aspect incitatif.

II. Les arguments des sciences économiques

529. L'opportunité de la protection selon le discours des économistes. La conception des créations immatérielles impliquant l'engagement d'opérations d'investissements s'inscrit

¹¹⁴⁰ EDELMAN (B.), « Nature du droit d'auteur », *J.-Cl. PLA*, fasc. n° 1112, 2000, n° 2 : « *La "nature" reconnue au droit d'auteur constitue l'expression juridique de la représentation qu'une société se fait de sa propre culture* »,

¹¹⁴¹ *Id.*, n° 6.

incontestablement dans un environnement économique. Il est acquis que l'investissement est un acte déterminant du fonctionnement de l'économie. À ce titre, nous entendons rechercher de quelle façon la discipline scientifique s'intéressant au fonctionnement de l'économie perçoit l'activité d'investissement dans la création immatérielle. Le but est de rechercher pourquoi l'économie s'intéresse au phénomène, et comment elle le fait, au travers du mouvement de l'analyse économique du droit. L'enjeu est donc de déceler des arguments qui nous permettraient de justifier le choix de l'ordre juridique d'assurer une protection de l'investissement. Sera d'abord sondé l'intérêt de l'analyse économique du droit pour la question de la protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle (A). Puis, sera examinée l'interprétation de l'analyse économique du droit sur la question, à l'appui de ses outils conceptuels¹¹⁴²(B).

A. L'intérêt de l'analyse économique du droit

530. L'intérêt du juriste pour l'avis de l'économiste et l'intérêt de l'économiste pour le sujet. L'étude par les économistes du phénomène nous intéressant peut s'avérer précieuse pour le juriste cherchant lui-même à justifier l'existence et la teneur de l'appréhension et du traitement juridique de l'investissement immatériel¹¹⁴³. Par essence, l'économiste analyse l'impact de la règle de droit sur le fonctionnement de l'économie. Les analyses en ressortant sont susceptibles d'apporter des éléments de compréhension et de réflexion au juriste pour comprendre l'impact des règles de droit, sur la réalité qu'il se donne pour mission d'appréhender et de traiter¹¹⁴⁴. La réalité à laquelle nous nous attachons s'inscrit au cœur des activités économiques de la société. L'opération d'investissement dans la création est le fait d'acteurs économiques, dont l'ensemble de la société a vocation à jouir du résultat. L'activité de création est une activité économique, en ce qu'elle vise à la production de richesses, à leur circulation, et à leur allocation. La science économique est donc naturellement amenée à l'étudier. Elle le fait à l'appui de ses propres concepts et raisonnements.

¹¹⁴² MACKAAY (E.), ROUSSEAU (S.), LAROUCHE (P.) et PARENT (A.), *op. cit.*, p. 6, n° 23.

¹¹⁴³ DEFFAINS (B.), « L'économie comme instrument de la recherche juridique », in AGUILA (Y.), *Quelles perspectives pour la recherche juridique ?*, Coll. Droit et justice, Paris : PUF, 2007, p. 85, <https://www.cairn.info/quelles-perspectives-pour-la-recherche-juridique---page-85.htm>.

¹¹⁴⁴ GUESTIN (J.), BARBIER (H.) et BERGÉ (J.-S.), *op. cit.*, p. 155, n° 196 et s., not. p. 157 ; JAMIN (Ch.), « Économie et droit », in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 578, spé. p. 579 ; MACKAAY (E.), « La règle juridique observée par le prisme de l'économie - une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit », *RIDE* 1986, t. 1, p. 43.

531. La recherche commune d'« efficacité économique » du droit et de l'économie. Les champs disciplinaires du droit et de l'économie recèlent des points d'interactions pouvant apporter des éléments de réponse à la question de l'opportunité de la protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle. Les deux matières partagent des perspectives communes. Il existe un lien intime entre elles, scellé par des finalités et moyens communs. Essentiellement, elles partagent l'objectif, plus ou moins direct, d'atteindre une efficacité économique. L'objectif commun d'atteinte d'une efficacité dans la production, la circulation, et l'allocation des richesses s'explique par la volonté de satisfaire de façon optimale le bien-être de la société. Tandis que l'économie cherche à expliquer avec ses concepts de quelle façon il est possible de satisfaire une efficacité économique, l'ordre juridique tend à en soutenir les conditions à l'appui de ses normes¹¹⁴⁵. L'enjeu du droit est donc d'avoir un effet sur les comportements sociaux, de telle sorte qu'ils tendent à atteindre une efficacité économique et au fond¹¹⁴⁶, à satisfaire l'intérêt de l'ensemble de la société. L'analyse économique permet d'apporter au droit un regard sur les effets qu'il entraîne envers les acteurs des activités économiques¹¹⁴⁷. « L'efficacité économique ne représente donc pas un simple facteur d'explication du droit mais la fin que se doit de poursuivre tout ordre juridique légitime »¹¹⁴⁸. Pour preuve de l'intérêt de la communauté des juristes à l'égard de la recherche de l'efficacité économique, il suffit de mentionner l'existence de travaux de recherches doctrinales tendant à appréhender le phénomène, pour identifier sa place dans les discours juridiques¹¹⁴⁹.

532. L'identité de l'analyse économique du droit. L'analyse économique du droit se place sur le terrain de l'économie pour apprécier la portée des règles juridiques : il s'agit d'une « tentative d'appréhension du droit par l'économie »¹¹⁵⁰. Elle aide à déterminer comment la règle de droit peut contribuer à l'efficacité économique¹¹⁵¹. Son courant de pensée « [...] repose

¹¹⁴⁵ Not. au sein du « Droit économique ». Cf. BOLLÉE (S.), LAITHIER (Y.-M.) et PÉRÈS (C.) (dir.), *L'efficacité économique en droit*, Coll. Études juridiques, t. 33, Paris : Economica, 2010, cf. not. PÉRÈS (C.), « Rapport introductif », p. 1, relevant « l'omniprésence, dans le discours politique et l'action gouvernementale, du thème de l'efficacité économique ».

¹¹⁴⁶ LEMENNICIER (B.), *op. cit.*, p. 24, cf. égal. les développements suivants sur la question de la définition de la notion d'« efficacité économique ».

¹¹⁴⁷ Cf. DEFFAINS (B.) et FERÉY (S.), « Théorie du droit et analyse économique », *Droits* 2007, n° 45, p. 223.

¹¹⁴⁸ FRYDAMN (B.) et HAARSCHER (G.), *Philosophie du droit*, Coll. Connaissance du droit, Paris : Dalloz, 1998, p. 89.

¹¹⁴⁹ Cf. not. BOLLÉE (S.), LAITHIER (Y.-M.) et PÉRÈS (C.), *op. cit.*, p. 1 et s.

¹¹⁵⁰ JAMIN (Ch.), *loc. cit.*, p. 578 ; DEFFAINS (B.) et FERÉY (S.), *loc. cit.*, spé. p. 225 : « En tant que discours positif, l'analyse économique du droit est un discours sur le droit » ; OPPETIT (B.), « Droit et économie », in *Droit et économie*, Coll. APD, t. 37, Paris : Sirey, 1992, p. 17, spé. p. 23 : « La méthode de l'analyse économique du droit vaut d'abord comme description de la réalité : elle procure un cadre d'analyse pour comprendre les finalités et les évolutions du système juridique ».

¹¹⁵¹ DEFFAINS (B.) et FERÉY (S.), *loc. cit.*, spé. p. 225 : « [...] l'économie du droit a également [...] [pour] but, celui de défendre l'idée que l'efficacité économique ou la maximisation du bien-être constitue un but légitime du système juridique » (nous soulignons).

sur l'idée générale que l'ensemble des règles de droit sont ou doivent être orientées vers la maximisation des satisfactions individuelles et la recherche des solutions économiques les plus efficaces, dans une situation de contraintes données et qui accroît ainsi, par son calcul, l'utilité générale de la société »¹¹⁵². Les économistes œuvrant à l'analyse du droit se penchent sur les mécanismes et les effets de différentes disciplines juridiques. Ils procèdent à l'étude des notions et des institutions juridiques fondamentales, notamment celles de propriété, de marché et de concurrence, de risque et d'assurance, de responsabilité civile, de contrat et d'entreprise¹¹⁵³. Ils sont susceptibles de s'intéresser particulièrement à l'institution de la propriété intellectuelle¹¹⁵⁴. Les fondements, les mécanismes, la pratique et les effets de cette dernière sont ainsi expliqués, interprétés et justifiés. Il est judicieux de démontrer et d'expliquer de quelle façon la théorie et l'analyse économique du droit peuvent constituer un outil opportun, pour évaluer et mesurer l'efficacité du droit de la propriété intellectuelle¹¹⁵⁵.

533. Illustration pratique du recours à l'analyse économique du droit dans le processus législatif. Le législateur tend, dans sa fonction de développement de la norme, à apprécier par anticipation, en amont de son élaboration, l'impact et les conséquences qu'elle peut avoir sur le terrain économique. Les données économiques sont ainsi prises en compte dans le domaine de la légistique. En conséquence, et en amont, l'élaboration de certaines normes peut être soumise à un « test d'efficacité économique »¹¹⁵⁶. Cela s'illustre notamment en matière d'élaboration des normes du droit d'auteur¹¹⁵⁷. Il s'agit d'évaluer par les outils de l'analyse économique les impacts que peut présenter une norme, en termes d'efficacité économique, sur les comportements des justiciables. Dès lors, il semble que « en intégrant la dimension économique du contexte normatif, le législateur veille à la réception harmonieuse de la norme

¹¹⁵² PÉRÈS (C.), « Rapport introductif », *loc. cit.*, spé. p. 3.

¹¹⁵³ Cf. MACKAAY (E.), ROUSSEAU (S.), LAROUCHE (P.) et PARENT (A.), *op. cit.*, cf. spé. p. VII et s. et p. 230 et s.

¹¹⁵⁴ Cf. en particulier l'article de LANDES (W. M.) et POSNER (R. A.), « An Economic Analysis of Copyright Law », *The Journal of Legal Studies*, vol. 18, n° 2, juin 1989, p. 325 ; pour une explication de l'approche des auteurs, cf. not. FARCHY (J.), « L'analyse économique des fondements du droit d'auteur : [...] », *loc. cit.*, spé. p. 390 ; MÉNIÈRE (Y.), « Les fonctions des droits de propriété intellectuelle : le point de vue de l'économie », *Prop. Ind.* oct. 2010, Dossier 3 ; MACKAAY (E.), ROUSSEAU (S.), LAROUCHE (P.) et PARENT (A.), *op. cit.*, p. 558 et s. ; pour un constat sur le plan juridique, cf. not. CLAVIER (J.-P.) et GARELLO (P.), « Droit des affaires et analyse économique du droit : le cas de la propriété intellectuelle », in SCHWEITZER (S.) et FLOURY (L.) (dir.) *Droit et économie. Des divergences aux convergences*, Coll. Thèmes & commentaires, Paris : Dalloz, 2019, p. 55.

¹¹⁵⁵ À ce sujet, cf. not. MÉNIÈRE (Y.), « Les fonctions des droits de propriété intellectuelle [...] », *loc. cit.*, p. 12, n° 1 et s.

¹¹⁵⁶ Évoquant le propos et employant cette formule, cf. LAPOUSTERLE (J.), « Le droit d'auteur, droit économique », in BENSAMOUN (A.) (dir.), *La réforme du droit d'auteur dans la société de l'information*, Presses universitaires de Sceaux, Paris : Éditions mare & martin, 2018, p. 47, spé. p. 55.

¹¹⁵⁷ Sur ce constat, de manière générale, cf. PÉRÈS (C.), « Rapport introductif », *loc. cit.*, spé. p. 14, n° 10.

et contribue à asseoir sa légitimité »¹¹⁵⁸. Ainsi, par certains égards, nous pensons pouvoir trouver dans les explications de l'analyse économique du droit, des arguments de l'opportunité d'une protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle, propre à lui conférer une légitimité.

534. L'avis de l'analyse économique sur le rôle du droit de la propriété intellectuelle.

L'analyse économique du droit a pour objet de rechercher et mesurer l'efficacité de la norme juridique sur les comportements économiques¹¹⁵⁹. Selon la théorie, il semble que l'efficacité économique puisse être satisfaite par l'institution de mesures de protection juridique. Dans le cadre des activités de production et de valorisation de l'information, en tant que résultat d'investissements, le droit de la propriété intellectuelle tient une place singulière. En effet, à suivre la finalité prêtée à la règle de droit, le droit de la propriété intellectuelle envisagé dans sa fonction de protection de l'investissement serait légitime et opportun, car utile économiquement. Ce système juridique tend ainsi à soutenir et contribuer à l'efficacité économique, en garantissant la satisfaction de l'intérêt général et le bien-être de la société, par une bonne allocation des ressources. Selon l'analyse économique, le droit cherche à soutenir l'efficacité des processus économiques, pour l'atteinte du bien-être collectif¹¹⁶⁰. Il en va ainsi en matière de droit de la propriété intellectuelle, trouvant notamment une justification dans son effet incitant à l'investissement dans la création d'information. Le droit de la propriété intellectuelle est en effet vu par les économistes comme un palliatif des imperfections du marché. Pour fonctionner de façon efficace, ce dernier doit être régulé par des normes. Tel est aussi le schéma justifié et défendu au sein de la théorie utilitariste du droit. Au terme de celle-ci, la [propriété intellectuelle] tire sa légitimité de son efficacité économique »¹¹⁶¹.

535. Critiques du rapprochement entre le droit et l'économie : un partenariat délicat entre l'ordre juridique et l'ordre économique. L'utilisation du discours des économistes par les interprètes du droit, pour tenter de trouver des arguments propres à justifier l'existence des droits de propriété intellectuelle, ne reçoit pas toujours un bon accueil de la part de la

¹¹⁵⁸ LAPOUSTERLE (J.), « Le droit d'auteur, droit économique », *loc. cit.*, spé. p. 53.

¹¹⁵⁹ Sur la définition de l'efficacité, en parallèle avec les notions d'efficience et d'effectivité, cf. PÉRÈS (C.), « Rapport introductif », *loc. cit.*, spé. p. 9, évoquant le fait que l'on peut déterminer l'efficacité, notamment économique de la règle, si cette dernière permet d'atteindre et d'influer la finalité déterminée. Il y a là l'idée d'un lien entre les moyens employés et leur aptitude à aboutir au résultat recherché.

¹¹⁶⁰ Pour une vision du droit d'auteur sous le regard de l'économiste, cf. not. FARCHY (J.), « De nouveaux modèles pour le droit d'auteur. Le point de vue de l'économiste », *PI* oct. 2007, n° 25, p. 404.

¹¹⁶¹ BENHAMOU (F.) et FARCHY (J.), *op. cit.*, p. 24.

communauté des juristes¹¹⁶². Cette réticence procède de diverses raisons¹¹⁶³. Dans ce cadre, se pose la question de la pertinence du recours par les juristes, aux données et arguments de sciences extra-juridiques de manière générale¹¹⁶⁴. Les enseignements de la théorie économique au sujet d'un champ d'étude économique sont en effet susceptibles de servir de fondements à une règle juridique, mais aussi d'être érigés en norme juridique¹¹⁶⁵. Le risque craint est celui de la substitution de valeurs économiques aux valeurs juridiques, que l'ordre juridique se donne pour objet de poursuivre. Ainsi, la prise en compte des enseignements économiques tend à aboutir à la substitution de la valeur d'efficacité économique par exemple, à celle de justice ou encore à celle de l'équité. De même, l'« intérêt général » tendrait à revêtir une coloration économique sous le prisme de la conception utilitariste de cette valeur¹¹⁶⁶. La question se posant est donc celle de la place que le droit entend attribuer à la valeur d'efficacité économique. Pour prendre en compte les craintes formulées, il convient certainement de déterminer la mesure nécessaire et suffisante de la place que peut et doit occuper la poursuite de l'efficacité économique par l'ordre juridique¹¹⁶⁷. Au fond, cette problématique révèle sans doute celle, plus classique, des rapports qu'entretiennent, et que doivent entretenir, les ordres économique et juridique. Le droit a-t-il vocation à intervenir dans l'économie ? Les juristes frileux à l'idée d'une prise en compte des apports de l'analyse économique redoutent que le droit ne soit asservi à l'hégémonie économique, et que ne prévale l'intérêt individuel sur l'intérêt général, lequel s'en trouverait oublié¹¹⁶⁸. La question des statuts respectifs de l'ordre juridique et de l'ordre économique, l'un vis-à-vis de l'autre, fait débat. On se demande en doctrine, si l'économie est le serviteur ou le maître du droit¹¹⁶⁹. En vérité, à l'étude des interactions entre ces deux

¹¹⁶² Sur la fonction économique d'incitation du droit de la propriété intellectuelle perçue par le juriste, cf. not. VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 16, n° 7 : « Les juristes, au mieux, font preuve de scepticisme, au pire s'insurgent contre une telle idée dans laquelle ils voient le triomphe du copyright sur le droit d'auteur ».

¹¹⁶³ Cf. not. l'introduction de l'article de JAMIN (Ch.), « Droit et économie », *loc. cit.* ; MUIR-WATT (H.), « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit », in DEFFAINS (B.) (dir.), *L'Analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris : Cujas, 2002, p. 39.

¹¹⁶⁴ Pour un commentaire de la vision du Doyen Carbonnier au sujet de l'analyse économique du droit, cf. spé. ROYER (G.), « Pour une économie du droit sans rigueur. L'analyse économique du droit et Jean Carbonnier », in VERDIER (R.) (dir.), *Jean Carbonnier. L'homme et l'œuvre*, Nanterre : PU Paris Ouest, 2012, p. 483, <https://books.openedition.org/pupo/2681?lang=fr>.

¹¹⁶⁵ Ce n'est pas tant l'utilisation de l'analyse économique à titre de fondement du droit qui interpelle, mais peut-être davantage son élection en norme. Voir à ce sujet PÉRÈS (C.), « Rapport introductif », in *L'efficacité économique en droit*, *op. cit.*, p. 1 et s.

¹¹⁶⁶ Cf. *infra*, n° 585.

¹¹⁶⁷ PÉRÈS (C.), « Rapport introductif », *loc. cit.*, p. 1, spé. p. 7.

¹¹⁶⁸ Sur l'aspect critique de l'opportunité de recourir à l'analyse économique pour justifier la protection par exemple de l'investissement par le droit, et not. le droit de la propriété intellectuelle, cf. not. GAUDRAT (Ph.) et SARDAIN (F.), *op. cit.*, p. 93, spé. p. 94, n° 131, rappelant les ambitions de la méthode de l'analyse économique du droit, et p. 94, n° 132-133, sur la critique et les dérives programmées.

¹¹⁶⁹ Cf. spé. l'article de VOGEL (L.), « L'économie, serviteur ou maître du droit ? », in *Mélanges en l'honneur de André DECOQ*, Paris : Litec, 2004, p. 605.

disciplines, nous croyons que les deux propositions existent. On craint en effet que l'ordre juridique ne soit soumis à la domination de la règle économique. Pourtant, il est possible de considérer la théorie économique et les outils de son analyse comme serviteurs du droit, car ils permettent une interprétation de l'effet de la règle juridique sur le fonctionnement de l'économie. L'ordre juridique, afin de pouvoir agir sur les comportements liés aux activités économiques, doit s'en remettre à la traduction de la réalité en question, selon les règles relatives à la nature de cette réalité. L'analyse économique du droit offre une méthode. Nous nous attachons à envisager l'économie, ainsi que son fonctionnement et ses exigences, comme serviteurs du droit. Elle lui fournit des instruments pour comprendre et diriger l'action du droit, notamment sur le terrain des activités économiques. Néanmoins, si l'économie semble par certains aspects dicter au droit ses orientations, il faut avouer que l'ordre juridique ne tend à retenir les finalités économiques comme cap, qu'au travers d'une politique juridique. L'ordre juridique ne s'en trouvera pas automatiquement asservi aux exigences économiques. Libre à l'État de choisir et de mener démocratiquement la politique qu'il entend. Après avoir exposé la justification du recours à l'analyse économique pour fonder l'opportunité de la protection, il est judicieux d'exposer plus particulièrement les concepts et outils que l'économiste mobilise.

B. L'interprétation de l'analyse économique du droit

536. Recherche des fonctions du droit de la propriété intellectuelle dans l'organisation optimale de l'économie. À partir de ses concepts, l'analyse économique du droit éclaire sur le rôle qu'elle attribue aux droits de propriété intellectuelle dans le champ de l'investissement économique dans la production de tels biens. Ses explications tiennent constamment compte du souci d'atteindre une efficacité économique. Elles révèlent que l'institution des droits de propriété intellectuelle est un outil essentiel pour contribuer à cette efficacité économique, dans les limites de certaines mesures. Deux fonctions économiques essentielles sont attribuées aux droits de propriété intellectuelle. Il s'agit des fonctions *incitative* (1), et *transactionnelle* (2)¹¹⁷⁰.

1) La fonction incitative

537. L'existence de déficiences du marché dans le cadre d'une économie libre. Dans une conception dominante du fonctionnement de l'économie, le marché est supposé devoir

¹¹⁷⁰ Leur examen est par ailleurs l'occasion d'évoquer d'autres concepts économiques utiles à la compréhension de l'effet de la norme juridique dans notre champ d'étude. Pour une présentation de ces deux fonctions, cf. not. MÉNIÈRE (Y.), « Les fonctions des droits de propriété intellectuelle [...] », *loc. cit.*, p. 13, n° 13 et s.

fonctionner de façon autonome, sans interventions de réglementations, notamment étatiques et juridiques. Il faut néanmoins révéler que la norme juridique s'avère utile et nécessaire. La théorie économique considère que la liberté du marché permet d'autogérer l'allocation optimale des ressources entre les agents économiques. Or, le système d'une économie pure et parfaite ne semble qu'être un idéal, un mythe. En effet, il peut s'avérer que le fonctionnement du marché ne soit pas si efficace que cela : il subit des « défaillances ». Ainsi se justifie l'opportunité d'une intervention étatique dans le fonctionnement, au travers de l'institution de normes juridiques permettant la régulation. Il s'agit alors de tendre vers une meilleure allocation des richesses, pour satisfaire le bien commun. Dans ce cadre peuvent intervenir des politiques publiques économiques de l'État, visant à corriger ces défaillances de marché, et à permettre à ce dernier d'atteindre une allocation optimale des ressources.

538. Des déficiences dans le champ de l'économie de la création et de l'innovation. Il en va ainsi au sein de l'économie de la production et de la valorisation des biens informationnels, lesquels peuvent être assimilés à des résultats d'investissements de nature immatérielle. Cette économie est elle-même amenée à connaître des déficiences. Ces dernières peuvent être solutionnées au travers du système de la propriété, et plus spécialement, au travers de l'institution des droits de propriété intellectuelle. L'aspect monopolistique des droits est ainsi en jeu. L'institution de tels droits constitue un moyen de traitement de ces imperfections. Le moyen vise à rééquilibrer les niveaux d'allocation des richesses pour tendre vers une *efficacité économique*. Les droits recouvrent une fonction d'incitation aux comportements efficaces, et améliorent les transactions économiques, en tendant à la réduction de leurs coûts. Le phénomène économique d'investissement est susceptible de rencontrer des difficultés en l'absence d'intervention étatique et juridique. Ces difficultés peuvent conduire à un manque de dynamisme de l'investissement, se répercutant sur le bénéfice que peut en tirer la société. Elles entraînent potentiellement un sous-investissement dans le développement et la diffusion des biens informationnels. Le discours économique les appréhende comme des « externalités ». Elles peuvent s'avérer préjudiciables pour certains agents économiques. Elles les dissuaderont d'engager des opérations d'investissement. Il s'agit alors d'apporter une solution à ces difficultés, par le biais de ce que les économistes nomment l'« internalisation des externalités ». À ce titre, le droit de la propriété intellectuelle est considéré comme un moyen d'internalisation, par l'institution d'un monopole juridique sur les biens informationnels¹¹⁷¹.

¹¹⁷¹ Cf. MONELLI (Y.), *op. cit.*, p. 13 : « Le premier mode d'internalisation des externalités positives que le Droit peut offrir aux investisseurs, c'est la reconnaissance juridique d'un monopole sur l'innovation. Ainsi naquirent les droits de propriété intellectuelle, au premier rang desquels le droit de brevet, par lesquels l'ordre juridique

539. Le recours à l'exclusivité pour pallier les conséquences négatives de l'utilisation d'un bien non-rival et non-exclusif par nature. Par nature, l'information est considérée comme non-exclusive et comme non-rivale. Ce faisant, son utilisation par l'un n'empêche pas l'utilisation par un autre agent économique. Or, une telle situation est susceptible d'empêcher le producteur de cette information (l'investisseur en particulier, voire le créateur intellectuel), d'en tirer des avantages, et potentiellement, son retour sur investissement. L'action de l'investisseur est en effet motivée par un espoir de rentabilité. Cela a potentiellement une influence sur la décision de l'opérateur qui pourrait engager un processus d'investissement ultérieur dans la production de nouvelles informations, et leur divulgation à la société. Dans ce cas de figure, l'usage de l'information non réservée appartient à tous, si bien qu'un agent économique, nommé par la théorie économique « passager clandestin »¹¹⁷², peut très bien utiliser cette valeur pour en retirer un profit, bénéficiant ainsi des efforts économiques consentis et assumés par le producteur de cette information. Ce tiers cause alors à l'égard du producteur, par son comportement, certes libre, une *externalité négative*, alors même que la conception et la diffusion de cette information par son producteur causent à l'égard de ce tiers, une *externalité positive*¹¹⁷³. Le droit vise à corriger cette circonstance, afin d'atteindre une meilleure efficacité économique, par l'introduction d'un système d'incitation et de réduction des coûts de transaction.

540. La recherche d'incitation et les considérations d'« efficacité dynamique ». Si l'on souhaite qu'un agent économique investisse dans la conception et la diffusion d'une information, il convient, par nécessité d'incitation, de faire en sorte et dans une certaine mesure, de neutraliser ces externalités. Ainsi, Monsieur Lemennicier expliquait que « la règle fondamentale qui permet de maximiser les gains à l'échange est simple : c'est celle qui consiste à faire en sorte que chacun bénéficie des fruits de son travail et ne fasse pas supporter à d'autres les coûts de ses activités ou investissements. Le droit d'exclure autrui des bénéfices de ses investissements est la règle fondamentale pour internaliser les externalités positives. Elle est simple parce qu'elle se présente sous forme d'une règle négative : ne pas empêcher ceux qui investissent d'exclure autrui des bénéfices de leurs investissements »¹¹⁷⁴. Dans ce cadre intervient la propriété et plus spécialement le droit de propriété intellectuelle. Le droit exclusif

assure à l'investisseur le retour sur son investissement en le prémunissant, pour un temps, de la concurrence prédatrice ».

¹¹⁷² Le juriste l'appelle contrefacteur, sur cette notion, cf. par ex. BENHAOU (F.) et FARCHY (J.), *op. cit.*, p. 29.

¹¹⁷³ Sur la notion d'externalité, cf. not. LEMENNICIER (B.), *op. cit.*, p. 40 et s. pour une explication des externalités positives et négatives, et sur les modalités d'internalisation de ces externalités, et p. 55 et s. sur ce problème et l'exemple de la fonction des droits de propriété intellectuelle.

¹¹⁷⁴ *Id.*, p. 167.

consenti sur cette information a pour vertu de lui conférer sa rareté, impliquant alors sa valeur d'échange¹¹⁷⁵. Le droit de propriété, ou de propriété intellectuelle, instille ainsi par ses effets une dose d'*efficacité dynamique* dans l'économie. L'effet d'incitation de la propriété intellectuelle dans le champ des activités économiques d'investissement dans l'innovation est fréquemment mis en avant¹¹⁷⁶. Ce système se justifie alors par ses effets de stimulation des comportements potentiellement productifs des agents économiques, dont les résultats ont vocation à rayonner au-delà de l'intérêt individuel de l'agent entreprenant, pour satisfaire le bien être du corps social¹¹⁷⁷. Le monopole juridique est institué à raison de ses effets psychologiques sur l'agent économique producteur, et également sur le comportement du potentiel passager clandestin, au regard de l'existence de sanctions¹¹⁷⁸. Le résultat d'investissement est en effet utile et convoité. Le droit de propriété intellectuelle, par ses effets exclusifs, pose une interdiction temporaire à l'encontre de certains autres agents économiques, d'user de la valeur réservée. Il favorise alors la rentabilité de l'investissement¹¹⁷⁹. Ainsi, en matière d'analyse économique du copyright, Landes et Posner précisent-ils, employant une métaphore qui nous évoque le processus de l'opération d'investissement, que « cette interdiction d'imitation pour une certaine durée ”permet aux gens de récolter ce qu'ils ont semé”. Si on leur retire cette espérance, ils sont moins motivés à semer »¹¹⁸⁰. Dans le discours de l'analyse économique, l'institution de la propriété intellectuelle, se rapproche des considérations d'efficacité dynamique, tendant à rechercher de quelle façon il est possible de « donner les incitations correctes à la création et à l'innovation »¹¹⁸¹. En effet, en l'absence de ces droits ayant une fonction d'incitation, le risque est celui d'un sous-investissement dans le champ de la création qui, à terme, serait préjudiciable à la société et à la recherche de la maximisation de son bien-être.

541. Le souci de diffusion et les considérations d' « efficacité statique ». L'institution du droit de la propriété intellectuelle se justifie par le besoin de satisfaire une *efficacité dynamique* pour éviter un sous-investissement dans le domaine de la production de création et de

¹¹⁷⁵ MÉNIÈRE (Y.), « Les fonctions des droits de propriété intellectuelle [...] », *loc. cit.*, p. 13, n° 11.

¹¹⁷⁶ TIROLE (J.), *Économie du bien commun*, Paris : PUF, 2016, p. 567 : « La propriété intellectuelle est un mal nécessaire visant à stimuler la R&D ou la création artistique en procurant un revenu à son détenteur ».

¹¹⁷⁷ BELLEFLAMME (P.), « L'économie de la propriété intellectuelle. Introduction et description du contenu », *Reflets et perspectives de la vie économique*, 2006/4, t. XLV p. 5 et s., spé. p. 6.

¹¹⁷⁸ La question de l'efficacité de la sanction retenue et appliquée à leur égard est un bien vaste autre débat...

¹¹⁷⁹ MÉNIÈRE (Y.), « Les fonctions des droits de propriété intellectuelle [...] », *loc. cit.*, p. 13, n° 13 et s. : « La fonction « incitative » des droits de propriété intellectuelle est liée à la nécessité de promouvoir l'investissement dans la création d'actifs immatériels. [...] ».

¹¹⁸⁰ LANDES (W. M.) et POSNER (R. A.), *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Cambridge : Harvard University Press, 2003, spé. p. 13.

¹¹⁸¹ BELLEFLAMME (P.), *loc. cit.*, spé. p. 7.

l'innovation. Il faut toutefois prendre en compte le risque de sous-utilisation des résultats d'investissements créatifs, du fait de l'exclusivité qui les grève. En effet, la spécificité du droit est d'octroyer au bénéfice de l'investisseur une exclusivité sur le résultat de son investissement, dans une perspective incitative, lui permettant ainsi de favoriser la rentabilité de son opération. Or, l'exclusivité consentie tend à limiter la jouissance de ce résultat par la société, ainsi que sa diffusion¹¹⁸². Il en résulte ce que la discipline économique nomme *perte sèche* pour la société¹¹⁸³. Afin d'effectivement satisfaire le bien-être de la société, il faut néanmoins permettre à ses membres de jouir des résultats d'investissements, de façon plus ou moins directe. Il convient donc de rendre le résultat créatif d'investissement accessible, dans une certaine mesure.

542. Besoin et possibilité de compromis entre efficacité *dynamique* et efficacité *statique*.

Les économistes expliquent que l'efficacité économique ne peut être atteinte que s'il existe un effort de conciliation entre les dimensions « dynamique » et « statique » de cette efficacité¹¹⁸⁴. « Le droit de la [propriété intellectuelle] cherche à atteindre le meilleur compromis possible entre : des considérations d'efficacité dynamique (comment donner les incitations correctes à la création et à l'innovation ?) et des considérations d'efficacité statique (comment promouvoir la diffusion et l'usage des résultats de la création et de l'innovation ?) »¹¹⁸⁵. Autrement dit, « le droit de la propriété intellectuelle réalise [...] un compromis entre, d'une part, l'incitation à créer et à innover, et d'autre part, la diffusion des résultats obtenus. Cette contradiction entre incitation et usage se traduit dans le langage économique par un arbitrage entre l'efficacité dynamique et l'efficacité statique »¹¹⁸⁶. Ce besoin de compromis donne lieu à des solutions concrètes se manifestant sur le terrain juridique, par l'existence d'une durée limitée du droit sur le résultat d'investissement, ainsi que par l'existence d'un système d'exception aux droits. Le propos se vérifie s'agissant de différents droits de propriété intellectuelle. Les outils conceptuels des sciences économiques trouvent en effet leur pendant dans les outils conceptuels juridiques. Ainsi, l'analyse économique tend à rechercher une conciliation entre l'opposition potentielle de l'efficacité dynamique et de l'efficacité statique, à l'instar du droit de la propriété intellectuelle,

¹¹⁸² *Ibid.* : « Toutefois, en conférant un droit exclusif, et donc de monopole, au créateur, le droit de la PI génère un problème de sous-utilisation. En effet, comme le coût marginal de production est nul, tout prix positif entraîne un rationnement dommageable pour le bien-être global ».

¹¹⁸³ *Ibid.*, la propriété du bien informationnel pose une problématique tenant à la recherche de compromis entre « rendement social » et « rendement privé ».

¹¹⁸⁴ MÉNIÈRE (Y.), « Les fonctions des droits de propriété intellectuelle [...] », *loc. cit.*, p. 13, n° 12.

¹¹⁸⁵ BELLEFLAMME (P.), *loc. cit.*, p. 7.

¹¹⁸⁶ LÉVÊQUE (F.) et MÉNIÈRE (Y.), *Économie de la propriété intellectuelle*, Repères, Paris : La découverte, 2003, p. 8, et cf. p. 9, l'encadré « Efficacité statique versus efficacité dynamique ». Pour une autre explication dans le même sens, cf. not., FARCHY (J.), « L'analyse économique des fondements du droit d'auteur : [...] », *loc. cit.*

qui s'efforce de concilier la réservation et l'accès à l'objet du droit. Les motivations sont identiques : il s'agit de satisfaire l'intérêt général au travers de la maximisation du bien-être social, passant par la satisfaction immédiate de l'intérêt ici, individuel, de l'investisseur. À ce titre, Monsieur Jean Tirole rappelle que « [...] la protection de la propriété intellectuelle [...] a toujours eu pour objectif d'arbitrer, de manière fine, entre deux objectifs contradictoires : d'un côté, la création d'un environnement propice à l'innovation – où il s'agit finalement de donner une rente « incitative » aux innovateurs – et de l'autre, la diffusion de cette innovation, soit au consommateur final, soit à d'autres innovateurs afin d'encourager l'innovation en aval »¹¹⁸⁷. Sur le plan théorique, doit être mise en doute la critique selon laquelle l'analyse économique, et certains aspects du droit de la propriété intellectuelle, tendraient à ne prendre en compte que l'intérêt individuel de l'investisseur. En effet, le système de la propriété intellectuelle n'a pas qu'une fonction directe d'incitation à l'investissement. Il a un but général de satisfaction des intérêts individuels et collectifs de la société. Il concilie ces deux impératifs par certaines mesures se trouvant historiquement au cœur du système.

2) *La fonction transactionnelle*

543. La fonction transactionnelle au renfort de la fonction incitative. Le droit de la propriété intellectuelle ne vise pas seulement l'incitation à l'investissement en s'efforçant de concilier des considérations d'efficacité dynamique et d'efficacité statique. Il permet également de faciliter les échanges entre les agents économiques. Telle est sa fonction « transactionnelle »¹¹⁸⁸. Selon l'analyse économique, cette fonction permet la valorisation optimale des valeurs immatérielles objet d'un droit de réservation, notamment privatif. Ces droits de propriété sont alors présentés comme un moyen permettant aux agents économiques d'atteindre, dans leurs relations liées à la cessibilité du droit ou de son objet, une transaction dont le coût doit se rapprocher de zéro, pour garantir une efficacité économique. À terme, l'enjeu du droit de propriété est de rendre possible la valorisation du droit ou de son objet, par

¹¹⁸⁷ TIROLE (J.), « Quelles finalités pour les propriétés intellectuelles ? », *loc. cit.*, p. 3.

¹¹⁸⁸ La teneur et les effets de la fonction transactionnelle des droits de propriété intellectuelle sont formulés dans le « théorème de COASE ». à ce sujet cf. not. FARCHY (J.), « L'analyse économique des fondements du droit d'auteur : [...] », *loc. cit.*, spé. p. 391.

la personne la plus apte à la maximiser¹¹⁸⁹. Dans ce cadre, la fonction transactionnelle du droit de propriété intellectuelle tend à compléter et renforcer sa fonction incitative¹¹⁹⁰.

544. Un droit de propriété permettant de mieux valoriser le résultat d'investissement par son détenteur, au bénéfice de la société. Le droit de propriété exclusif est assorti d'un caractère de cessibilité. Ce dernier permet au son titulaire d'échanger son droit pour le valoriser et en tirer un profit¹¹⁹¹. Dans une perspective d'efficacité économique, il est souhaitable que le droit ou son objet puissent être transférés d'un titulaire originaire du droit à un autre, lequel sera en mesure de le valoriser d'une manière plus performante¹¹⁹². Cela est de nature à bénéficier à la fois au titulaire initial et à l'exploitant cessionnaire, mais également à la société. Ces échanges, dont le système juridique permet l'organisation notamment à l'appui matériel du contrat, peuvent être qualifiés de « transactions ». Ces dernières sont susceptibles d'entraîner un « coût » pour les agents économiques. Or, pour contribuer à l'efficacité économique, les échanges doivent entraîner un coût se rapprochant d'une valeur nulle¹¹⁹³.

545. La nécessité d'une définition précise des droits. L'analyse économique explique néanmoins que l'efficacité économique, dans ce cadre, ne peut être atteinte que si les droits de propriété sont bien définis en amont. À défaut, l'échange causerait des coûts de transaction plus ou moins élevés et préjudiciables aux agents économiques titulaires du droit et, *in fine*, à la société. Selon la majorité des discours, il importe peu de savoir à qui les droits ont été attribués de façon initiale¹¹⁹⁴, puisque le droit est cessible. Quasi-spontanément, en l'absence de coût de transaction, celui qui est le plus apte à assurer la valorisation, par la force des choses, le pourra. Or, les droits de propriété ne sont pas toujours bien définis en amont avant de faire l'objet d'une transaction, ce qui, le cas échéant, provoque leur coût élevé¹¹⁹⁵. Le risque d'une mauvaise définition en amont des droits de propriété intellectuelle tend à entraver l'incitation à la production et à la valorisation du droit ou du bien. En conséquence, et potentiellement, sa

¹¹⁸⁹ LÉVÊQUE (F.) et MÉNIÈRE (Y.), *op. cit.*, p. 14 : « Des droits de propriété pour échanger », et p. 15 : « Le droit de la propriété intellectuelle crée des droits exclusifs et cessibles. D'un point de vue économique, la cessibilité est aussi importante que l'exclusivité car elle permet que l'actif soit utilisé par celui qui le valorise le mieux ».

¹¹⁹⁰ *Id.*, p. 23 ; cf. égal. MÉNIÈRE (Y.), « Les fonctions des droits de propriété intellectuelle [...] », *loc. cit.*, n° 34 sur le résumé de la fonction transactionnelle qui, en fin de compte, soutient également la fonction d'incitation.

¹¹⁹¹ MÉNIÈRE (Y.), « Les fonctions des droits de propriété intellectuelle [...] », *loc. cit.*, n° 23 : « la fonction transactionnelle des droits de propriété intellectuelle consiste à céder l'exploitation de l'actif à des tiers, au cas par cas, et à des conditions définies par le propriétaire. Le contrôle exercé par le propriétaire le conduit à ne partager ou céder l'exploitation de l'actif immatériel que lorsque cela lui est profitable, ce qui renforce le pouvoir incitatif des droits de propriété intellectuelle ».

¹¹⁹² Cf. FARCHY (J.), « L'analyse économique des fondements du droit d'auteur : [...] », *loc. cit.*, spé. p. 392.

¹¹⁹³ Cf. MÉNIÈRE (Y.), « Les fonctions des droits de propriété intellectuelle [...] », *loc. cit.*, p. 12, n° 6.

¹¹⁹⁴ LÉVÊQUE (F.) et MÉNIÈRE (Y.), *op. cit.*, p. 15.

¹¹⁹⁵ *Id.*, p. 16.

diffusion au bénéfice des utilisateurs s'en trouve freinée¹¹⁹⁶. L'ordre juridique doit donc œuvrer à la détermination d'une juste définition des droits sur l'usage d'une ressource rare, afin d'éviter des conflits se traduisant notamment en termes de coûts de transactions, et ce faisant, garantir l'efficacité économique. Il lui faut conférer notamment des droits de propriété à l'agent le plus à même de faire le meilleur usage et la meilleure valorisation de ce droit ou de cet objet rare. Pour pallier les conséquences négatives de ce type de transaction, une des solutions consiste dans la juste attribution initiale du droit à la personne la mieux placée pour assurer la valorisation et la diffusion dans le corps social¹¹⁹⁷. Il faudrait que l'ordre juridique permette d'attribuer, réellement et efficacement, le droit de réservation à celui ayant les meilleures capacités d'exploiter le droit ou l'objet du droit¹¹⁹⁸. On peut interroger ce raisonnement en matière, par exemple, de titularité du droit sur l'œuvre de l'esprit considérée en tant que résultat d'investissements combinés. Il en va de l'incitation de l'agent économique à valoriser au mieux son bien, au bénéfice de tous.

546. Bilan du recours aux arguments des sciences économiques et autres arguments extra-juridiques. En définitive, nous avons pu constater que l'économie analysait l'efficacité économique de la règle de droit à partir de ses propres concepts, justifiant donc son utilité. Selon le discours de l'analyse économique, le droit, et plus spécialement le droit de la propriété intellectuelle, permet de protéger un investissement. Il y incite, en assurant une issue favorable. L'intervention de la règle de droit, par la recherche d'un optimum social qui en est la finalité autant que son fondement, s'en trouve justifiée. Les arguments extra-juridiques, et notamment ceux de l'analyse économique, ont en commun d'illustrer le besoin de protection de l'investissement dans une perspective incitatrice. Cependant, ils ne sauraient suffire pour démontrer la justification d'une telle protection. En effet, les perspectives incitatrices se retrouvent également sur le terrain des arguments de nature plus juridique. Cela est loin d'être surprenant, car les règles de droit sont elles-mêmes fondées sur des réalités et aspirations sociales.

¹¹⁹⁶ MÉNIÈRE (Y.), « Les fonctions des droits de propriété intellectuelle [...] », *op. cit.*, p. 14, n° 22.

¹¹⁹⁷ LÉVÊQUE (F.) et MÉNIÈRE (Y.), *op. cit.*, p. 16-19.

¹¹⁹⁸ On peut interroger ce raisonnement en matière, par exemple, de titularité du droit sur l'œuvre de l'esprit considérée en tant que résultat d'investissements combinés.

Section 2 - Les arguments des discours juridiques

547. Les arguments de justification de la science juridique et des sciences auxiliaires.

L'étude des discours juridiques et extra-juridiques permet d'identifier les arguments propres à justifier de la protection envisagée. Elle apporte des arguments pour convaincre de la possible légitimité de protéger l'investissement par la propriété intellectuelle. Ainsi, selon une approche axiologique, il est possible de souligner que l'ordre juridique est construit en considération de la recherche d'atteinte de valeurs sociales. La poursuite de ces dernières tend à être érigée en tant que fondement et finalité du système juridique. Par ailleurs, les disciplines juridiques particulières, considérées comme auxiliaires du droit¹¹⁹⁹, sont également susceptibles d'apporter des arguments au soutien de la protection. Elles sont spécialisées dans les rapports entretenus entre le droit et d'autres sciences sociales.

548. Plan. D'une part, la justification de la protection de l'investissement peut s'illustrer au travers de l'examen des valeurs sociales poursuivies par l'ordre juridique (I). D'autre part, elle peut l'être au travers de l'étude des disciplines juridiques auxiliaires, en lien avec d'autres sciences sociales (II).

I. La justification illustrée au travers des valeurs sociales

549. Des valeurs sociales légitimantes. De nombreuses valeurs inspirant les fondements et finalités de l'ordre juridique peuvent être recensées (A). Parmi elles, nous nous attarderons plus particulièrement sur la valeur de l' « intérêt général ». Par sa coloration possiblement économique, elle permet de justifier la protection nous intéressant. Elle est susceptible de concilier différents intérêts matériels potentiellement divergents (B), faisant ainsi gagner la protection en légitimité.

A. Les valeurs inspiratrices des fondements et finalités de la protection

550. Intérêts général et particulier du recours aux valeurs sociales. Avant de mener un examen particulier des valeurs susceptibles de justifier la protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle (2), il est opportun de présenter l'utilité générale du recours aux valeurs sociales variées (1).

¹¹⁹⁹ GHESTIN (J.), BARBIER (H.) et BERGÉ (J.-S.), *op. cit.*, p. 146, n° 185 et s. évoquant les « disciplines auxiliaires du droit » au titre desquelles, notamment, l'histoire du droit et le droit comparé.

1) *L'utilité du recours aux valeurs sociales*

551. Intérêt général du recours aux valeurs. L'étude de la référence de l'ordre juridique aux valeurs sociales met en lumière le procédé (a). Elle conduit aussi à constater que les valeurs, pouvant présenter différentes natures, sont potentiellement conflictuelles (b).

a. La teneur de la référence aux valeurs sociales

552. Teneur de la référence. La présentation du recours aux valeurs sociales trouve un intérêt dans la recherche de justification de la protection de l'investissement. Ainsi, le sens du recours (i), ainsi que les définitions génériques de ces valeurs (ii), méritent d'être explicités.

i. Le sens

553. Des valeurs inspirant l'ordre juridique et justifiant le sens de son intervention. Le droit n'est pas autocentré. En effet, pour exister et être efficaces, les règles juridiques se doivent d'être fondées et finalisées. C'est en considération des réalités, des faits et des aspirations sociales, que les règles sont conçues et appliquées¹²⁰⁰. Elles doivent en effet être justifiées. Ce faisant, elles s'inscrivent dans un cadre tracé par des valeurs sociales chères à la société¹²⁰¹. Les valeurs sociales sont susceptibles de constituer tout à la fois le fondement, la finalité, et la limite de l'action de l'État, au travers de l'ordre juridique. Le droit est un instrument mobilisé par la société pour parvenir à une fin. Il tend à l'être selon des valeurs auxquelles celle-ci est attachée, lesquelles se trouvent défendues par l'ordre juridique. La référence aux valeurs, pour sonder les fondements et finalités d'une institution juridique, offre l'opportunité de porter un jugement sur l'avantage ou l'inconvénient de celle-ci, avec pour référence « les valeurs »¹²⁰². En effet, la référence à certains concepts, soient-ils juridiques ou non, permet d'exercer un jugement de

¹²⁰⁰ ATIAS (Ch.) et LINOTTE (D.), « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.* 1977, chron., p. 251.

¹²⁰¹ GRZEGORCZYK (Ch.), *La théorie générale des valeurs et le droit, essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, Paris : LGDJ, 1982, p. 27.

¹²⁰² Sur les liens entre les notions de valeur (sociale) et de finalité du droit, dans le domaine de la propriété intellectuelle, cf. not. FAVREAU (A.), *loc. cit.*, spé. p. 67, et du même auteur, *L'objet de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé, Réflexion sur la valeur dans le droit des biens*, *op. cit.*, p. 201 et s., et spé. p. 211, n° 157 et s. dans le cadre d'une conception objective de la valeur ; pour une « philosophie des valeurs sociales », cf. not., ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2^e éd., Paris : Dalloz, 2005 (réédition de l'ouvrage, en sa 2^e éd., Sirey 1951), p. 317 et s. : « le droit [étant] une discipline normative[...] il [...] tend [...] à formuler [...] des jugements de valeur fondés sur l'idée d'une finalité », et p. 318 : « En réalité, la valeur, dans le domaine du droit, ne peut être appuyée que sur une finalité à découvrir, et c'est seulement ainsi qu'elle peut constituer un élément sûr, à partir du moment où on aura reconnu les fins que le droit doit servir [...] ».

valeur sur l'existence ou l'opportunité de mise en place d'une institution. Le jugement de valeur sur un objet de réflexion, ou sur une action, permet de déterminer la légitimité de ceux-ci.

554. Recherche des arguments de légitimation de la protection de l'investissement. À partir des faits et des aspirations sociales dans le champ d'étude nous intéressant, nous entendons parvenir à émettre un jugement de valeur sur la protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle. L'enjeu est d'en révéler la légitimité. À ce titre, il convient de réussir à sonder les valeurs pouvant être convoquées pour révéler les avantages d'une protection, à la fois à l'égard de l'investisseur lui-même, mais également de la société en général. En effet, pour être considérée comme légitime, l'idée d'une protection de l'investissement par la propriété intellectuelle doit être jugée conforme aux valeurs admises par la société, et sur lesquelles repose l'ordre juridique qui choisit de les défendre et les promouvoir. Bon nombre de valeurs nous permettent de souligner l'opportunité d'une telle protection. D'ailleurs, les valeurs, recensées pour justifier et légitimer le système de la propriété intellectuelle¹²⁰³, peuvent également être utilisées pour justifier sa fonction de protection de l'investissement. Les valeurs permettraient de légitimer la protection nous intéressant et d'en dégager une hypothèse de finalité unitaire de la propriété intellectuelle, autour de l'objectif d'une telle protection.

555. Les valeurs sociales comme soubassement du droit. Au-delà de la considération critique selon laquelle la protection de l'investissement par la propriété intellectuelle serait une fin en elle-même, il faudrait plutôt considérer que son système juridique protège l'investissement pour satisfaire certaines fins particulières. Le droit a alors pour fonction, au travers de ses instruments, d'atteindre une fin déterminée et choisie¹²⁰⁴. La finalité identifiée tend à emprunter les contours des valeurs que nous nous apprêtons à envisager¹²⁰⁵. Les valeurs en question convoquées dans le domaine du droit de la propriété intellectuelle constituent, à nouveau, tant le fondement que la finalité, selon nous, de la protection de l'investissement. Cette dernière, à l'appui de la technique de la propriété intellectuelle, peut être justifiée par la

¹²⁰³ CLAVIER (J.-P.), « La légitimité de la propriété intellectuelle, Approche du juriste », *loc. cit.*, spé. p. 13, envisageant la « légitimité sociétale » de la propriété intellectuelle, raisonnant à partir de la valeur « progrès » : « La légitimité sociétale renvoie ici à l'idée que la propriété intellectuelle doit s'accorder avec les valeurs profondes du moment [...] ».

¹²⁰⁴ VIVANT (M.), « De la finalité sociale des droits de propriété intellectuelle », in VIVANT (M.) (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, spé. p. 14 : « Les droits, et point seulement les droits de propriété intellectuelle, ont une fonction et celle-ci, pour qui ne s'enferme pas dans le formalisme et le dogmatisme, en constitue la justification et la mesure ».

¹²⁰⁵ GHESTIN (J.), BARBIER (H.) et BERGÉ (J.-S.), *op. cit.*, p. 15, n° 8 et s. les auteurs présentent le droit objectif comme étant composé du droit positif et des finalités poursuivies par l'ordre juridique, à ce sujet spé. p. 19, n° 12-13, p. 27 et s., sur les finalités du droit. Selon eux, l'ordre social est une utilité essentielle du droit. Vient ensuite la finalité de la justice, considérant que ces deux valeurs sont dépendantes.

volonté et la nécessité d'atteindre des finalités inspirées par les valeurs sociétales et traduites par l'ordre juridique. La question à traiter est donc celle de savoir quels arguments, dans le domaine des valeurs sociales défendues par l'ordre juridique, pourraient ainsi justifier que l'investissement soit protégé, et *a fortiori*, par le système juridique de la propriété intellectuelle. Avant même de répondre à cette question, il faut néanmoins s'entendre sur ce à quoi renvoie la notion de « valeur »¹²⁰⁶.

ii. Les définitions

556. Définitions de la « valeur ». Dans le langage courant, le mot « valeur » peut être désigné en tant que « caractère, qualité de ce qui est désiré, estimé parce que donné et jugé comme objectivement désirable ou estimable » et par métonymie, comme une « chose ayant ce caractère »¹²⁰⁷. Le terme peut également être défini comme « ce qui est posé comme vrai, beau, bien, d'un point de vue personnel ou selon les critères d'une société et qui est donné comme un idéal à atteindre, comme quelque chose à défendre »¹²⁰⁸. Les définitions du mot données par le *Vocabulaire juridique Capitant* ne s'éloignent que peu des précédentes. Selon le même langage, le mot « valeur » y est défini comme, « pour quelqu'un, ce qui, de son point de vue, est estimable, appréciable, désirable » en tant que « valeur subjective »¹²⁰⁹. Dans une acception plus objective, le mot désigne le « bien en soi ; ce qui, en général, est considéré comme bon, utile, digne d'estime »¹²¹⁰. La même source définit, plus loin, les « valeurs fondamentales », en tant que « bienfaits reconnus comme principes de la vie en sociétés ; valeurs dites communes par ceux qui, ensemble, s'en réclament, comme bases de leurs relations »¹²¹¹. Cette dernière définition convient mieux à notre propos. Ainsi, les juristes s'intéressant à l'axiologie et ses rapports avec la science du droit définissent la valeur comme ce qui « consiste principalement en un but qu'un individu ou une communauté juge souhaitable d'atteindre »¹²¹². Eu égard aux quelques définitions rapportées, et dans le cadre d'une reformulation, nous pouvons appréhender la notion de valeur comme désignant un idéal, auquel une personne ou un groupe

¹²⁰⁶ Sur cette notion appréhendée par les sciences sociales, cf. not. HEINICH (N.), *Des valeurs, Une approche sociologique*, Coll. nrd, Paris : Éditions Gallimard, 2017, identifiant les occurrences et les fonctions du terme « valeur ».

¹²⁰⁷ Définition du mot « valeur », en ligne sur le site Internet du CNRTL.

¹²⁰⁸ Définition du mot « valeur », Dictionnaire de Français Larousse, en ligne.

¹²⁰⁹ CORNU (G.), *op. cit.*, p. 1052.

¹²¹⁰ *Ibid.*

¹²¹¹ *Ibid.*

¹²¹² GILLES (D.) et LABAYLE (S.), « L'irrédentisme des valeurs dans le droit : la quête du fondement axiologique », in V. FORTIER et S. LEBEL-GRENIER (dir.) *Les sentiments et le droit*, Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke, 2012, https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_42/42-1-2-Gilles-Labayle-TDP.pdf, p. 310 et s., spé. p. 322, et p. 323.

de personnes attache une importance capitale, en tant que finalité à atteindre. L'idéal à atteindre, partagé potentiellement par une communauté, peut également être simplement souhaité à titre individuel. Nous nous concentrerons néanmoins dans ces développements sur la dimension collective de l'attachement à une valeur. Renvoyant à ce qui est digne d'intérêt, nous identifions une valeur à ce qui présente une importance accordée à une considération intellectuelle appréhendée comme supérieure par une communauté, et tendant à la réalisation d'une finalité dans les rapports sociaux. Elle peut ainsi renvoyer également à la base et la motivation de l'action humaine. Elle donne des perspectives à la vie en société. Une valeur est ce qui est digne d'intérêt et vers lequel on tend, et également base et motivation de l'action humaine. Il ressort des différents essais de définition que cette valeur est souvent définie par la finalité qu'il s'agit d'atteindre¹²¹³. Elle permet également la réalisation d'une fonction de jugement social, jugement de « valeur », dira-t-on¹²¹⁴. Une action ou une idée, voire même et surtout, une institution, pourra être jugée en opportunité, selon sa conformité aux valeurs défendues par une société. Le jugement de valeur consiste en l'émission d'une opinion de conformité d'une considération, à partir d'un référent. Ainsi, envisager les valeurs sur lesquelles peut reposer la protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle nous permettra, par un jugement, et selon ces référents, de déterminer si c'est une bonne chose de le faire.

b. Des valeurs de différentes natures potentiellement conflictuelles

557. Jugement de valeur et valeurs conflictuelles. L'examen des valeurs sociales sur lesquelles repose l'ordre juridique conduit à envisager les termes du jugement de valeur de la protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle (i). Aussi, la variété de natures des valeurs convoquées implique de constater leur caractère potentiellement conflictuel (ii).

i. Les termes du jugement de valeur sociale

558. Les termes d'un jugement de valeur favorable. Identifier les valeurs chères à la société, et aptes à révéler la légitimité d'une action ou d'une institution, revient à identifier les finalités qu'elle poursuit. Pour atteindre ces finalités structurant la vie en société, le droit se positionne comme un instrument : il remplit une fonction d'atteinte de ces valeurs, de ces

¹²¹³ GRZEGORCZYK (Ch.), *op. cit.*, p. 27.

¹²¹⁴ VIRALLY (M.), *op. cit.*, p. 30, notamment sur la différence ou la combinaison entre valeurs et intérêts.

finalités¹²¹⁵. Nous recherchons quelles sont les valeurs-finalités vers la satisfaction desquelles tend l'ordre juridique, justifiant ainsi son intervention. L'intérêt de cette recherche est de vérifier si ces arguments sont susceptibles d'être utilisés pour justifier et légitimer la protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle. Les fonctions et finalités générales assumées par le droit, et spécialement par la propriété intellectuelle, peuvent-elles coïncider avec l'objectif de protection de l'investissement ?

559. Des valeurs sociales de nature extra-juridique par essence. De nombreuses valeurs de différentes origines et de différentes natures existent, et sont de façon constante mises en avant pour justifier le sens de l'instauration et de la mise en œuvre de normes juridiques. Les valeurs utilisées par le droit lui servant d'appui sont fondamentalement de nature extra-juridique. En effet, le droit se construit sur une réalité sociale et en fonction de ses attentes. Les valeurs sont avant tout sociales, car elles se confondent avec les aspirations des membres de la société, et ce, qu'elles fassent l'objet d'un attachement individuel ou collectif¹²¹⁶. Néanmoins, certaines revêtent plus facilement et plus directement une coloration beaucoup plus juridique. On parle alors plus volontiers de « valeurs fondamentales du droit ». Les valeurs sociales permettant à l'ordre juridique de trouver une assise, de façon non exhaustive, tiennent ainsi à la justice et l'équité, à l'ordre et la sécurité, au progrès ou encore à l'intérêt général. Ces différentes valeurs, que l'on qualifie parfois de façon synonyme de finalités du droit, reposent souvent les unes sur les autres. Parmi elles, on compte des valeurs ayant tendance à présenter une nature plutôt philosophique et morale, et d'autres relevant davantage de natures marchande et économique. Elles peuvent avoir vocation à entrer en conflit¹²¹⁷.

ii. La variété de natures confinant au conflit

560. Des valeurs philosophiques, morales, non marchandes, marchandes, potentiellement conflictuelles. Les valeurs convoquées dans le cadre de l'étude de la

¹²¹⁵ BATIFFOL (H.), *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris : LGDJ, 1979, p. 295 et s., l'auteur semble préférer la notion de « but ». FABRE-MAGNAN (M.), *Introduction au droit*, Coll. Que sais-je ?, Paris : PUF, 2016, p. 84-100, sur l'axiologie juridique et les finalités du droit.

¹²¹⁶ *Id.*, p. 320 : « L'objet immédiat de la construction juridique est de rendre possible, et aussi fructueuse qu'il se peut, la vie en société. Un tel objectif n'est pas séparable d'une certaine acceptation de valeurs communes » ; BEAUDET (Ch.), *Introduction générale et historique à l'étude du droit*, Paris : Centre de publications universitaires, 1999, p. 73 : « On pourrait résumer schématiquement l'évolution des fins assignées au droit dans l'histoire de la façon suivante : la pensée antique fait prédominer l'intérêt collectif de la cité, la pensée médiévale et classique les ambitions morales, voire religieuses, la pensée libérale met en avant la protection des intérêts moraux et surtout matériels des individus, la pensée contemporaine un intérêt matériel social ».

¹²¹⁷ TERRÉ (F.) et MOLFESSIS (N.), *Introduction générale au droit*, Coll. Précis, 11^e éd., Paris : Dalloz, 2019, p. 88, n° 80.

philosophie du droit trouvent toute leur place¹²¹⁸, lorsqu'il s'agit pour l'État et l'ordre normatif de déterminer dans quels sens leur action se doit de porter¹²¹⁹. Aussi, des valeurs dites morales interviennent sur cette question, recherchant à départager le bien du mal, et ce en dépit de l'affirmation souvent avancée selon laquelle le droit ne traite pas avec cette morale¹²²⁰. D'ailleurs, on peut remarquer que la « valeur morale » est susceptible de venir contrarier des aspirations teintées de valeurs égoïstes et économiques¹²²¹. Ainsi dans le domaine nous intéressant, les valeurs, pouvant sembler justifier l'opportunité de protéger des valeurs économiques et les aspirations individualistes de ces agents, sont souvent confrontées à des réactions d'ordre moral s'insurgeant contre l'idée. Il ne serait pas moral de protéger juridiquement les conditions et l'issue d'une activité économique d'investissement dans la création, qui impliqueraient que le droit subjectif protecteur soit plutôt attribué au créateur économique, au détriment du créateur intellectuel. De surcroît, il pourrait ne pas apparaître d'une morale absolue de réserver privativement un résultat d'investissement, soumettant ainsi son accès par le public, dans une certaine mesure, à une autorisation monnayable. Les valeurs sociales auxquelles recourt le droit, pour fonder et finaliser son intervention, peuvent avoir des natures marchandes et non marchandes. Nous aurons l'occasion de remarquer que les valeurs qui, *a priori*, peuvent être qualifiées par nature de non marchandes, s'avèrent utilisées pour justifier des dispositions juridiques soutenant des processus économiques et commerciaux. Il convient aussi de souligner que, dans certaines cultures et civilisations, l'intérêt pécuniaire et l'attrait de l'argent ont parfois mauvaise presse. Dans le cadre de certains héritages historiques,

¹²¹⁸ Sur la philosophie du droit, cf. not. BATIFFOL (H.), *Problèmes de base de philosophie du droit*, *op. cit.* ; ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, *op. cit.* ; VILLEY (M.), *Philosophie du droit, Définitions et fins du droit, Les moyens du droit*, Paris : Dalloz, 2001 ; FRYDMAN (B.) et HAARSCHER (G.), *Philosophie du droit*, Coll. Connaissance du droit, 3^e éd., Paris : Dalloz, 2010 ; TROPPER (M.), *La philosophie du droit*, Coll. Que sais-je ?, 4^e éd., t. 857, Paris : PUF, 2015.

¹²¹⁹ Et ce, en dépit du principe de « neutralité axiologique » du droit. À cet égard, ce dernier peut se définir comme « médiation entre le juste et le sage », cf. en ce sens TERRÉ (F.) et MOLFESSIS (N.), *op. cit.*, p. 94, n° 86 et s. et p. 95, n° 88, sur l'insertion des valeurs dans le droit ; GHESTIN (J.), BARBIER (H.) et BERGÉ (J.-S.), *op. cit.*, p. 19, n° 12, envisageant le droit comme l'alliance entre « le juste et l'utile ».

¹²²⁰ FENOUILLET (D.), « Propos introductifs », in BUREAU (D.), DRUMMOND (F.) et FENOUILLET (D.) (dir.), *Droit et morale*, Coll. Thèmes & commentaires, Paris : Dalloz, 2011, p. 1 et s. ; et du même auteur, « Les valeurs morales », in Colloque « *Le nouveau discours contractuel* », RDC 2016, p. 589 et s. sur les valeurs dans le discours contractuel.

¹²²¹ BATIFFOL (H.), *Problèmes de base de philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 289 et s., spé. p. 295 et s. sur l'organisation de la satisfaction immédiate des intérêts égoïstes en opposition ; PÉRÈS (C.), « La morale et le droit patrimonial », in *Droit et morale*, *op. cit.*, p. 155, spé. p. 162, n° 5 et s., expliquant que les valeurs morales se trouvent potentiellement concurrencées par d'autres valeurs, et tout spécialement, p. 168, n° 11 et s., sur la morale concurrencée par l'efficacité économique : « *L'efficacité économique malmène la morale et conduit, lorsqu'elle l'emporte, à la reléguer à l'arrière plan. Le constat n'est pas nouveau. Il repose sur une idée simple, profondément ancrée dans notre tradition juridique, selon laquelle l'argent serrait immoral. La réprobation de l'usure en fournit une illustration historique saisissante* » ; GERMAIN (M.), « Morale et droit des affaires », in *Droit et morale*, *op. cit.*, p. 183 et s., spé. p. 185, n° 5, rappelant que la valeur morale n'est pas forcément toujours en opposition avec les valeurs économiques.

culturels et religieux, la recherche de profit économique souffre d'un manque de légitimité : elle est susceptible de se trouver confrontée à de hautes vertus morales¹²²². La recherche du lucre serait immorale. Elle exacerberait les égoïsmes des individus, reléguant ainsi les exigences altruistes de la vie en société¹²²³. L'idée de protection de l'investissement pourrait être confrontée à ce type de propos.

2) *L'examen particulier des valeurs justifiant la protection*

561. Intérêt particulier du recours aux valeurs sociales. Parmi les nombreuses valeurs sociales servant de fondement et de finalité à l'œuvre de l'ordre juridique, certaines, incontournables et invoquées de manière récurrente, méritent d'être ici développées. Il s'agit d'exposer en quoi elles nous permettent de vérifier la légitimité d'une protection de l'investissement économique dans la création par le droit de la propriété intellectuelle. Ainsi, nous nous intéresserons d'abord, à l'exemple de la valeur « justice » (1). Puis, nous envisagerons d'autres valeurs avancées en tant que finalité du droit¹²²⁴, et considérées comme intermédiaires (2).

a. *L'exemple fondamental de la valeur « justice »*

562. Définition sommaire de la valeur justice. Valeur primordiale au sein de l'ordre juridique¹²²⁵, la justice est considérée comme le fondement et la finalité de la vie en société, dont elle assure l'organisation¹²²⁶. Elle est un des objets de quête ultime de l'ordre juridique. L'exercice de définition n'est pas aisé et n'aboutit pas à un résultat unique. Évolutive, la notion fait l'objet de différentes conceptions¹²²⁷. Par exemple, elle peut renvoyer à l'idée de

¹²²² GHESTIN (J.), BARBIER (H.) et BERGÉ (J.-S.), *op. cit.*, p. 60, n° 79, évoquant « la réhabilitation du commerce, du progrès économique et du profit » ; sur la légitimation de la recherche de richesses, cf. not. DEMEULENAERE (P.), « La légitimation et la dénonciation de la recherche de l'argent dans la modernité », in *L'argent et le droit*, Coll. APD, t. 42, Paris : Sirey, 1998, p. 137.

¹²²³ GÉRARD (Ph.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Droit et intérêt*, vol. 2, *op. cit.*, spé. p. 15-16, n° 4.

¹²²⁴ Les fins du droit, rappelées de façon récurrente dans les œuvres doctrinales, tiennent aussi à la sécurité, l'ordre et le progrès, cf. not. VILLEY (M.), *op. cit.*, p. 132.

¹²²⁵ GRZEGORCZYK (Ch.), *op. cit.*, p. 267, rappelant que la justice « est traitée même comme valeur centrale du droit » ; BATIFFOL (H.), *Problèmes de base de philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 401 et s.

¹²²⁶ Dans son acception générale, le nom se définit comme un « principe moral impliquant la conformité de la rétribution avec le mérite, le respect de ce qui est conforme au droit », définition en ligne sur le site du CNRTL.

¹²²⁷ Aristote développe des définitions de la justice, not. dans ses *Éthiques*, spé. le livre V, *Éthique à Nicomaque*. À ce sujet, cf. not. GHESTIN (J.), BARBIER (H.) et BERGÉ (J.-S.), *op. cit.*, p. 33, n° 38 ; FABRE-MAGNAN (M.), *Introduction au droit*, *op. cit.*, p. 90 et s., exposant les deux conceptions de la justice particulière selon Aristote, aux côtés de la justice « générale » ; BATIFFOL (H.), *Problèmes de base de philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 394, spé. p. 401 et s., p. 404, évoquant les différentes acceptions de la notion de justice ; en tant qu'elle renvoie, d'une part, à l'idée d'« égalité de traitement » : « il ne faut pas traiter différemment

conformité, au sentiment d'équité, de justesse, d'égalité. Pour le moins, il semble que l'on puisse admettre que la justice, principe moral, renvoie à l'idée de « rendre à chacun ce qui lui revient », ou même qu'elle est atteinte lorsque l'on « donne à chacun ce qui est sien »¹²²⁸. Encore faut-il réussir à déterminer à partir de quelle règle, de quelle référence, l'opération se réalise¹²²⁹.

563. Double conception de la valeur justice : entre mérite et égalité, et entre égalité géométrique et égalité arithmétique. Les deux conceptions dominantes de la justice ont en commun de tendre à la recherche du « juste » dans la rétribution d'une activité, et le partage de son résultat. Il s'agit des conceptions distributive et commutative. Il faut alors évaluer les actions humaines et l'importance des intérêts qu'elles recouvrent, tantôt en fonction de leur *mérite*, tantôt en fonction d'un souci d'*égalité*. Ces critères renvoient tous deux à la notion de « juste » partage¹²³⁰. Pour partager de façon juste, faut-il donner une valeur *égale* à chacun, ou faut-il donner à chacun une valeur en proportion de son propre *mérite* ? Appliquée à notre sujet d'étude, la question est la suivante : *selon quelles règles de justice, et à qui, doit être attribuée la valeur que représente le résultat d'investissement et ses potentialités économiques ?* C'est effectivement poser la question de la juste répartition des biens et des richesses, selon les deux conceptions différentes de la justice¹²³¹. Nous recherchons la sécurisation de l'intérêt immédiat de l'investisseur, elle-même susceptible d'assurer, médiatement, les intérêts des tiers, au travers du dispositif de protection du droit de la propriété intellectuelle. Cette recherche tend vers l'atteinte d'un idéal de justice¹²³². En effet, il s'agit de d'assurer raisonnablement que la

ceux qui sont dans la même situation ». D'autre part, la justice peut également être exprimée de la façon suivante : « *Il est juste que l'homme méritant recueille le fruit de son effort. L'injuste est qu'il en soit privé, notamment au profit d'un autre* ».

¹²²⁸ Ces différentes définitions et expressions semblent pouvoir être rapprochées de celle de l'équité, laquelle inspire de nombreuses règles de droit. Elle peut avoir une fonction créatrice d'une règle, et également une fonction correctrice d'une loi générale, qui serait fondée sur la justice et qui, s'appliquant à la personne dont la situation est particulière, provoquerait un sentiment de justice. Une loi fondée sur l'équité permettrait alors de limiter cette injustice. Le terme est parfois présenté comme synonyme aussi, d'égalité. Sur les rapports entre droit et équité, cf. par exemple, TERRÉ (F.) et MOLFESSIS (N.), *op. cit.*, p. 69, n° 64. Dans les discours, cette notion est parfois préférée pour évoquer l'opportunité et la légitimité de la protection de l'investissement par la réservation de son résultat, source de la rentabilité recherchée et conditionnant l'incitation à cette opération, pour le bénéfice de l'intérêt général. En ce sens par exemple cf. LUCAS (A.), *La protection des créations industrielles abstraites*, *op. cit.*, spé., p. 21-22, n° 39-40, et plus précisément, p. 270-271, n° 418. Cf. égal. BOURGEOIS (M.), « La protection juridique de l'information confidentielle économique : étude de droits québécois et français », *RIDC* janv.-mars 1988, vol. 40, p. 113 et s., spé. n° 36, p. 132-133.

¹²²⁹ FRYDMAN (B.) et HAARSCHER (G.), *op. cit.*, sur la justice, et la recherche du critère permettant de déterminer ce qui revient à chacun, référant à la notion de « *justice formelle* », p. 10-11, et évoquant les critères du mérite et de l'égalité, p. 11-12.

¹²³⁰ GHESTIN (J.), BARBIER (H.) et BERGÉ (J.-S.), *op. cit.*, p. 27, n° 27 et s., p. 31, n° 34 et s., spé. p. 31, n° 35 et s., précisant la notion de justice par référence à la philosophie gréco-latine et à la morale judéo-chrétienne.

¹²³¹ GRZEGORCZYK (Ch.), *op. cit.*, p. 268.

¹²³² ATIAS (Ch.) et LINOTTE (D.), *loc. cit.*, spé. p. 256, évoquant « *ce sentiment du juste qui doit demeurer le premier conseiller de l'Homme de droit* ».

préservation des intérêts immédiats de l'investisseur ne néglige pas la préservation des intérêts des tiers¹²³³.

564. Le « juste » en question dans la protection objective et subjective de l'investissement. Nous rechercherons s'il est possible de considérer qu'il est « juste » de protéger l'investissement, d'une part, en assurant la réservation privative de son résultat, plutôt que de laisser libre sa jouissance économique et intellectuelle par les tiers, simples utilisateur ou concurrent. Il s'agit alors d'envisager l'aspect *objectif* de la protection de l'investissement. D'autre part, nous rechercherons s'il est « juste » d'en attribuer le droit de réservation à l'investisseur économique, plutôt qu'à l'investisseur intellectuel, lorsque ce résultat réservé est le fruit d'investissements combinés de différentes natures. Il s'agira alors d'envisager l'aspect *subjectif* de la protection de l'investissement. Nous apporterons des réponses aux questions en appliquant à la situation les deux conceptions dominantes de la justice¹²³⁴. Elles sont susceptibles de diverger en fonction de la conception mise en œuvre¹²³⁵. Dans la recherche d'équilibre entre les intérêts concernés¹²³⁶, il est possible de soumettre la protection de l'investissement à l'application d'une justice *distributive* (i), ainsi qu'à celle d'une justice *commutative* (ii).

- i. La justice *distributive* appliquée à la protection de l'investissement

565. Justice distributive et traitement de la répartition de la valeur en référence au mérite. L'application d'une justice distributive à une situation permet de trancher des conflits existants au sujet d'une problématique de répartition par exemple des valeurs, biens, droits, et richesses entre des individus. La justice distributive opère une forme de discrimination – négative - entre des intérêts¹²³⁷. En effet, elle opère la répartition en fonction des mérites de chacun, en étant guidée par la proportionnalité¹²³⁸. Ce faisant, et indirectement, la justice distributive cherche à atteindre un équilibre dans le traitement des intérêts respectifs des individus. L'enjeu est de traiter des conflits entre intérêts considérés comme similaires ou

¹²³³ FRYDMAN (B.) et HAARSCHER (G.), *op. cit.*, 3^e éd., p. 9 et s., selon lesquels « la question de la justice se pose de la façon suivante : comment distribuer de façon raisonnable les avantages et charges inévitables de la vie en société ? » ; BOURGEOIS (M.), *loc. cit.*, p. 133, n° 36.

¹²³⁴ TERRÉ (F.) et MOLFESSIS (N.), *op. cit.*, sur la distinction entre justice commutative et justice distributive d'après Aristote, p. 68, n° 62.

¹²³⁵ À l'occasion, il s'agira de garder à l'esprit que cette justice commande souvent que des situations similaires soient traitées de façons égales ; tandis que des situations différentes ne doivent pas être traitées de façons égales.

¹²³⁶ GAUTIER (P.-Y.), « Pour ou contre la propriété intellectuelle : propos introductifs », *loc. cit.*, p. 23 : « Le droit c'est la justice, et la justice c'est l'équilibre entre les intérêts des uns et des autres ».

¹²³⁷ La justice est alors déterminée en fonction d'une « égalité géométrique ».

¹²³⁸ ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 216 et s., sur la « distinction du juste et de l'injuste » ; FRYDMAN (B.) et HAARSCHER (G.), *op. cit.*, 3^e éd., p. 14, sur la justice et la question du mérite.

équivalents, créant ainsi une forme de solution par la priorisation et la hiérarchisation. Une telle perspective implique préalablement l'exercice d'un choix. Il est nécessaire de s'interroger sur le critère permettant de déterminer quel intérêt est le plus légitime, le plus méritant, à recevoir la protection. Il n'est pas aisé d'y apporter une réponse univoque¹²³⁹. Nous interrogeons néanmoins l'opportunité de déterminer le critère du mérite au regard de la notion de « risque » d'investissement. Dans le domaine du droit de la propriété intellectuelle, les droits subjectifs de réservation sur un résultat d'investissement accordés le sont, dit-on, en vue d'attribuer une récompense à la personne qui le crée et le diffuse. Un lien avec le critère du mérite peut être établi¹²⁴⁰. Une justice distributive commanderait donc l'octroi d'un droit de propriété intellectuelle. Encore faut-il réussir à départager les mérites de chacun des acteurs œuvrant dans les processus de conception, de diffusion, et d'exploitation de ce résultat d'investissement. Si on arrive à percevoir aisément quels peuvent être les mérites respectifs des investisseurs intellectuel et économique, force est de reconnaître qu'il n'est pas évident d'identifier celui du public et des utilisateurs potentiels du résultat d'investissement. Il nous semble que le degré de mérite, pour chacune des interventions individuelles dans ces processus, doit être recherché au travers de leur part à la contribution dans le bénéfice collectif pouvant être retiré de l'existence et de l'usage de ces résultats d'investissements. Aussi, le degré de mérite pourrait être évalué en référence à la notion de *risque* pris par ces différents acteurs de la création.

566. Justice distributive et protection objective de l'investissement. *L'investisseur dans la conception et l'exploitation d'un résultat d'investissement mérite-t-il plus d'obtenir la réservation de ses utilités, que ne mérite le public d'en jouir directement en y ayant un libre accès, et donc sans avoir à acquitter de contrepartie ?* Dans la perspective de la protection objective de l'investissement, la question plus précise qui se pose est celle de déterminer ce qui justifie qu'une information, une idée, une valeur, puisse être réservée au bénéfice de quelqu'un, allant ainsi à l'encontre du principe de liberté régnant en la matière. Peut-on trouver une réponse à cette question à partir de la justice dite, *distributive* ? S'agissant du mérite du public et des utilisateurs potentiellement intéressés par l'accès à des résultats d'investissement, il n'est pas aisé de se représenter en quoi il consiste. Il est sans doute utile de se référer à la dynamique posant le principe, dans une certaine mesure, de libre accès et libre usage des résultats d'investissements. Il est ainsi possible de convoquer l'existence du « domaine public », ou

¹²³⁹ Il convient certainement de s'en remettre à d'autres valeurs plus opératoires.

¹²⁴⁰ GHESTIN (J.), BARBIER (H.) et BERGÉ (J.-S.), *op. cit.*, p. 221 et s., n° 284 et s., sur l'inégalité légitime comme élément de base des droits subjectifs, spé. n° 285, et p. 224, « *Les titulaires de droits bénéficient d'avantages à raison de leurs mérites propres [...]* ».

même du principe selon lequel « les idées sont de libre parcours », n'appartenant à personne, mais à tous. Ceux-ci se justifient en effet par la nécessité de satisfaire une forme de justice permettant à chaque personne de pouvoir accéder dans certaines limites, aux objets du progrès. Existe-t-il des inégalités légitimes qui permettraient de considérer comme juste la priorité de la protection de l'investisseur plutôt que celle du public ? Vis-à-vis de l'intérêt du public, nous pouvons raisonnablement considérer qu'il pourrait tout de même se trouver protégé, mais de façon plus indirecte, à plus long terme. Le propos vaut à condition que l'intérêt général soit garanti. Une réponse à retenir peut résider dans la considération selon laquelle, d'après une justice distributive, il est juste de conférer un droit de réservation au bénéfice du concepteur investisseur dans l'existence du résultat d'investissement, car il est méritant. En effet, même si l'octroi à son égard de la titularité d'un droit de réservation sur le résultat de son investissement lui ouvre la perspective d'une rentabilité assurée de son activité, il n'en demeure pas moins que son action est nécessaire pour que la société puisse jouir, *in fine*, de cet objet. Le droit de réservation, ainsi octroyé sur le motif du mérite de l'investisseur à la création, se justifie comme une récompense de son mérite consistant à mettre en œuvre une opération risquée, dans une perspective d'incitation¹²⁴¹. Il nous semble en définitive que l'investisseur a un plus grand mérite à voir le résultat d'investissement réservé à son avantage, sur le motif du risque pris. S'il fallait évaluer le mérite de chaque catégorie d'intérêts en conflit sur ces questions, à partir de l'idée du risque, il faudrait considérer que le mérite du public, à accéder librement au résultat d'investissement, est inférieur à celui de l'investisseur. À tout le moins, il ne s'agit pas tant d'évaluation du mérite en termes de degrés, que de nature. Le public ne prend pas de risque analogue à celui de l'investisseur, si ce n'est celui de ne pas pouvoir accéder au résultat d'investissement dans le cas où celui-ci ne serait pas produit. Ainsi, dans une perspective incitative, il est plus judicieux de faire prévaloir de façon prioritaire la réservation au bénéfice de l'investisseur, sur l'accès libre du public¹²⁴².

567. Justice distributive et protection subjective de l'investissement. *Est-il juste, en référence au mérite, de réserver un résultat d'investissement, au profit de l'investisseur économique, plutôt qu'au bénéfice de l'investisseur intellectuel, lorsqu'il procède d'une*

¹²⁴¹ Nous pourrions d'ailleurs ici identifier un paradoxe dans cette affirmation, en matière de droit d'auteur, au regard de la condition négative de protection de l'œuvre de l'esprit, selon l'indifférence du mérite, cf. art. L112-1 CPI.

¹²⁴² En effet, sans investissement protégé, la société et le public se trouvent potentiellement privés des résultats d'investissements, véhicule du progrès. Il est à ce titre certainement utile de mentionner l'existence de prétentions dont peut se prévaloir le public, à accéder au résultat d'investissement. Le droit de la propriété intellectuelle y répond spécialement au travers de systèmes d'exceptions dans la plupart des régimes de propriétés intellectuelles, ainsi que par la durée limitée de certaines des prérogatives instituées. Il s'agit alors de réintroduire une forme de justice corrective.

combinaison d'investissements de différentes natures ? Pour répondre à cette question, il convient de référencer quels sont les mérites de ces deux acteurs, créateur intellectuel et créateur économique, que nous qualifions tous deux d'investisseurs. Il s'agit préalablement de déterminer à partir de quelle référence il est possible d'évaluer chacun des mérites en jeu. Le critère du mérite dans la question de la rétribution des actions aboutissant à la production de résultats d'investissement peut se révéler, ici aussi, sous les traits du risque pris. Les mérites de chacun des acteurs pourraient-ils être ordonnés dans une hiérarchie qui permettra de répondre aux questions soulevées ? Ces questions posent difficultés, car si certains aspects des activités de ces investisseurs peuvent être assimilés, ils sont aussi et souvent, de nature différente. Les mérites en jeu ne sont pas absolument analogues. Le mérite de l'investisseur économique consisterait ainsi principalement en une prise de risque de perte d'argent, se manifestant par un non-retour sur investissement. Quant à celui de l'investisseur intellectuel, la réponse s'avère incertaine, tant le sujet semble ressortir de dimensions assez philosophiques. Le mérite de l'investisseur intellectuel consisterait-il ainsi en un risque de perte de temps, en un risque d'absence de notoriété, voire même de perte de chance de notoriété ? Le mérite de cet acteur renvoie-t-il à ce qu'il permet de faire naître au bénéfice de la société ? Cela est tout à fait envisageable. Il faut toutefois nuancer le propos et rappeler que le créateur intellectuel n'a pas nécessairement qu'un mobile vocationnel, mais aussi souvent alimentaire. Il se peut tout à fait qu'en contrepartie d'un apport intellectuel et humain à la création, il attende un retour qui soit, lui aussi, économique. Le mérite du créateur intellectuel est-il plus noble que celui du créateur économique ? Dans cette perspective, le critère du mérite pourrait par exemple renvoyer à la « noblesse » de l'acte de cet investisseur. S'agit-il, par le droit de réservation octroyé, de rétribuer une activité vocationnelle et humaniste, personnaliste ? Ce n'est pas forcément le cas. La création née d'une relation de subordination juridique ou économique n'est pas nécessairement le fait d'un humanisme créateur, mais peut aussi être la résultante des missions confiées par l'investisseur économique dans le cadre d'un contrat. Le droit subjectif de réservation octroyé serait-il alors la traduction de la prise en compte de l'intérêt de la personne la plus méritante, qui se manifesterait comme une récompense des risques pris ? Peut-on cependant réellement opérer une gradation dans l'ordre des mérites ? La question est délicate. Une réponse peut sûrement être trouvée en référence à l'objectif commun ou différent, poursuivi par chacun de ses investisseurs, dont la nature des apports engagés et des retours attendus est potentiellement divergente. Nous sommes encline à adhérer à l'idée selon laquelle le plus méritant est celui dont l'action est susceptible d'apporter le plus large bien-être en société. Déterminer qui est le plus méritant peut sembler éminemment arbitraire, si tout le

monde n'est pas d'accord sur le critère opérationnel qui permet d'évaluer le mérite, si tant est qu'il puisse effectivement en exister un. Tel est le drame se jouant dans le sujet et la matière¹²⁴³. Pour appuyer la légitimité de l'attribution d'un droit de réservation sur le résultat d'investissement au bénéfice prioritaire de l'investisseur économique, nous nous référons volontiers à l'idée selon laquelle « là où se trouve la charge, là doit se trouver le profit ». Dans ce schéma de production d'un résultat d'investissement par des apports combinés, l'investisseur économique tend la plupart du temps à prendre en charge le risque financier. Dès lors, il y a tout lieu de croire qu'il est plus juste que le droit de réservation lui revienne, spécialement dans une démarche incitative¹²⁴⁴.

568. Conclusion intermédiaire sur l'application de la justice *distributive*. Nous ne saurions *ipso facto* arbitrer avec autorité entre l'intérêt de l'investisseur économique et celui de l'investisseur intellectuel, dès lors que leurs mérites ne sont pas de même nature. Il convient alors certainement de s'en remettre à l'utilité de leurs actions respectives. Afin de déterminer qui est le plus méritant à la réservation et à la titularité du droit, peut-être faut-il s'en remettre à la recherche du juste par *l'utilité*¹²⁴⁵. Le critère du juste à retenir dans notre sujet ne devrait-il pas tout simplement être celui de l'utilité découlant d'une prise de risque ? Quelle action est la plus utile, auquel cas, est-ce qu'elle doit être privilégiée en recevant une protection ? En réalité, les deux opérations de natures différentes sont utiles pour faire émerger le résultat d'investissements combinés. Mais, selon une logique économique normale, le droit doit revenir à l'investisseur économique, dans une perspective incitatrice, justifiée par le besoin d'en faire profiter le public, tant il est vrai aujourd'hui, qu'une myriade d'objets du progrès est le fruit d'investissements financiers risqués, mais indispensables.

¹²⁴³ Le dilemme est lié à l'existence de différentes conceptions et fonctions du droit de la propriété intellectuelle et de ses limites. Il existe des désaccords sur la nature du critère, de la qualité, et de la quantité du mérite. Au critère de l'intellect, s'oppose le critère du financier/économique. L'effort économique serait-il donc plus digne que l'effort intellectuel ? Une idée de justice commutative commanderait sûrement que ces efforts doivent être traités à égalité...sauf à ce qu'une instance légitime décide d'un ordre de hiérarchie entre eux, en adoptant le point de vue d'une justice distributive. Il s'agira alors de trancher par une règle, pour éviter les conflits et traiter ceux qui persisteront.

¹²⁴⁴ Or, une telle solution ne semblerait pas juste pour l'intérêt de l'investisseur intellectuel qui se trouverait privé de l'exercice, dans certaines limites, du droit patrimonial. L'investisseur économique recherche la titularité d'un droit de réservation sur son résultat d'investissement dans une perspective de rentabilité économique et financière. L'investisseur intellectuel peut également poursuivre un objectif de rétribution et de reconnaissance de son apport, soit pour en vivre matériellement, soit pour acquérir une notoriété, ou le respect de son travail. Dans certains régimes de propriété intellectuelle, il lui reste pourtant, parfois, la titularité et l'exercice du droit moral.

¹²⁴⁵ Sur les liens entre le juste et l'utile vers la conciliation, contribuant même à la définition du « droit objectif », cf. GUESTIN (J.), BARBIER (H.) et BERGÉ (J.-S.), *op. cit.*, p. 19, n° 12.

ii. La justice *commutative* appliquée à la protection de l'investissement

569. Justice commutative et traitement de la répartition de la valeur en référence à l'égalité. La justice commutative oriente la répartition des droits et des valeurs en fonction d'une égalité de type *arithmétique*. Il s'agit de déterminer une proportion dans le partage et l'échange des valeurs¹²⁴⁶. Dans le sujet qui nous intéresse, il s'agit de partager et/ou d'échanger une valeur, le résultat d'investissement ainsi que ses fruits, notamment par le véhicule d'un droit de réservation. Avec la justice *commutative*, la répartition de la valeur, représentée par le résultat d'investissement et ses potentialités économiques, ne s'opère plus selon une idée de rétribution des actes et risques pris par chacun pour le faire apparaître et en assurer la diffusion. Elle s'opère ici en fonction du partage et des échanges qui peut et doit en être fait, en considération d'un critère *d'égalité*. Il s'agit d'appréhender plus précisément cette valeur, comme une valeur d'usage ou une valeur d'échange. Ainsi doit-on s'interroger sur la question de savoir si la juste protection de l'investissement, objective et subjective, peut et doit s'appuyer sur le critère de *l'égalité stricte* dans le partage et dans l'échange¹²⁴⁷. On peut également s'interroger sur l'opportunité d'application d'une justice commutative, n'impliquant pas la définition d'un rapport égalitaire *a priori*, mais l'insertion de mesures de type correctrices. Nous démontrerons ainsi que la justice commutative peut trouver des applications *a priori*, ou *a posteriori*. Avant de traiter plus précisément les formes que peut recouvrir l'application de la justice commutative, il convient de rappeler sommairement de quelles façons se manifestent les partages et échanges de cette valeur entre les différents intérêts concernés.

570. Les partages et échanges entre l'investisseur et le public : la justice commutative dans la protection objective. Une approche de la justice commutative commande que le partage de la valeur que représente le résultat d'investissements soit fait à « égalité ». L'affirmation s'ouvre sur l'idée d'un accès libre au résultat d'investissement, tant par son ou ses auteurs, que par le public, qu'il soit simple utilisateur ou concurrent. Or, dans la dynamique de la réservation recherchée par l'investisseur, on en vient à l'idée d'un échange. L'accès du public au résultat d'investissement est autorisé en contrepartie du versement d'un moyen permettant la naissance et la perception d'un retour sur investissement attendu par l'investisseur titulaire du droit. *Est-il juste que le public ait à payer une contrepartie pour l'accès, alors que selon une idée de justice*

¹²⁴⁶ C'est dans l'altérité que le sentiment, la valeur du juste, ou de l'injuste, s'accomplit. Ce sentiment naît dans le cadre d'un objectif de « partage », auquel peut être assorti l'idée d'« échange ».

¹²⁴⁷ TERRÉ (F.) et MOLFESSIS (N.), *op. cit.*, p. 68, n° 62 : « Pour qui s'attache à la justice commutative, il convient, par une appréciation objective des produits et des services échangés entre les hommes, d'assurer autant qu'il est possible une égalité mathématique ».

commutative, public et investisseur devraient partager à égalité stricte cette valeur ? Assurément, non. Pourtant, la réservation, qui procède d'une justification par la justice distributive pouvant être subie comme une injustice par le public, peut trouver une contrepartie dans le recours à la réintroduction d'une justice *corrective*. Cette dernière assure ainsi une forme de rééquilibrage dans le partage et les échanges, par le biais de mesures exceptionnelles. Celles-ci permettent au public d'accéder plus facilement au résultat d'investissement, dans une perspective de conciliation des intérêts¹²⁴⁸.

571. Les partages et échanges entre investisseurs économique et intellectuel : la justice commutative dans la protection subjective. À nouveau, cette même approche de la justice commutative commande que le partage de la valeur du résultat d'investissements combinés soit réalisé, à stricte égalité de parts, entre l'investisseur économique et l'investisseur intellectuel. Or, la problématique réside dans le fait que les apports de ces deux investisseurs ne sont pas de même nature. Une idée de justice implique alors qu'il faille traiter différemment des situations différentes¹²⁴⁹. Le postulat d'un partage égalitaire nous semble donc ici affaibli dans sa justification. L'application d'une justice distributive est restaurée dans l'opportunité de son application. L'exigence de rentabilité des investissements commande en effet que la valeur et le droit de réservation soient attribués à l'investisseur économique, pour des motifs déjà évoqués¹²⁵⁰. *Est-il juste que l'investisseur économique soit titulaire du droit de réservation sur le résultat d'investissements combinés, alors qu'une justice commutative commande le partage à égalité de cette réservation du résultat et des fruits de son exploitation ?* Assurément, non. A ce titre, une justice commutative trouverait à nouveau à s'appliquer, afin de restaurer un équilibre. Il s'agit donc de permettre à l'investisseur intellectuel de prétendre, *a posteriori*, à la récupération d'une part du fruit de son apport¹²⁵¹.

572. Appréhension de deux aspects de la justice commutative et hypothèse d'applications aux protections objective et subjective de l'investissement. La justice commutative repose sur l'idée qu'il s'agit d'assurer les partages et les échanges d'une valeur

¹²⁴⁸ À titre d'illustration, il est opportun de référer à l'existence de limites et exceptions au droit de réservation. Il en va également de ce rôle, s'agissant de la durée limitée du droit de réservation, attachée à la plupart des régimes de droits de propriété intellectuelle. On pourrait également mentionner l'existence d'un « domaine public ». De même, l'existence de conditions matérielles de protection privative par ces régimes, permet d'exclure un certain nombre de résultats d'investissement de la réservation, afin que le public puisse en jouir sans entrave. Enfin, et surtout, on peut rappeler que philosophiquement, les thèses contractualiste et utilitariste avancées au titre de la justification des différents régimes de propriété intellectuelle, impliquent que le résultat d'investissement puisse être réservé privativement, en contrepartie d'une obligation de divulgation de celui-ci au public, et d'exploitation.

¹²⁴⁹ BERGEL (J.-L.), « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, p. 255.

¹²⁵⁰ Cf. *supra*, n° 218 et s. et 251 et s.

¹²⁵¹ Ainsi s'interprète, voire se justifie, la rémunération proportionnelle ou forfaitaire, voire même l'« indemnité d'éviction », attribuées à cet autre investisseur, dans les différents régimes de propriétés intellectuelles.

selon une « stricte » égalité. Il s'agit de parvenir à l'équilibre entre les deux entrées d'un rapport. Nous ne nous intéresserons cependant pas, tant à la rigueur de la notion d'égalité, qu'à celle de l'équivalence, qui nous paraît plus souple dans la recherche de conciliation des intérêts en jeu. Dans la dimension commutative, la justice est la recherche d'un juste milieu. Elle est évocatrice de l'idée de conciliation, voire de compromis. Nos recherches sur la notion de justice, selon une égalité arithmétique –commutative, nous conduisent ainsi à en dégager deux variantes, qu'il nous semble judicieux d'appliquer aux problématiques de légitimité des protections objective et subjective de l'investissement. L'identification des traits du partage et des échanges entre les différents acteurs de la création, en référence à la justice commutative, nous invite à analyser cette dernière sous l'angle de deux aspects dont les applications peuvent faire varier les solutions. En effet, afin d'apporter des réponses justes à nos recherches, nous pensons qu'il est possible d'analyser l'application de la justice commutative sous deux aspects : d'une part, une justice commutative « immédiate », ou « *a priori* », entendue dans le sens d'une stricte égalité établie d'emblée ; d'autre part, une justice commutative, entendue davantage comme « corrective » ou « réparatrice », c'est-à-dire appliquée « *a posteriori* » ou de façon « dérivée ». Il ressort de cette distinction que la solution dans le partage et les échanges, d'après une idée d'égalité, n'aboutit pas à un même résultat selon la conception de la justice commutative qui sera appliquée. À vrai dire, cette distinction repose sur le moment auquel on applique le concept.

573. La justice commutative appliquée *a priori*. L'application de la justice commutative aux questions de la protection de l'investissement dans ses volets objectif et subjectif, de façon *immédiate*, selon une idée de *stricte égalité*, aboutit à assurer des partages et des échanges équivalents du résultat d'investissements et de ses perspectives de rentabilité. Les partages et échanges interviennent entre les investisseurs, certes entre eux, mais aussi entre eux et le public utilisateur ou concurrent. Or, une telle hypothèse d'application d'une justice procédant d'une solution strictement et objectivement égalitaire, par raccourcis, aurait pour effet de dissuader de ne pas investir dans la création. Cela serait, dans une logique d'incitation économique, priver la société de la richesse et des jouissances que cet investissement permet et implique. Ce faisant, l'application du concept égalitaire de la justice serait vécue comme injuste pour tous (*sic*). Cette hypothèse nous avait déjà permis de justifier une préférence pour une application distributive de la justice¹²⁵². Pour autant, l'application distributive de la justice dans les deux aspects de notre objectif ne doit pas être vécue comme une fatalité. Une forme de la justice *commutative*,

¹²⁵² Cf. *supra*, n° 568.

la justice *corrective* ou *réparatrice* – est apte à venir recréer, *a posteriori*, les conditions de l'équilibre dans le partage et l'échange.

574. La justice commutative appliquée *a posteriori*. Si la justice commutative commande *a priori* un partage et un échange de valeur en référence à une égalité arithmétique, il n'est pas nécessaire qu'elle ait toujours à s'appliquer d'emblée, de manière stricte. En effet, le recours primitif à des solutions de justice distributive, pour fonder et légitimer la protection objective et subjective de l'investissement, peut tout à fait, et fort heureusement, laisser place à l'application d'une justice dites « corrective » ou « réparatrice ». Celle-ci intervient alors de façon « *a posteriori* », par « dérivation ». Il s'agira de convoquer une fonction restauratrice de la justice, afin de rééquilibrer artificiellement les conséquences d'une lésion délibérément provoquée ou du moins, entérinée. Dans notre sujet, l'application de cette justice corrective permettra de rééquilibrer les partages et échanges, lorsqu'un résultat d'investissements aura fait l'objet d'une décision de réservation privative, potentiellement au détriment de la satisfaction immédiate des intérêts du public¹²⁵³. De même, elle le permettra, lorsque le droit de réservation sur cet objet sera attribué plutôt à l'investisseur économique, au potentiel détriment de l'investisseur intellectuel¹²⁵⁴. Ces deux hypothèses, tenant aux choix de la réservation et de l'identité du titulaire du droit de réservation, peuvent en effet être vécues par les tiers à l'investisseur économique, comme dommageables¹²⁵⁵. L'introduction d'une justice commutative « dérivée » permettra ainsi de réparer la situation dommageable.

b. Les autres valeurs susceptibles de justifier la protection

575. Des valeurs intermédiaires incontournables. La recherche des arguments de justification de la protection sous le seul prisme de la valeur justice serait menée de manière

¹²⁵³ Ce processus est déjà à l'œuvre, et renvoie souvent aux fondements mêmes de la discipline. Il s'agit donc de corriger des inégalités objectives, en donnant des contreparties visant à assurer un rééquilibrage dans la satisfaction des intérêts de chacun. Le droit de la propriété intellectuelle, pour ce faire, a su se doter de nombreux outils. Il suffit de songer aux régimes des exceptions ou des limites matérielles et temporelles des prérogatives.

¹²⁵⁴ L'équilibre peut être restauré à partir de nombreux outils déjà à l'œuvre en la matière. Nous raisonnons ici spécialement à partir des règles de titularité du droit d'auteur. Les outils en question se manifestent par exemple par l'exigence d'une « contrepartie », notamment, à une cession (cf. art. L131-4 CPI), soit-elle explicite ou présumée, ou une dévolution des droits (ainsi en va-t-il aussi en matière d'inventions de mission ou d'invention hors-mission attribuable, cf. art L611-7 CPI ; tel n'est en revanche pas le cas pour les auteurs salariés de logiciels, cf. art. L613-9 CPI). Dans ces hypothèses, la contrepartie conférée doit idéalement être regardée et calculée comme l'exacte valeur de ce qui a été donné en partage ou en échange. C'est à cette condition que l'équilibre égalitaire est rétabli, et que la justice commutative est atteinte. Il est également judicieux de s'interroger sur la vocation des droits moraux à constituer une mesure de rééquilibrage offerte au créateur intellectuel, lorsque la réalisation de l'œuvre dans un lien de dépendance implique l'attribution des droits patrimoniaux au créateur économique.

¹²⁵⁵ FABRE-MAGNAN (M.), *Introduction au droit*, op. cit., p. 90 et s., sur la notion de justice « commutative », et ses acceptions réparatrice ou corrective.

incomplète. D'autres valeurs sociales sont en effet portées par le droit, lequel en fait ses objectifs. Ainsi, il convient d'évoquer les valeurs jugées intermédiaires que sont l'ordre et la sécurité - juridique et matérielle (i), ainsi que le progrès (ii). Leur examen démontre que chacune, à sa manière, offre des arguments utiles à la démonstration de la justification et de la légitimité de la protection nous intéressant.

i. L'ordre et la sécurité

576. La valeur « ordre ». *En quoi la valeur sociale d'« ordre » contribue-t-elle à justifier la protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle ?* La définition de la notion d'« ordre », en tant que valeur sociale poursuivie par le système juridique, oriente sur le terrain des fonctions qu'elle assume. Il existe une ambivalence des entrées de la notion dans les discours juridiques¹²⁵⁶. Elle recouvre plusieurs sens et reçoit des applications variées. L'idée d'ordre est régulièrement traduite sous la forme d'autres vocables ou expressions juridiques¹²⁵⁷. Elle est appréhendée comme la valeur, la finalité ultime de l'intervention du droit, parfois même devant celle de la justice¹²⁵⁸. Elle apparaît en effet très souvent comme la valeur primordiale surplombant les autres, car elle en serait la condition de leur réalisation. Nul progrès social, nulle justice sans ordre. L'intérêt du recours à la notion réside dans l'idée d'organisation qu'elle traduit. L'ordre évoque l'organisation pensée des interactions entre les individus, dans un but pacifique, l'agencement réfléchi des actions des individus, afin d'éviter le conflit entre intérêts. Il serait ainsi la résultante d'un processus d'agencement entre les intérêts par arbitrage, tendant à éviter les conflits. Il renvoie également à l'alignement entre les normes donnant une logique et une cohérence : ainsi parle-t-on d'« ordre juridique ». Néanmoins, c'est surtout l'idée d'un alignement des comportements des justiciables sur la norme juridique édictée afin d'assurer l'ordre, qui nous intéresse davantage.

¹²⁵⁶ L'on songe ainsi à l'ordre social, puis à l'ordre public, à l'ordre juridique, à l'ordre économique, à l'ordre d'un corps professionnel, ... La défense de l'ordre public en droit de la propriété intellectuelle est une réalité transparaissant dans l'existence, au sein de nombre de régimes, dans les conditions de naissance et de validité des droits. La valeur d'ordre, défendue en matière de propriété intellectuelle, a d'ailleurs une origine historique. Il a pu être relevé une fonction de surveillance politique et de punition dans la création des privilèges sous l'Ancien régime, afin de garantir l'ordre de l'État et la mainmise du Roi. À ce sujet, cf. spé. BUYDENS (M.), « Introduction, l'intérêt général, une notion protéiforme », in BUYDENS (M.) et DUSOLLIER (S.) (dir.), *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, Bruxelles : Bruylant, 2008, p. 1, spé. p. 16-17.

¹²⁵⁷ Sur la notion d'ordre et ses liens avec la sécurité juridique et matérielle, cf. PIAZZON (Th.), *La sécurité juridique*, Coll. Doctorat & Notariat, t. 35, Paris : Defrénois, 2009, p. 3, note n° 22 ; la notion peut être rapprochée, certainement, de façon synonyme, de celle de « cohésion sociale », sur cette dernière, cf. GRZEGORCZYK (Ch.), *op. cit.*, p. 267, considérant d'ailleurs que la cohésion sociale, « valeur collective suprême », « implique deux valeurs dérivées : l'une qu'on appelle traditionnellement la sécurité [...] et l'autre qu'on appelle la justice ».

¹²⁵⁸ GUESTIN (J.), BARBIER (H.) et BERGÉ (J.-S.), *op. cit.*, p. 19, n° 15, avançant que « la fonction première du droit [est] de faire régner l'ordre dans la société », et sur l'ordre social comme finalité du droit, reconnaissant son utilité essentielle, cf. p. 27, n° 26.

577. L'ordre appliqué au champ des activités économiques. La notion d'ordre, peut elle-même, renvoyer aux notions de *morale* et de *loyauté* des comportements des individus en société. Ainsi, les règles juridiques visant à assurer un ordre dans la société prennent la forme de prescription commandant aux individus d'emprunter des comportements moraux et loyaux. Cette exigence se traduit dans bien des domaines, tel celui des relations sur le terrain de l'économie. L'économie et le marché, dans leurs fonctionnements, sont gouvernés par une règle de libre concurrence. Ce marché, en tant qu'organisation des rapports entre agents économiques, implique l'ordre. Or, les interactions sur le marché peuvent être accomplies sans égard à la morale, ni à la loyauté. Il convient donc de recourir à une forme de sanction afin de les faire respecter, au travers d'une réglementation juridique, fondée sur la notion d'ordre¹²⁵⁹.

578. L'ordre appliqué aux activités d'investissements immatériels. Dans le schéma économique du processus d'investissement dans la création immatérielle, les comportements des tiers ne sont pas toujours moraux, ni loyaux. Il est ici possible de songer, en forçant un peu le trait, aux actes de pillages malhonnêtes des résultats d'investissements et au détournement des profits escomptés de leur valorisation. Le traitement juridique de la situation se traduit ainsi par l'intervention de l'ordre juridique instituant des monopoles, modes de réservations, dont la méconnaissance sera sanctionnée. Ce faisant, l'ordre se trouve respecté sous la forme de la répression et/ou du commandement de la réparation, et surtout sur le mode de la dissuasion et de la prévention. En tant que valeur sociale visant à s'assurer de la réalisation pacifique des intérêts matériels des individus, l'ordre est donc un facteur environnemental permettant à l'opération d'investissement de s'accomplir dans toutes ses composantes, en pourchassant les manifestations du risque d'investissement. La protection de l'investissement, particulièrement par les droits de propriété intellectuelle, lorsqu'il s'agit d'investissement dans la création immatérielle, est justifiée par le souci d'établir l'ordre. Conjugué à la justice, cet objectif d'ordre révèle des enjeux tenant à la nécessité d'offrir aux agents économiques une situation plus ou moins sécuritaire de leurs intérêts. Il s'agit alors de sécuriser des intérêts matériels individuels, profitable *in fine* à toute la société, en assurant une forme de sécurité dans l'ordre social.

579. La valeur « sécurité ». *En quoi la valeur sociale de « sécurité » justifie-t-elle la protection ?* L'enjeu de l'intervention des règles de droit est de permettre la réalisation pacifique des intérêts matériels, en l'entourant de sécurité¹²⁶⁰, c'est-à-dire en garantissant

¹²⁵⁹ Cf. LE TOURNEAU (Ph.), *Le parasitisme*, op. cit., p. 270, n° 365.

¹²⁶⁰ Sur la sécurité comme fin du droit, cf. BATIFFOL (H.), *Problèmes de base de philosophie du droit*, op. cit., p. 394 et s. ; ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 318 et s. ; DEMOGUE (R.), *Les notions*

l'absence de danger. À ce titre le lien peut aisément être établi avec la notion d'ordre. Dans l'univers juridique, la sécurité peut être appliquée de deux manières. Sont visées la sécurité juridique et/ou la sécurité matérielle¹²⁶¹. Ces deux types de sécurité entretiennent un lien certain. En effet, « la frontière entre la sécurité perçue comme une finalité du droit et le droit conçu en lui-même comme processus sécuritaire devient alors assez poreuse. [...] Le droit contemporain, dans toutes ses dimensions, recourt à une approche sécuritaire pour justifier sa légitimité et son efficacité »¹²⁶².

580. La sécurisation à double titre de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle. L'octroi d'une protection peut se justifier en ce que l'une des fins du droit réside dans la sécurité. Le besoin de sécurité permet donc de légitimer ou de relégitimer la protection. Les règles du droit de la propriété intellectuelle sont des outils de protection des intérêts, et notamment de celui de l'investisseur. La sécurité désigne une situation ou un sentiment dans lequel le risque est minimum. Le contraire de la sécurité est le danger, le risque. L'investisseur mène une activité risquée. Il est confronté au « risque d'investissement ». La protection contre ce risque peut être analysée à la fois sous l'angle de la valeur de sécurité matérielle, et de sécurité juridique. Afin de protéger efficacement et en toute légitimité l'opération d'investissement, le droit doit instiller une sécurité à double titre. Il s'agit alors d'envisager la sécurisation *par* le droit, laquelle est conditionnée à la sécurité *du* droit lui-même. Le droit de la propriété intellectuelle est apte à réaliser la valeur sécurité, pour servir des intérêts à la fois individuels et généraux.

581. La sécurité matérielle des intérêts individuels et collectifs. La protection de l'investissement au sein même de la propriété intellectuelle peut être justifiée dans un souci d'incitation. La sécurité appelée par la protection est ici d'ordre matériel. Il s'agit alors à la fois de protéger directement l'intérêt individuel de l'investisseur, mais aussi, plus indirectement, l'intérêt des destinataires et usager du résultat d'investissement. Le droit subjectif de propriété intellectuelle, prérogative de réservation du résultat d'investissement, est ainsi un outil de sécurisation matérielle d'intérêts variés. En notre domaine, comme dans bien d'autres, « [...] il [est] nécessaire qu'au milieu de la concurrence et de la compétition générales, il y eût des positions de sécurité pour les sujets de droit, individus ou collectivités ; ces positions

fondamentales du droit privé (1911), Paris : Éditions La Mémoire du droit, 2001, cf. « la sécurité », p. 63 et s.

¹²⁶¹ PIAZZON (Th.), *op. cit.*, spé. p. 5, envisageant la sécurité comme une valeur du droit, et comme valeur qui peut se dédoubler en fonction des qualificatifs de « matériel » et « juridique », déclinaisons ressortant toutes deux de l'idée d'ordre.

¹²⁶² WARUSFEL (B.), « Les dimensions sécuritaires du droit et leurs limites », (Rapport conclusif), in FORLEN (A.) et HOFFSTETTER (C.) (dir.), *La sécurité*, Coll. Droit & Science politique, Paris : Éditions mare & martin, 2017, p. 253, spé. p. 255, distinguant entre « la sécurité par le droit » et « la sécurité dans le droit »,

correspondent aux droits subjectifs. C'est là, au point de vue économique et social, une véritable nécessité. En dehors de positions de sécurité de cette sorte, c'est en vain qu'on voudrait entraîner les personnes, ou les groupements, à la compétition ; il est bien évident qu'ils demeureraient inertes »¹²⁶³. Dans une perspective incitatrice, la protection conférée par la propriété intellectuelle offre donc une sécurité matérielle des intérêts.

582. La sécurité juridique, gage de sécurité matérielle. Afin d'offrir une situation assurée contre le risque, sur le plan matériel, il est indispensable que les règles de droit posées soient-elles mêmes assorties de sécurité juridique. L'organisation lisible, prévisible des règles juridiques, est gage de confiance, d'assurance, et donc de sécurité matérielle. Il doit exister en la matière une certaine cohésion entre les règles. Ce faisant, il convient que l'objectif de sécurité matérielle des intérêts concernés soit organisé en fonction d'une finalité assumée au sein du système juridique. La reconnaissance d'une protection de l'intérêt de l'investisseur par l'octroi d'un droit de propriété intellectuelle sur le résultat de son opération procède donc, non seulement d'une volonté de préservation matérielle, mais aussi de la nécessité de lui apporter une sécurité juridique. La recherche de sécurité de l'intérêt de l'investisseur par le droit, à l'appui d'un droit privatif, est d'ailleurs critiquée. Elle contribuerait à la rupture des équilibres au sein du système, et tendrait à saper sa légitimité. En effet, au sujet de « la tendance à l'extension des droits privatifs », il a pu être remarqué que « cette « obsession propriétaire » est malsaine, [...] parce qu'elle sape les fondements et la légitimité de la propriété intellectuelle, vouée à devenir l'instrument à tout faire des investisseurs en mal de sécurité juridique »¹²⁶⁴. La volonté de démontrer la fonction de sécurisation matérielle de l'intérêt de l'investisseur économique, au travers du droit de propriété intellectuelle, buterait en l'état du droit sur le manque de sécurité juridique. Le risque en ressortant tiendrait à ce que l'objectif en question ne puisse être effectivement et efficacement atteint. Cela justifie la nécessité d'entamer une réflexion pour tendre vers un meilleur dispositif de sécurisation de l'intérêt, tant sur le fond (question d'équilibre), que sur la forme (question de cohérence). En dépit des critiques pouvant être formulées, l'octroi de ce droit de réservation est un mode de sécurisation de l'intérêt de l'investisseur, tant sur le plan matériel, que juridique¹²⁶⁵.

¹²⁶³ ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., p. 30.

¹²⁶⁴ POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, Le Droit d'auteur*, op. cit., p. 59, n° 49.

¹²⁶⁵ Néanmoins, les auteurs des règles du système juridique de la propriété intellectuelle doivent s'efforcer de concilier les aspects matériels et juridiques de la sécurité pouvant s'avérer conflictuels. Si la recherche de sécurité, en tant que valeur sociale, est louable, il faut noter qu'elle n'est pas efficace dans l'absolu, puisque des considérations peuvent entrer en conflit. Ainsi, par exemple, la mise en œuvre d'un dispositif de sécurisation matérielle de l'intérêt peut entrer en confrontation avec le besoin de sécurité juridique des tiers à celui-ci.

ii. Le progrès

583. La valeur « progrès ». *En quoi la valeur « progrès » est-elle apte à justifier la protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle ?* Nous nous concentrons ici sur le statut de valeur sociale du progrès, finalisant l'intervention de l'ordre juridique. La définition du mot le désigne comme « un mouvement vers l'avant »¹²⁶⁶. Dans son application, il peut être envisagé comme un « processus évolutif orienté vers un terme idéal »¹²⁶⁷. On parle ainsi d'« évolution de l'humanité vers un terme idéal »¹²⁶⁸. Le progrès est désigné et évalué en fonction des répercussions bénéfiques qu'il a pour l'humanité et la civilisation. Le progrès est synonyme aussi des notions de développement, d'évolution, de croissance. Ainsi, sur un plan matériel, désigne-t-on le progrès ou le développement technique et scientifique¹²⁶⁹, cognitif et culturel. Les activités dans ces domaines font naître des objets, services ou biens, participant de l'épanouissement de la société. Ces objets résultent de processus d'innovation. Il est fréquent, pour viser la notion de progrès sur un plan économique, de parler de développement économique, de croissance économique, voire même d'efficacité économique dans les rapports entretenus sur les marchés. En ce domaine, le progrès se manifeste par la recherche de meilleure efficacité économique et allocation des richesses. En somme, il est fait du progrès un symbole des liens entre l'innovation technique, scientifique et culturel, et le développement économique et social. L'enjeu est bien l'atteinte du bonheur des individus et la satisfaction de leurs intérêts dans la société. La quête du progrès rejoint ainsi sûrement la recherche d'intérêt général. Au-delà de la recherche de progrès sur le plan matériel, elle prend aussi une connotation politique sur le terrain économique et social. La notion de progrès est convoquée et instrumentalisée dans de nombreux discours politiques, notamment en propriété intellectuelle. Il n'est pas étonnant que les règles juridiques soient justifiées et finalisées par le besoin d'atteindre cette valeur. Processus, valeur, le progrès est aussi une philosophie voire même, une utopie. À l'instar de la valeur justice, il s'agit d'un idéal auquel il faut tendre de manière constante. En somme, le progrès est une valeur sociale du droit en général, fondant et finalisant son intervention. Il est également, et en particulier, au cœur du

¹²⁶⁶ Définitions et applications en ligne sur le site Internet du CNRTL, V° *Progrès*.

¹²⁶⁷ *Ibid.*

¹²⁶⁸ *Ibid.*

¹²⁶⁹ On peut songer ici aux activités de recherche-développement. Le progrès peut s'appréhender dans notre sujet sous le prisme de l'innovation. Le développement de cette dernière est un déterminant de l'accomplissement du progrès, en ce qu'il apporte quelque chose de nouveau. L'innovation est ainsi un processus illustrant l'idée de progrès.

droit de la propriété intellectuelle¹²⁷⁰. Cette place n'est pas nouvelle, mais a présidé la naissance du système.

584. La protection de l'investissement par la propriété intellectuelle, gage de progrès social. La finalité du progrès ne justifie pas seulement le système de propriété intellectuelle en général. Selon nous, elle justifie aussi, et surtout, la finalité de protection de l'investissement dans la création immatérielle, le résultat de cette dernière pouvant être considéré comme objet de progrès¹²⁷¹. L'investissement dans ces objets est une condition du progrès. La réalité du progrès et ses applications sont autant d'arguments permettant de justifier la protection de l'investissement dans la naissance des objets de progrès et surtout, d'affirmer sa nécessité et sa légitimité. Si le progrès renvoie à l'idée d'avancement, le droit de la propriété intellectuelle peut certainement être vu comme un instrument d'incitation aux investissements dans des objets censés dynamiser le marché économique, et se répercuter sur le bonheur collectif. Il n'est pas saugrenu de rapprocher les notions et réalités de *progrès* et *d'investissement*, dans la mesure où leur accomplissement se réalise en étant tourné vers l'avenir. La réservation privative de l'objet en question apparaît alors comme un outil incitatif pour permettre, *in fine*, à la société de jouir de sa portée progressiste¹²⁷². Pour autant, dans un esprit d'équilibre, encore faut-il s'assurer que la réservation ait pour objet un résultat d'investissements susceptible d'offrir à la société une véritable plus-value. Ainsi, une telle limite revient à exclure de la réservation certains résultats d'investissement, au motif qu'ils n'entrent pas dans le champ du progrès. Cette précision dissimule des considérations d'intérêt général. Ce dernier est lui-même susceptible d'être considéré comme valeur ultime à atteindre. Son statut supérieur lui permettrait non seulement de dépasser d'éventuels conflits entre valeurs propres à justifier la protection, mais également de justifier, à lui seul, une telle protection.

B. La valeur conciliatrice de l'intérêt général appréhendé dans sa coloration économique

585. La valeur « intérêt général ». *En quoi la protection peut-elle être considérée justifiée, au regard de la valeur sociale de l'« intérêt général » ?* Cette dernière est susceptible de justifier la protection et de la rendre légitime, dès lors qu'elle est considérée comme une valeur

¹²⁷⁰ En tant que valeur sociale et finalité du droit, plus spécialement du droit de la propriété intellectuelle, le progrès social peut se caractériser « *par un processus d'accroissement dans le temps des avancées de la société, issues de la science et de la technique, qui concourent à l'amélioration du "bien-être"* », FAVREAU (A.), « La valeur sociale des objets de la propriété intellectuelle », *loc. cit.*, spé. p. 67.

¹²⁷¹ CLAVIER (J.-P.), « La légitimité de la propriété intellectuelle, Approche du juriste », *loc. cit.*, spé. p. 13.

¹²⁷² MIGNOT (M.), *loc. cit.*, p. 1855, n° 104.

supérieure aux autres. Reposant sur la recherche d'un équilibre, sa poursuite tend à satisfaire une diversité d'intérêts. Le recours à cette valeur trouve en effet un intérêt dans son statut de supériorité et dans son pouvoir conciliateur des éléments en conflits **(1)**. Peut ainsi être formulée l'hypothèse d'une protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle justifiée par l'intérêt général, lequel assume un rôle conciliateur et en garantit la légitimité **(2)**.

1) L'intérêt du recours à une valeur supérieure conciliatrice

586. Les vertus. La valeur d'intérêt général a pour mérite d'offrir une voie de dépassement de conflits **(a)**, trouvant une issue dans la conciliation. Ses vertus ont vocation à être mobilisées dans le champ du droit de la propriété intellectuelle. La poursuite de l'intérêt général est en effet au cœur de ce système juridique, spécialement lorsqu'il est appréhendé comme instrument de protection de l'investissement **(b)**. La poursuite de l'intérêt général en propriété intellectuelle offre une justification à la protection de l'investissement. Ce faisant, cette dernière est susceptible de gagner en légitimité.

a. Le dépassement des conflits

587. Dépasser les conflits de valeurs, de fondements, de finalités et d'intérêts. Le système juridique de la propriété intellectuelle évolue dans un environnement conflictuel. Tel est le cas, à plus forte raison, lorsqu'il est considéré dans sa fonction de protection de l'investissement. Il est en effet confronté à des conflits, non seulement d'intérêts, qu'il a pour mission d'arbitrer, mais également de valeurs sociales justifiant le sens de son intervention. En tant que valeur sociale jugée supérieure aux autres, l'intérêt général offre une piste de résolution **(ii)** de conflits à dépasser **(i)**.

i. Les termes des conflits à dépasser

588. Des conflits potentiels susceptibles de compliquer la justification de la protection. L'examen mené de chacune des valeurs pouvant conforter la légitimité de la protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle invite à évoquer l'existence potentielle de conflits entre elles. L'existence de conflits est par ailleurs de nature à dissimuler des conflits de fondements et de finalités de l'ordre juridique servant d'inspiration au sens de son intervention¹²⁷³. En outre, ces deux types de conflits recouvrent eux-mêmes des conflits entre

¹²⁷³ Sur les fondements et finalités du droit, reposant sur deux courants de pensée souvent mis en opposition tels,

les intérêts et prétentions des justiciables. De tels conflits ne sont pas confortables, quoique demeurant consubstantiels aux réalités et à la mission du droit¹²⁷⁴. Une méthode de sortie des conflits est alors à rechercher¹²⁷⁵. La démarche de conciliation semble préférable à celle du sacrifice d'une des entrées du conflit¹²⁷⁶. Afin de justifier l'objectif de protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle, en dépit des conflits, il est nécessaire de s'orienter vers une valeur supérieure permettant de les dépasser. Une finalité ultime de l'ordre juridique, et plus spécialement du système juridique de la propriété intellectuelle doit être identifiée, afin de pouvoir assurer en son sein la légitimité et la promotion de la protection en jeu.

589. L'efficacité économique, nouvelle valeur perturbatrice ou conciliatrice.

L'émergence de nouvelles valeurs peut apparaître comme déstabilisatrice des valeurs existantes et traditionnellement invoquées, dans un subtil ordonnancement. Il en va ainsi de l'efficacité économique¹²⁷⁷. Cette dernière, dans notre sujet, se traduit par le besoin de protection de la rentabilité de l'investissement. Rentabilité, profit, spéculation, notions évoquant la « rationalité économique »¹²⁷⁸, semblent de plus en plus prises en compte dans le cadre de l'économie de marché. Cela se répercute sur la teneur des règles juridiques. Est alors invoquée la justification utilitariste du droit¹²⁷⁹. Tel est le cas en matière de propriété intellectuelle. Pourtant, nous avons eu l'occasion de souligner que chacune des valeurs sociales étudiées pouvait étendre son application sur le terrain de l'économie et, en particulier, sur la question de savoir s'il faut protéger l'investissement, et de quelle manière. Il ne faut donc pas nier l'existence de cette valeur bien ancrée, mais plutôt choisir quelle place lui attribuer. Il n'est pas exclu, ce faisant, qu'il faille veiller aux équilibres et à la cohérence, pour assurer le bien commun. Dans un souci d'efficacité économique, la protection conférée doit être raisonnable. Il s'agit alors de veiller à la préservation de l'environnement de l'investissement, sous la condition que le résultat d'investissement à réserver soit porteur de progrès, dans une perspective de satisfaction de

l'idéalisme, dont le naturalisme, et le positivisme, cf. not. TERRÉ (F.) et MOLFESSIS (N.), *op. cit.*, p. 86, n° 77 et s.

¹²⁷⁴ GRZEGORCZYK (Ch.), *op. cit.*, spé. p. 27.

¹²⁷⁵ Cf. not. BATIFFOL (H.), *Problèmes de base de philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 315, et p. 471 ; TERRÉ (F.) et MOLFESSIS (N.), *op. cit.*, p. 88, n° 80.

¹²⁷⁶ PIAZZON (Th.), *op. cit.*, p. 12, référant à MALAURIE (M.), « Les antinomies des règles et de leurs fondements », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle. Études offertes à Pierre CATALA*, Paris : Litec, 2001, p. 25, spé. p. 30.

¹²⁷⁷ PÉRÈS (C.), « Rapport introductif », *loc. cit.*, p. 1 et s. spé. p. 7, spé. p. 8, interrogeant l'efficacité économique comme nouvelle valeur et finalité du droit.

¹²⁷⁸ BOURGEOIS (M.), *loc. cit.*, p. 133, n° 36.

¹²⁷⁹ GEIGER (Ch.), *op. cit.*, p. 34-35, n° 29.

l'intérêt général. L'évocation de la valeur d'efficacité économique pourrait, d'ailleurs, renvoyer à une conception économique de la notion d'intérêt général.

ii. Une piste de résolution des conflits

590. Le recours à l'« intérêt général », valeur supérieure et conciliatrice. Afin de dépasser les conflits, la valeur d'intérêt général constitue une piste sérieuse et déjà largement mobilisée pour justifier le système de la propriété instinctuelle. Tel peut également être le cas s'agissant de la justification de la protection de l'investissement. Sa vertu tient notamment à son statut réputé supérieur aux autres valeurs sociales. L'intérêt général aurait vocation à opérer une conciliation des valeurs, fondements et finalités des règles de droit¹²⁸⁰, ainsi que des intérêts en jeu, à l'appui d'une organisation hiérarchique sur laquelle elle règnerait¹²⁸¹. Il offre la possibilité d'internaliser et de dissiper les conflits en question. Dans ces dimensions, l'intérêt général peut nous être d'une grande utilité. On remarquera d'ailleurs que, de tous temps dans les discours du droit de la propriété intellectuelle, cette valeur a dirigé la construction du système. Une tendance à la coloration économique de l'intérêt général nous permettrait d'utiliser cette finalité pour légitimer une protection d'aspiration essentiellement économique et individuelle, dont les bienfaits pourraient se répercuter sur la satisfaction de la situation de chacun, et de la société en général. Cette valeur incarne en effet l'équilibre entre les termes d'un conflit¹²⁸². Son effectivité est gage de légitimité¹²⁸³. De nombreuses sources doctrinales mettent

¹²⁸⁰ Par exemple, l'intérêt général se présente souvent comme une solution aux situations conflictuelles entre les règles de la propriété intellectuelle et l'exigence de la concurrence. La concorde semblerait pouvoir se nouer au travers du recours à cette notion. Cf. not. BLARY-CLEMENT (E.), « La prévalence de l'efficacité économique dans le règlement des conflits entre propriété intellectuelle et droit de la concurrence », in PERALDI-LENEUF (F.) et SCHILLER (S.) (dir.), *Les conflits de normes*, Rapport pour le GIP Mission de recherche Droit et justice 2012, p. 194 et s.

¹²⁸¹ BATIFFOL (H.), *Problèmes de base de philosophie du droit*, op. cit., p. 326 ; POULLET (Y.), « Intérêt général, droits de propriété intellectuelle et société de l'information », in *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, op. cit., p. 53 et s., spé. p. 61.

¹²⁸² BUYDENS (M.), « Introduction, l'intérêt général, une notion protéiforme », loc. cit., spé. p. 6.

¹²⁸³ RANGEON (F.), *L'idéologie de l'intérêt général*, Coll. Politique comparée, t. 32, Paris : Economica, 1986, p. 9, et p. 11.

en lumière les liens entre l'intérêt général et le droit de la propriété intellectuelle¹²⁸⁴. Le premier est effectivement au cœur du second¹²⁸⁵.

b. La valeur d'intérêt général au cœur de la propriété intellectuelle

591. La notion et ses conceptions¹²⁸⁶. La poursuite de l'intérêt général en propriété intellectuelle offre une justification à la protection de l'investissement. Ce faisant, cette dernière est susceptible de gagner en légitimité. Les vertus de cette valeur supérieure et conciliatrice reposent notamment sur son caractère abstrait et son potentiel malléable¹²⁸⁷. Son recours à titre d'argument de justification et de légitimation est en ce sens particulièrement opportun¹²⁸⁸. L'intérêt général peut être défini d'après sa constitution, renvoyant à la prise en compte des intérêts particuliers, potentiellement conflictuels, formant ainsi un intérêt commun, et de la quête d'un intérêt dépassant ces intérêts individuels¹²⁸⁹. Il représente donc l'intérêt d'un « tout », évoluant vers la satisfaction du bien¹²⁹⁰. L'atteinte de l'intérêt général tend à s'opérer dans une dynamique de recherche d'équilibre entre intérêts en conflit. Cette valeur sociale peut se définir selon deux approches dont l'examen peut appuyer la démonstration du caractère justifié et légitime de la protection de l'investissement. Cela se vérifie en particulier dès lors que l'on tend à reconnaître une conception économique de l'intérêt général¹²⁹¹. Ce dernier peut

¹²⁸⁴ Cf. not. RIKABI (M.), *Les droits de la propriété intellectuelle et l'intérêt général*, Thèse dactyl., Université d'Aix-Marseille, 2019 ; COUSIN (G.), *Intérêt général et propriété industrielle*, Thèse dactyl., Université de Nantes, 2006 ; HADDADIN (S.), *op. cit.* ; CARRE (S.), *L'intérêt du public en droit d'auteur*, Thèse dactyl., Université Montpellier I, 2004 ; CARON (Ch.), *Abus de droit et droit d'auteur*, Coll. Le droit des affaires, IRPI, t. 17, Paris : Litec, 1998 ; BUYDENS (M.), « Introduction, l'intérêt général, une notion protéiforme », *loc. cit.* ; VIVANT (M.), « Conclusion : l'Intérêt général servi par une reconnaissance éclairée des droits de propriété intellectuelle », in *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 277 ; REMICHE (B.), *loc. cit.* ; DORMONT (S.), « La propriété intellectuelle au service de l'Intérêt général », *RLDI* 2011/77, suppl., n° 2583.

¹²⁸⁵ Cf. BUYDENS (M.), « Introduction, l'intérêt général, une notion protéiforme », *loc. cit.*, p. 7 et s., rappelant « comment l'intérêt général a, historiquement, fait son apparition dans le système de la propriété intellectuelle, et quelle est la démarche philosophique dans laquelle s'inscrit sa poursuite ».

¹²⁸⁶ Sur la notion et ses fonctions, en général, et dans leurs applications, cf. not., RANGEON (F.), *op. cit.*, ; Conseil d'État, *L'intérêt général, Rapport public 1999*, Coll. Études et documents, t. 50, Paris : La documentation française, 1999 ; MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Coll. Bibl. droit privé, t. 411, Paris : LGDJ, 2004.

¹²⁸⁷ La notion, fuyante et protéiforme renverrait à un standard juridique. Sur le caractère protéiforme, cf. BUYDENS (M.), « Introduction, l'intérêt général, une notion protéiforme », *loc. cit.*

¹²⁸⁸ Il est en effet susceptible de servir les causes de différentes sortes de prétentions et intérêts. D'ailleurs, le recours à cette finalité pour légitimer tel ou tel choix, ou action, peut lui même être combattu. Cf. RANGEON (F.), *op. cit.*, p. 9.

¹²⁸⁹ *Id.*, p. 29.

¹²⁹⁰ Cf. MEKKI (M.), *op. cit.*, spé. p. 39-40, n° 44, pour l'auteur, l'intérêt général serait une version laïcisée du « Bien commun » ; BATIFFOL (H.), *Problèmes de base de philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 418 et s.

¹²⁹¹ RANGEON (F.), *op. cit.*, p. 21, concluant : « La notion d'intérêt général permet cette introduction d'une logique économique dans le langage juridique. Il s'agit de contrôler, de normaliser les attitudes, de sélectionner celles qui sont socialement et économiquement rentables », et sur les mutations de l'idéologie de l'intérêt général,

se réaliser d'une part, au travers de l'action de « la main invisible » du marché, ou d'autre part, par le biais d'un pouvoir découlant de « la volonté générale ».

592. L'intérêt général utilitariste : l'immanence des intérêts particuliers. Une conception utilitariste de l'intérêt général, résultat de l'immanence des intérêts particuliers, considère que l'accomplissement libre des comportements égoïstes et individuels des agents économiques a une répercussion sur le bien-être social. En somme, la satisfaction des intérêts individuels de chacun contribue au bonheur de tous, à l'intérêt général, par le jeu de la « main invisible »¹²⁹². L'intérêt général résulte ici de la somme arithmétique de la réalisation de différents intérêts particuliers. Ainsi, transposée à notre sujet, une telle conception justifie et légitime la libre et immédiate réalisation des intérêts économiques individuels spécifiques des investisseurs économiques dans la création, tenant à la rentabilité. Il est censé en ressortir spontanément un intérêt de chacun et de tous, et donc, un intérêt général¹²⁹³. Cette approche utilitariste et économique de l'intérêt général tend à l'heure actuelle à être considérée comme privilégiée dans la justification des dispositions visant à protéger l'investissement dans la création par la propriété intellectuelle¹²⁹⁴. Elle s'oppose à l'approche volontariste, fondée sur une transcendance des intérêts. Cette dernière semble apporter davantage de légitimité à l'intervention des pouvoirs publics à l'origine de la teneur de l'ordre juridique. En effet, l'approche utilitariste tendrait à faire passer l'intérêt individuel avant l'intérêt de tous, ce qui est contesté. Tel est particulièrement le cas dans un système juridique de propriété intellectuelle interprété tantôt, comme un système de protection de l'intérêt de l'investisseur intellectuel, et tantôt, comme système voué, d'abord, à inciter à la fourniture d'objets de progrès auprès du public fournir au public des objets de progrès¹²⁹⁵.

not. sur la participation des institutions à la diffusion de l'idéologie de l'intérêt général, dans « *intérêt général économique* », cf. égal. p. 215 et s., spé. p. 17 et s. : « *L'intervention croissante de l'État dans la vie économique a conduit les économistes à élaborer la notion "d'intérêt général économique" [...]* » ; cf. égal. BUYDENS (M.), « Introduction, l'intérêt général, une notion protéiforme », *loc. cit.*, p. 4 ; et HADDADIN (S.), *op. cit.*, p. 61, n° 61.

¹²⁹² Sur cette idée cf. spé. RANGEON (F.), *op. cit.*, p. 156 et s. : « *Quant à "l'intérêt général", Smith lui attribue, au même titre que l'intérêt particulier, un contenu économique. L'intérêt d'une nation consiste en une augmentation de sa richesse. C'est la prospérité qui définit l'intérêt général. [...] L'intérêt est "général" au sens où la richesse profite à tous* » ; et sur cette théorie développée plus tard par BENTHAM et précisée par MILL, aboutissant à l'idéologie utilitariste, cf. p. 159 et s.

¹²⁹³ RANGEON (F.), *op. cit.*, p. 17, relevant dans les discours politiques la recherche et la possibilité de conciliation entre les logiques d'intérêt général et de profit : « *Il leur apparaît possible et souhaitable de concilier la logique de l'intérêt général et celle du profit* ».

¹²⁹⁴ BUYDENS (M.), « Introduction, l'intérêt général, une notion protéiforme », *loc. cit.*, p. 1 et s. spé. p. 4-5. L'auteure présente une des façons non-exclusive de présenter le débat : « *L'innovation et la création dépendent des investissements, qui doivent être encouragés comme leur condition a priori. Le postulat économique de « return on investment » est ainsi présenté comme la clé du système, le fondement transcendantal qui conditionne la possibilité même de l'intérêt général* ».

¹²⁹⁵ Sur le risque d'instrumentalisation de la notion d'intérêt général à des fins de satisfactions d'intérêts économiques individuels, cf. DORMONT (S.), « La propriété intellectuelle au service de l'intérêt général », *loc. cit.* ; REMICHE (B.), *loc. cit.*, spé. p. 533 et s.

593. L'intérêt général volontariste : la transcendance des intérêts particuliers. L'intérêt général peut être considéré comme le résultat de la manifestation d'une « volonté générale »¹²⁹⁶. Il renvoie à l'intérêt de tous, entendu non seulement dans les individualités, mais aussi dans la collectivité. Il résulte de la prise en compte transcendante de tous les intérêts particuliers, mais ne se réduit pas à leur addition. La transcendance aboutit à la création d'un « tout », supérieur et unioniste. L'union des intérêts s'opère au travers de cette « volonté générale »¹²⁹⁷. Dans cette conception, l'atteinte du bonheur et du bien-être social transite par l'action de l'État, lequel incarne la transcendance et permet l'action découlant de la volonté générale. L'existence de l'État et son fonctionnement procèdent de cette dernière. Leur rôle est de garantir l'intérêt général. Selon cette approche, le système du droit de la propriété intellectuelle, et les règles introduites pour protéger l'investisseur économique à la création, sa conception et sa diffusion, se justifient en ce qu'elles découlent d'une volonté générale et visent à satisfaire l'intérêt général.

594. Dimension économique de l'intérêt général et apport des conceptions à la problématique. La recherche de la conception la plus adaptée pour justifier la protection envisagée nous semble stérile, car l'intérêt général se définit et se réalise à partir des différentes conceptions en même temps. Tel est le cas à la lumière de notre objet d'étude. À titre d'illustration, il faut certainement considérer que l'intérêt général ne saurait, d'une part, absolument justifier la consécration d'un égoïsme. D'autre part, il ne saurait inviter au sacrifice, et ce, dans le domaine des intérêts particuliers et général, potentiellement en conflits. Il s'agit de trouver un juste milieu. L'objectif d'atteinte d'un bien-être social est résolument commun aux deux conceptions¹²⁹⁸. La différence réside dans les chemins théoriques et pratiques empruntés pour y parvenir. Pourtant, l'approche utilitariste de l'intérêt général, mettant en avant sa coloration économique¹²⁹⁹, semble prendre le dessus en matière de propriété intellectuelle¹³⁰⁰. Elle nous permet donc de formuler l'hypothèse d'une protection légitime de l'investissement, justifiée par un intérêt général jouant le rôle de conciliateur.

¹²⁹⁶ RANGEON (F.), *op. cit.*, p. 107 et s., spé. p. 115 et s.

¹²⁹⁷ Cf. CLAMOUR (G.), *op. cit.*, spé. p. 172, n° 312.

¹²⁹⁸ RANGEON (F.), *op. cit.*, p. 25 : « *Les interventions économiques et sociales de la puissance publique se légitiment par cette référence à l'intérêt général. Elles ne sont pas guidées par la recherche de profit, mais par celle du bien commun* ».

¹²⁹⁹ Sur la coloration économique de l'intérêt général entendu à partir de la thèse utilitariste, appliquée en droit d'auteur, cf. not. BUYDENS (M.), « Introduction, l'intérêt général, une notion protéiforme », *loc. cit.*, p. 1, spé. p. 4-5 ; HADDADIN (S.), *op. cit.*, p. 61, n° 61.

¹³⁰⁰ Elle est à ce titre l'objet d'inquiétudes. Il est craint que cette conception n'aboutisse, *in fine*, à privilégier des intérêts particuliers, ou un intérêt strictement de marché, tout en oubliant la finalité sociale du système du droit de la propriété intellectuelle. En ce sens, la protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle souffrirait d'un manque voire, d'une absence de légitimité.

2) *L'hypothèse d'une protection justifiée par l'intérêt général conciliateur*

595. Fonctions d'une notion légitimant la propriété intellectuelle et sa finalité de protection de l'investissement. Pour être acceptée, au-delà de s'avérer nécessaire, la protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle doit être conciliante. Elle doit en effet intégrer les intérêts des tiers pour être légitime. Cette légitimité peut être garantie en insistant sur les fonctions de *fondement* et de *limitation* attribués à l'intérêt général, appliqué au droit de la propriété intellectuelle dans sa fonction de protection de l'investissement. La protection peut se trouver justifier à l'appui du rôle conciliateur de la valeur d'intérêt général poursuivie. Le recours à la valeur d'intérêt général pour justifier et légitimer l'idée d'une telle protection invite à mettre la propriété intellectuelle en perspective des enjeux de concurrence économique.

596. Une protection fondée sur un intérêt général conciliateur. Dans une économie de marché de type libérale, où est censé dominer le principe de la libre concurrence, la réservation apparaît exceptionnelle. Elle doit donc être justifiée. Droit de la concurrence et droit de la propriété intellectuelle défendent, chacun à leur manière, les intérêts des concurrents agissant sur le marché, et le marché lui-même. Ils partagent des objectifs. Ils ont en commun la recherche de l'utilité économique¹³⁰¹, de l'efficacité économique, de la contribution au progrès. En somme, leur motivation commune réside dans l'atteinte d'un intérêt général d'ordre économique¹³⁰². Ils contribuent à la satisfaction de nombreuses valeurs sociales. Le droit de la propriété intellectuelle trouve en effet son *fondement* dans la quête de l'intérêt général, considéré comme valeur supérieure¹³⁰³. Les monopoles d'exploitation, méprises exceptionnelles du principe de libre concurrence, sont justifiés par la nécessité d'atteindre un intérêt général. L'effet de ces monopoles est justement d'inciter aux activités d'investissement dans les activités menant à des objets source de progrès et de satisfaction des besoins et désirs de la société¹³⁰⁴. La valeur d'intérêt général est à ce titre susceptible de permettre le

¹³⁰¹ BLARY-CLÉMENT (E.), « L'innovation et son partage : finalité économique commune des droits de la propriété intellectuelle et de la concurrence », *Le concurrentialiste* mai 2013, p. 2.

¹³⁰² REMICHE (B.), *loc. cit.*, p. 532.

¹³⁰³ Cf. BUYDENS (M.), « Introduction, l'intérêt général, une notion protéiforme », *loc. cit.*, p. 7 et s., rappelant « comment l'intérêt général a, historiquement, fait son apparition dans le système de la propriété intellectuelle, et quelle est la démarche philosophique dans laquelle s'inscrit sa poursuite » ; GAUBIAC (Y.), « Droit d'auteur et intérêt général », *PI* juill. 2010, n° 36, p. 814, spé. p. 815 ; de manière plus large et théorique, cf. MEKKI (M.), *op. cit.*, p. 42, n° 45.

¹³⁰⁴ Sur les justifications utilitaristes, « centrées sur l'intérêt général au développement économique et culturel », dans le domaine du droit d'auteur, cf. GEIGER (Ch.), *op. cit.*, p. 23, n° 26 ; TIROLE (J.), *Économie du bien commun*, *op. cit.*, p. 15.

dépassement des conflits de valeurs et d'intérêts, par sa vocation conciliatrice. En ce sens se concrétise l'objectif d'équilibre, contribuant également à la réalisation de la valeur de justice.

597. Une protection limitée par un intérêt général conciliateur. Si l'intérêt général justifie le monopole, il en limite également la portée, tant dans son existence que dans son exercice. La limitation permet de rejoindre le principe de la liberté de concurrence. En effet, la restriction du monopole permet aux agents économiques tiers à l'investisseur d'être eux-mêmes en mesure de mener des activités propres à la satisfaction des intérêts de tous sur le marché. Droit de la concurrence et droit de la propriété intellectuelle sont ainsi tous deux des droits « régulateurs »¹³⁰⁵, de « marché »¹³⁰⁶, « économiques »¹³⁰⁷. Leur intervention est tout à la fois fondée et limitée sur, et par l'intérêt général. L'existence du domaine public témoigne de la limitation de la réservation dans un but de préservation de l'intérêt général, comme bien d'autres dispositions limitatives du monopole¹³⁰⁸. La limitation des droits sur un motif d'intérêt général implique que le résultat d'investissement puisse se trouver réservé, dans la mesure où il apporte une plus-value sociale¹³⁰⁹. Il s'agit là de l'illustration d'un souci d'équilibre. La propriété intellectuelle se présente comme une discipline tendant à satisfaire l'intérêt général dont l'atteinte serait conditionnée à la recherche de conciliation ou de compromis entre les intérêts de trois catégories d'agents : auteurs – exploitants – utilisateurs, tant dans leurs dimensions individuelles que collectives. Cette atteinte peut toutefois être appréhendée comme mystique et utopique¹³¹⁰. Elle n'en demeure pas moins une finalité essentielle de la discipline¹³¹¹. La valeur intérêt général, en tant qu'idéal à atteindre, révèle également son intérêt dans le symbole de l'objectif d'équilibre entre différents intérêts particuliers et collectifs qu'il représente. L'intérêt général permettrait donc de légitimer une hiérarchisation entre les intérêts, en leurs attribuant des statuts et des rangs, à défaut de pouvoir parvenir à une conciliation par le traitement strictement égalitaire. La protection de l'investissement s'en trouverait à son tour

¹³⁰⁵ FRISON-ROCHE (M.-A.), « L'interférence entre les propriétés intellectuelles et les droits des marchés, perspective de régulation », in FRISON-ROCHE (M.-A.) et ABELLO (A.) (dir.), *op. cit.*, p. 15, et du même auteur, « Définition du droit de la régulation économique », *D.* 2004, p. 126 ; SIIRIAINEN (F.), « "Droit d'auteur" contra "droit de la concurrence" : versus "droit de la régulation" », *RIDE* 2001, vol. 4, p. 413, spé. p. 435, et p. 437 et s. sur le lien avec le droit d'auteur.

¹³⁰⁶ ABELLO (A.), « La propriété intellectuelle, une "propriété de marché" », in FRISON-ROCHE (M.-A.) et ABELLO (A.) (dir.), *op. cit.*, p. 371.

¹³⁰⁷ VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 55, n° 37 ; et plus largement sur la notion de droit économique, cf. not. FARJAT (G.), « La notion de droit économique », in *Droit et économie*, *op. cit.*, p. 27.

¹³⁰⁸ Cf. DUSOLIER (S.), « Le domaine public, garant de l'intérêt public en propriété intellectuelle ? », in *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 117.

¹³⁰⁹ GEIGER (Ch.), « La fonction sociale : clef pour comprendre, améliorer et adhérer aux droits de la propriété intellectuelle », *loc. cit.*, p. 89.

¹³¹⁰ BUYDENS (M.), « Introduction, l'intérêt général, une notion protéiforme », *loc. cit.*, p. 6.

¹³¹¹ SIIRIAINEN (F.), « L'appropriation », in LOQUIN (E.) et MARTIN (A.) (dir.), *Droit et marchandisation*, Paris : Litec, 2010, p. 137, spé. p. 153.

légitimée. L'intérêt général peut apporter des solutions aux conflits dans les conceptions objective et subjective de la protection de l'investissement. Il peut aussi légitimer à la fois la protection objective et la protection subjective, en faveur de la réservation du résultat d'investissement, dans les mains de l'investisseur économique¹³¹². Le droit subjectif de l'investisseur n'est pas conçu, et ne doit pas être exercé, comme un moyen de satisfaire uniquement un intérêt égoïste. La propriété intellectuelle, système de protection de l'investissement et donc de l'intérêt de l'investisseur, ne saurait être légitime, que si elle organise les relations sociales de manière équilibrée. C'est ici adopter une vision sociale du droit et mettre en avant l'idée que les droits ont une fonction sociale : ils sont socialement finalisés¹³¹³. Or, tel est le cas à plusieurs égards en droit de la propriété intellectuelle, notamment dans sa fonction de protection de l'investissement.

598. Bilan. En définitive, au-delà des fonctions de fondement et de limitation de la protection des intérêts, et en particulier de celui de l'investisseur, il est possible de prêter à l'intérêt général une fonction de légitimation de la protection¹³¹⁴. En justifiant la protection priorisée de l'investissement, au regard de l'existence d'autres intérêts en conflit, selon un but d'intérêt général, elle est susceptible d'en ressortir légitime. En effet, pour que cette protection soit acceptée par les justiciables et les commentateurs, et surtout, pour qu'elle soit effective et efficace, il convient de s'assurer qu'elle contribue au bien de tous¹³¹⁵. Telle est la condition de sa légitimité. Un effort accru sur l'adéquation des régimes de droit de la propriété intellectuelle, aux exigences de l'intérêt général, offrirait également à la matière davantage d'équilibre et de cohérence, gages de sécurité juridique et matérielle. Il rendrait la protection acceptable, en plus d'être nécessaire.

¹³¹² Lorsqu'il est le fruit d'apports combinés de différentes natures et engagés par des personnes différentes.

¹³¹³ Néanmoins, il faut garder à l'esprit que recourir à l'argument d'autorité de l'intérêt général, implique de considérer l'objectif de protection de l'investissement comme ayant des bienfaits pour tous à long terme seulement. Les limites ressenties par cette protection par certains, comme entravant leur intérêt et leur liberté, doivent être considérées, selon un regard optimiste ou pessimiste, c'est selon, comme un « mal », en vue d'un « bien ».

¹³¹⁴ MEKKI (M.), *op. cit.*, p. 57, n° 68, sur les l'intérêt général, en tant que notion « *mi-fonctionnelle* », « *mi-conceptuelle* », l'auteur rappelle que la notion « *se définit par sa fonction qui est d'être un principe de légitimation* » (plus de développements, p. 65, n° 74 et s.), et sur la satisfaction de l'intérêt général par la solution d'une hiérarchisation des intérêts en conflits, cf. p. 67, n° 77 : « *C'est l'acceptation de la hiérarchie par les personnes dont les intérêts sont concernés qui lui confère sa légitimité* ».

¹³¹⁵ RANGEON (F.), *op. cit.*, p. 21.

II. La justification illustrée au travers des disciplines juridiques auxiliaires

599. La protection expliquée au travers de disciplines juridiques en lien avec d'autres sciences sociales. Des arguments illustrant l'opportunité de la protection peuvent être recherchés au travers de disciplines juridiques spécialisées. La spécificité de ces dernières tient, d'abord, aux liens entretenus avec d'autres disciplines des sciences sociales, telle que l'économie¹³¹⁶. Puis, elle tient également au traitement de l'objet d'étude au sein de systèmes juridiques particuliers. Les disciplines spécialisées envisagées démontrent que le besoin de prise en compte de l'investissement par le droit peut être effectivement honoré, et justifié. En effet, les éclairages du « droit économique » (A) et des droits comparatistes (B), permettent d'illustrer pourquoi et comment l'investissement est, peut et doit être protégé.

A. La protection illustrée au travers du « droit économique »

600. La protection expliquée sous l'angle du droit économique. Selon les différentes façons dont elle est entendue, la discipline du droit économique peut nous être utile à expliquer et à justifier l'opportunité de la protection de l'investissement dans la création par le droit de la propriété intellectuelle¹³¹⁷. L'analyse globale des objets et de la méthode du droit économique (1) conduit à constater que le droit de la propriété intellectuelle est lui-même un droit économique voué à la protection de l'investissement (2).

1) Les objets et la méthode du droit économique

601. Les objets et la méthode du droit économique, facteurs explicatifs de l'opportunité de la protection. Afin d'illustrer l'opportunité d'une protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle au travers du courant du droit économique, il convient préalablement d'identifier ses objets (a) et sa méthode (b)¹³¹⁸.

¹³¹⁶ Selon une approche différente de celle menée précédemment dans le cadre de l'analyse économique du droit.

¹³¹⁷ L'expression de « droit économique » désigne à la fois une discipline juridique et une méthode critique du droit. Le droit économique n'est pas d'une définition aisée. En ce sens, cf. FARJAT (G.), « La notion de droit économique », *loc. cit.*, p. 27, précisant qu'il « vit sans définition ». Les définitions ne sont pas unanimes, mais variables. Discutant le statut de discipline juridique, et insistant plutôt sur la philosophie du droit économique, cf. spé. CHAMPAUD (C.), « Contribution à la définition du droit économique », *D.* 1967, chron., p. 215, spé. p. 217 ; VEDEL (G.), « Le droit économique existe-t-il ? », in *Mélanges offerts à Pierre VIGREUX*, t. 2, Toulouse : Université des sciences sociales, 1981, p. 767, spé. p. 780. L'expression fait l'objet de différentes approches, véhiculant différentes conceptions des liens entre le droit et l'économie, cf. OPPETIT (B.), *loc. cit.*, p. 17.

¹³¹⁸ MARTIN (G.-J.) et BOY (L.) (*et al.*), Centre de recherche en droit économique de l'université de Nice-Sophia Antipolis, « Le droit économique aujourd'hui », *D.* 2010, chron., p. 1436, retraçant l'objet et les méthodes du droit

a. Les objets du droit économique

602. Les définitions du droit économique au travers de l'identification de ses objets. Le droit économique doit être envisagé comme un discours juridique sur le fonctionnement du système économique¹³¹⁹. Il « [...] est avant tout du droit, mais un droit qui entend prendre en considération les faits, et plus spécialement les mutations économiques des sociétés contemporaines, dans le but de les organiser. En d'autres termes, le droit économique constitue une appropriation de l'économie par le juridique »¹³²⁰. Il constituerait « l'expression la plus achevée du dialogue que les juristes français entendent entretenir avec l'économie »¹³²¹. Il a pu être présenté comme le « droit de l'organisation et du développement économique, que ceux-ci relèvent de l'État, de l'initiative privée ou du concert de l'un et de l'autre »¹³²². Droit de l'organisation du fonctionnement de l'économie¹³²³, il s'intéresse par définition aux relations économiques. « [E]ncadr[ant] l'économie »¹³²⁴, il est « le droit du pouvoir économique »¹³²⁵. Il peut s'entendre comme un droit régulateur de l'économie¹³²⁶. Veillant au maintien des équilibres dans la production et la répartition des richesses sur les marchés, il intervient en matière de régulation de la concurrence. On a d'ailleurs pu se demander si l'économie se trouvait être le maître du droit, faisant du droit économique, un prétendu serviteur de l'économie¹³²⁷. Dans ce cadre, il est craint que les lois de l'économie dictent déraisonnablement et démesurément la teneur des règles juridiques. Au contraire, il est aussi craint que le droit ait pour fonction de maîtriser trop fortement le fonctionnement de l'économie. La question posée est celle de savoir dans quelles limites l'ordre juridique peut intervenir dans le fonctionnement de l'économie¹³²⁸. Entretenant par nature des liens avec les faits et les réalités, il a vocation à régir le fonctionnement de l'économie, en s'intéressant à la fois au marché et aux interactions entre les agents économiques. Il en va ainsi s'agissant de la réalité de l'investissement dans le

économique.

¹³¹⁹ JAMIN (Ch.), *loc. cit.*, spé. p. 579.

¹³²⁰ *Id.*, p. 578.

¹³²¹ *Id.*, p. 579 ; sur le droit économique, cf. not. FARJAT (G.), *Droit économique*, Coll. Thémis, Paris : PUF, 1971 ; du même auteur, *Pour un droit économique*, Coll. Les voies du Droit, Paris : PUF, 2004, et « La notion de droit économique », *loc. cit.*

¹³²² CHAMPAUD (C.), *loc. cit.*, p. 215.

¹³²³ FARJAT (G.), « La notion de droit économique », *loc. cit.*, p. 27 ; LEMENNICIER (B.), *op. cit.*, p. 9.

¹³²⁴ MARTIN (G.-J.) et BOY (L.) (*et al.*), *loc. cit.*, p. 1436.

¹³²⁵ *Ibid.* ; cf. égal. en ce sens, RACINE (J.-B.) et SIIRIAINEN (F.), « Retour sur l'analyse substantielle en droit économique », *RIDE* 2007/3, p. 259, spé. p. 260.

¹³²⁶ RACINE (J.-B.) et SIIRIAINEN (F.), *loc. cit.*, p. 260.

¹³²⁷ JACQUEMIN (A.), « Le droit économique, serviteur de l'économie ? », *RTD com.* 1972, p. 19.

¹³²⁸ RACINE (J.-B.) et SIIRIAINEN (F.), *loc. cit.*, spé. p. 261, précisant à ce titre que « au regard du droit économique, il ne s'agit pas de faire du droit le serviteur de l'économie » et que « le débat sur les valeurs et les finalités du droit ne peut être évacué ».

champ de la création immatérielle, appréhendée et protégée par le droit de la propriété intellectuelle.

b. L'analyse substantielle, méthode du droit économique

603. Une méthode d'analyse des pouvoirs économiques. Le droit économique a pour objet « l'étude [...] [des] modalités selon lesquelles se constitue, s'exerce et se régule le pouvoir économique »¹³²⁹. L'expression renvoie également à la méthode mise en œuvre pour analyser les règles de droit en matière économique¹³³⁰. Cette méthode repose sur ce que ses spécialistes nomment l'« analyse substantielle »¹³³¹. Elle permet de mener une réflexion sur la fidélité et l'adaptation du droit aux faits et réalités en jeu, notamment économiques¹³³². Elle est un outil interrogeant le pourquoi et le comment des règles juridiques. « L'analyse substantielle consiste à rechercher ce qui constitue la substance d'un rapport social pour le traduire dans la catégorie juridique adaptée¹³³³ ». L'enjeu est de vérifier la cohérence des catégories juridiques et des règles juridiques avec les faits qu'il s'agit d'appréhender et de traiter, en les confrontant¹³³⁴. L'analyse substantielle du droit économique participe ce faisant du « progrès du droit »¹³³⁵, permettant aussi sa reconstruction¹³³⁶, à partir d'une forme de « rétroaction des faits sur le droit »¹³³⁷.

¹³²⁹ MARTIN (G.-J.) et BOY (L.), *loc. cit.*, p. 1439.

¹³³⁰ À ce titre, il peut être classé parmi les méthodes critiques du droit cf. RACINE (J.-B.) et SIIRIAINEN (F.), *loc. cit.*, spé. p. 263. En ce sens, il doit « être envisagé comme une sorte de « droit critique des affaires » (p. 261) ; sur les liens entre le droit économique et l'outil de l'analyse substantielle comme méthode, cf. FARJAT (G.), « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique », *RIDE* 1986, n° 0, p. 9.

¹³³¹ Cette analyse vise à « confronter les catégories juridiques formelles aux faits pour leur faire passer un test de compatibilité et de cohérence. Le but est de critiquer le droit positif non seulement pour connaître son pourquoi (quels sont les soubassements de la règle) mais aussi pour décortiquer son comment : en quoi correspond-il à la réalité économique et sociale ? Y a-t-il des distorsions, des décalages, des inadéquations, des oppositions ou des contradictions ? », RACINE (J.-B.) et SIIRIAINEN (F.), *loc. cit.*, spé. p. 263.

¹³³² *Id.*, p. 261 : « L'analyse substantielle pousse à critiquer les concepts juridiques en ne les tenant pas pour des acquis incontestables. Au contraire, les règles de droit sont susceptibles d'être critiquées au sens littéral du terme pour les soumettre à une forme de test : traduisent-elles fidèlement la réalité, sont-elles en adéquation avec les faits ? ».

¹³³³ BOY (L.), *Droit économique*, L'Hermès, 2002, p. 50, cité par RACINE (J.-B.) et SIIRIAINEN (F.), *loc. cit.*, spé. p. 264. Pour plus de précisions, cf. MARTIN (G.-J.), et BOY (L.) (*et al.*), *loc. cit.* p. 1440.

¹³³⁴ RACINE (J.-B.) et SIIRIAINEN (F.), *loc. cit.*, p. 264, et p. 267.

¹³³⁵ MARTIN (G.-J.) et RACINE (J.-B.), « Gérard FARJAT et la doctrine », *RIDE* 2013/4, p. 409, spé. p. 415 ; RACINE (J.-B.) et SIIRIAINEN (F.), *loc. cit.*, p. 266.

¹³³⁶ RACINE (J.-B.) et SIIRIAINEN (F.), *loc. cit.*, p. 267.

¹³³⁷ *Ibid.* ; *Id.*, p. 272.

2) *Le « droit économique » de la propriété intellectuelle protecteur de l'investissement*

604. L'analyse substantielle du droit de la propriété intellectuelle considéré dans sa fonction de protection de l'investissement. La propriété intellectuelle peut constituer l'objet d'étude du droit économique. Il est possible de mobiliser sa méthode d'analyse substantielle pour interroger l'existence, ainsi que la justification prospective d'une protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle. L'intérêt de l'analyse est de mettre en lumière des décalages, des discordances, des contradictions, entre les discours en matière de propriété intellectuelle, et les réalités, et attentes, des acteurs concernés. Elle offre aussi l'opportunité d'identifier des pistes d'amélioration de l'adéquation du système juridique aux réalités et attentes du terrain. En somme, il s'agit d'exercer la fonction critique de la méthode, dans le cadre de la légitimité de la protection envisagée, au regard de l'état actuel de la situation. Le droit de la propriété intellectuelle peut être abordé comme un droit économique (a), dès lors qu'il est un droit régulateur des pouvoirs économiques justifiant la protection de l'investissement (b).

a. Le droit de la propriété intellectuelle, droit économique

605. Le droit économique de la propriété intellectuelle. Le droit de la propriété intellectuelle peut être perçu comme un droit économique¹³³⁸. La qualification ne peut étonner, au regard des définitions venant d'être apportées. Il est également envisagé comme un droit instituant des « propriétés de marché », voire même comme un droit ayant des effets de régulation économique. L'affirmation ne pose pas difficulté en droit de la propriété industrielle. L'hypothèse, s'agissant spécialement du droit d'auteur, est un peu plus audacieuse et moins commune¹³³⁹. Néanmoins, au-delà de baigner dans l'économie, il est avancé que le droit

¹³³⁸ La doctrine tend plutôt volontiers à le reconnaître, en ce sens cf. not. SIIRIAINEN (F.), « Le droit d'auteur à l'épreuve de sa dimension économique [...] », *loc. cit.*, p. 673 ; LAPOUSTERLE (J.), « Le droit d'auteur, droit économique », *loc. cit.*, p. 47, spé. p. 63 ; WARUSFEL (B.), « La propriété intellectuelle comme politique publique », *loc. cit.*, spé. p. 409 ; un colloque sur le sujet s'est tenu à la Faculté de Droit de Lille le 13 décembre 2013, sous la Direction des Professeurs BLARY-CLÉMENT (E.) et WARUSFEL (B.). Le colloque a donné lieu à de nombreuses contributions éclairant la nature de droit économique du droit de la propriété intellectuelle (le programme du colloque est disponible en ligne sur le site Internet du Laboratoire Droit et perspectives du Droit (CRDP)).

¹³³⁹ Et pour cause, le droit d'auteur français reçoit une conception largement personnaliste par tradition. Cf. à ce sujet, SIIRIAINEN (F.), « Le droit d'auteur à l'épreuve de sa dimension économique [...] », *loc. cit.*, spé. p. 674-675.

d'auteur peut être appréhendé comme un « droit d'auteur économique »¹³⁴⁰, auquel peut s'appliquer la méthode d'analyse substantielle¹³⁴¹.

606. Un droit économique prenant en compte le besoin de protection de l'investissement. Le droit de la propriété intellectuelle est naturellement amené à s'intéresser à la réalité économique des schémas d'investissement dans la création, et aux besoins de protection de celui-ci. Le droit économique est un droit s'intéressant aux processus économiques. Il intervient dans leurs fonctionnements. Il en va ainsi de du droit de la propriété intellectuelle. Ce dernier s'intéresse en effet au fonctionnement économique du champ de la création et de sa valorisation. Il y intervient en instituant des règles de régulation des relations et échanges entre agents économiques sur le marché, dont l'objet des interactions est un résultat d'investissement. Ce résultat peut être appréhendé certes, comme une création, mais il représente très souvent une valeur économique, objet marchand valorisable par des interactions sur le marché. Dans ce cadre, les règles de la propriété intellectuelle sont autant de règles instituées dans la perspective d'organiser l'économie en lien avec la conception et la valorisation des résultats d'investissements. La performance des activités économiques se concentrant autour de la destinée de tels objets semble être conditionnée, aujourd'hui, à l'opportunité de la propriété intellectuelle et de la protection qu'elle offre. Cette dernière organise les rapports économiques en la matière pour les rendre plus efficaces. Le droit se donne en effet pour objectif d'assurer l'efficacité économique dans les échanges sur les marchés. Le processus de conception du résultat d'investissement, objet du marché, a besoin d'encadrement juridique pour être optimal, efficace, et produire un impact positif sur la vie en société.

607. Le droit économique de la propriété intellectuelle, instrument d'atteinte d'un but. Dans le cadre du droit économique, la question se posant aussi est celle de savoir s'il s'agit de mettre le droit au service de l'économie, ou s'il s'agit de maîtriser, au contraire, l'économie par le droit. Il est possible d'appliquer ces deux idées nuancées au droit de la propriété intellectuelle. Cependant, nous pensons qu'il ne s'agit pas tant d'asservir le droit à l'économie, que de concevoir ce dernier en considération de son but. Il est un instrument d'atteinte d'objectifs et finalités choisis par les pouvoirs politiques, notamment en matière économique. La protection

¹³⁴⁰ Cf. not. CARON (Ch.), *op. cit.*, n° 4 p. 4, l'auteur évoque un « droit économique » à l'endroit du droit d'auteur ; VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 68, n° 39 ; SIIRIAINEN (F.) « Le droit d'auteur à l'épreuve de sa dimension économique [...] », *loc. cit.*, p. 673 et s. ; BRUGUIÈRE (J.-M.), « Le "droit d'auteur économique" un droit d'auteur entrepreneurial perturbateur du droit d'auteur humaniste », *loc. cit.*, spé. p. 733-734, n° 3-4.

¹³⁴¹ SIIRIAINEN (F.), « Le droit d'auteur à l'épreuve de sa dimension économique [...] », *loc. cit.*, spé. p. 676, « Le "droit d'auteur économique" est une approche qui consiste à s'interroger sur la pertinence et la cohérence des catégories juridiques sur lesquelles reposent le droit d'auteur, en recourant, du point de vue méthodologique, à "l'analyse substantielle" ».

de l'investissement par le système de la propriété intellectuelle n'est pas spécialement une fin en elle-même, comme cela peut être parfois dénoncé. Il s'agit d'un moyen de parvenir à une fin plus collective et sociale. Selon cette considération, il est possible de tenir le système pour légitime, dans sa fonction de protection de l'investissement. L'objet et la méthode du droit économique invitent à ce titre à considérer la pertinence de la protection de l'intérêt d'un agent économique détenteur de pouvoirs économiques. La méthode contribue ainsi à sa justification¹³⁴². La propriété intellectuelle, organisant l'exercice de pouvoirs économiques, doit être cohérente et équilibrée au regard des réalités, afin d'être effective et efficace.

b. Un droit régulateur des pouvoirs économiques justifiant la protection

608. La propriété intellectuelle, un droit économique régulateur des pouvoirs économiques. Le droit économique intéresse les réalités des pouvoirs économiques, afin d'en offrir appréhension et traitement juridiques. Il en va ainsi du droit économique de la propriété intellectuelle. Ce dernier, dans sa fonction de protection de l'investissement et examiné à la lumière de la méthode de l'analyse substantielle, permet de corriger les effets de certains phénomènes de pouvoirs économiques¹³⁴³. Il assure la retranscription des rapports de pouvoirs économiques dans des catégories juridiques adaptées, afin de les soutenir. L'existence et l'expansion des pouvoirs économiques de l'investisseur, reconnus et soutenus par l'ordre juridique, dévoilent des conflits entre intérêts au sein d'un processus de création¹³⁴⁴, ainsi que des incohérences dans les traitements juridiques apportés. Il est pourtant nécessaire de faire en sorte que les réalités et ses besoins soient reflétés en cohérence au sein du système, selon une démarche de droit économique. Il s'agit alors d'œuvrer sans cesse à la recherche de cohérence entre les réalités et leur appréhension et traitement juridiques, et à celle de l'équilibre entre les intérêts parfois divergents¹³⁴⁵. Cela est possible à l'appui de la méthode d'analyse substantielle.

¹³⁴² Pour autant, afin de veiller à l'équilibre entre les intérêts des acteurs en jeu, représenté par leurs pouvoirs économiques, il convient de veiller à limiter l'utilisation de l'instrument de protection de l'investissement (SIIRIAINEN (F.), « Déséquilibres économiques et droit d'auteur », in BOY (L.) (dir.), *Les déséquilibres économiques et le droit économique*, Bruxelles : Larcier, 2014, p. 147). L'utilisation peut en effet s'avérer parfois dévoyée de la fonction du système (cf. du même auteur, « Réflexions critiques à propos de la propriété intellectuelle utilisée comme une « arme » concurrentielle », in BRUGUIÈRE (J.-M.) (dir.), *La propriété intellectuelle dans les droits du marché et de la rivalité concurrentielle*, Coll. Thèmes & commentaires, Paris : Dalloz, 2016, p. 13). Des dispositifs de prévention et de sanction de l'utilisation dans des buts individualistes doivent exister.

¹³⁴³ Ainsi en va-t-il en droit d'auteur, s'agissant par exemple de la réglementation des contrats d'exploitation. À ce sujet, cf. not. SIIRIAINEN (F.), « Déséquilibres économiques et droit d'auteur », *loc. cit.*, spé. p. 147-148, et p. 149-150, doutant de la réglementation.

¹³⁴⁴ *Id.*, p. 147.

¹³⁴⁵ SIIRIAINEN (F.) « Le droit d'auteur à l'épreuve de sa dimension économique [...] », *loc. cit.*, spé. p. 677.

La réflexion menée selon cette méthode peut alors aboutir à une justification de la protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle, laquelle en ressortirait légitimée.

609. Bilan et apport de la méthode critique pour justifier la protection. L'objet et la méthode du droit économique peuvent nous être utiles pour expliquer et justifier la protection actuelle, et même prospective, de l'investissement par la propriété intellectuelle. Une réflexion sur l'état des catégories juridiques de la propriété intellectuelle au regard des réalités du secteur, mériterait d'être entreprise, car elle permettrait certainement de faire gagner la discipline en cohérence, en équilibre et donc aussi en légitimité. Le recours à la méthode est en effet susceptible de procurer des solutions aux problématiques se posant dans le sujet en termes d'équilibre et de cohérence. Pour identifier des solutions par la mise en œuvre de cette méthode, il faut préalablement poser certaines questions afin d'identifier les problèmes à résoudre. Parmi celles-ci, il s'agit surtout de se demander si les catégories juridiques actuelles de la propriété intellectuelle sont toutes, et de manière claire, bien adaptées aux réalités, et en particulier à la réalité de l'investissement dans la création et son besoin de sécurisation. Les réponses à la question s'avèrent mitigées, et appuient d'autant plus la nécessité de faire évoluer le système juridique de la propriété intellectuelle vers une fonction plus, ou mieux assumée de protection de l'investissement immatériel. Dans ce cadre, une réflexion profonde doit être menée sur l'hypothèse de la finalité assumée de protection de l'investissement dans la création, du droit de la propriété intellectuelle.

B. La protection illustrée au travers des disciplines comparatistes

610. Les éclairages du voisinage historique et géographique. L'analyse des droits comparatistes offre un appui à la démonstration d'une protection justifiée de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle. Tant les aspects historiques de ce dernier, que l'expérience d'un tel système dans les ordres juridiques étrangers¹³⁴⁶, permettent d'illustrer la réalité et la pertinence de la protection. Peuvent être explorées dans l'histoire du droit de la propriété intellectuelle, les manières dont s'est manifesté le souci de protection de l'investissement (1). Une telle démarche peut également s'appliquer s'agissant de la protection offerte au sein des systèmes anglo-américains de droit de la propriété intellectuelle (2)¹³⁴⁷.

¹³⁴⁶ GAUDRAT (Ph.), « Les créations et le droit : balade dans l'espace et le temps », in ZOLLINGER (A.) (dir.), *La création, entre droit, philosophie et religion*, Coll. Actes et colloques, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2016, p. 11.

¹³⁴⁷ Nous remarquerons que les mobiles des évolutions qu'a connu la législation française, au cours de l'histoire, ont été aussi rencontrés dans les droits d'outre-Manche et d'outre-Atlantique. Il existe entre les particularités de

1) *La protection de l'investissement dans l'histoire de la propriété intellectuelle*

611. Enjeux et termes de l'étude historique de la protection. Afin d'illustrer la justification de la protection au travers de l'analyse historique de la propriété intellectuelle, il s'agit d'abord d'en exprimer l'intérêt (a). L'évolution historique de la protection pourra ensuite être exposée chronologiquement (b).

a. *L'intérêt de l'étude historique de la protection*

612. L'intérêt d'un regard dans le passé. L'étude de l'appréhension et du traitement de l'investissement dans la création par la propriété intellectuelle au cours de l'Histoire doit à la fois nous permettre de comprendre la « genèse » du droit positif, mais aussi nous donner l'opportunité d'exercer une comparaison avec l'état actuel du système¹³⁴⁸. L'expérience de l'Histoire peut en effet être utilisée à titre d'enseignement et d'illustration. Le but est d'identifier dans le passé des éléments de compréhension et d'explication du phénomène de protection juridique des investissements dans la création. Ainsi, il est possible de cerner les tenants et aboutissants du dispositif actuel, pour esquisser des perspectives d'avenir¹³⁴⁹.

613. Le souci de protection de l'investissement dans l'histoire du droit de la propriété intellectuelle. La protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle n'est pas une nouveauté qui remonterait à environ un demi-siècle¹³⁵⁰. Cette protection n'illustrerait pas véritablement, selon nous, un changement de paradigme dans la philosophie de cette discipline. Tout au contraire, il semblerait que le souci de cette protection soit ancré historiquement au sein du système de la propriété intellectuelle. Il revient aujourd'hui avec force sur le devant de la scène, et ce d'une manière cyclique¹³⁵¹. L'investissement, intellectuel bien-sûr mais aussi économique, est un ressort déterminant de l'existence d'une grande partie des objets intellectuels, et cela de longue date. Dès lors, il n'est pas surprenant qu'il ait été pris

ces systèmes des influences mutuelles. Ils ont en commun des convergences et des divergences, marquées par les évolutions historiques, en partie liées aux évolutions techniques et sociales, spécialement vis-à-vis du souci de protection de l'investissement dans la création.

¹³⁴⁸ GUESTIN (J.), BARBIER (H.) et BERGÉ (J.-S.), *op. cit.*, p. 147, n° 186 ; SAVATIER (R.), *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, *op. cit.*, p. 302, n° 305 et s., spé. p. 312, n° 320 et s.

¹³⁴⁹ PFISTER (L.), « Histoire du droit d'auteur », *loc. cit.*, n° 1.

¹³⁵⁰ En effet, à l'analyse de l'évolution de la législation en matière de propriété littéraire et artistique, on remarque que la prise en compte de l'investissement dans la création et sa protection se sont accélérés à partir de la loi de 1957.

¹³⁵¹ PFISTER (L.), « Histoire du droit d'auteur », *loc. cit.*, n° 3 : « Enfin, le temps présent amène à se demander si l'histoire du droit de la création littéraire et artistique n'est pas également faite de révolutions au sens, premier du terme, de cycles. Car il est frappant de voir ressurgir aujourd'hui de nombreuses règles, propositions et pratiques qui semblaient abandonnées [...] ».

en compte dans l'institution d'un régime juridique de cet objet, poursuivant d'ailleurs des finalités variées au cours de l'histoire. Il existe ainsi en la matière des constantes et des variables. Sur ces considérations, il est possible de sonder la place que l'histoire a donné à l'investissement et à sa protection au sein de la propriété intellectuelle. L'évolution historique du système est faite de couches stratifiées, d'étapes successives. À différentes périodes de l'histoire et de l'évolution de la réglementation, la protection nous intéressant a été offerte de différentes manières, et de façons plus ou moins expresses. La protection de l'investissement a d'ailleurs parfois été acquise au prix de luttes, notamment en matière de propriété littéraire et artistique¹³⁵².

614. Délimitation matérielle et temporelle de l'évolution historique. L'analyse de l'évolution historique sera limitée à la réglementation de la propriété littéraire et artistique, et de ses occurrences de protection de l'investissement dans la conception et l'exploitation d'un objet immatériel de nature créative¹³⁵³. L'évolution de la protection d'une invention au cours de l'histoire s'est accommodée plutôt aisément de la justification liée à la protection des investissements, que la conception et l'exploitation de l'invention brevetée nécessitaient. Il n'est pas évident de pouvoir en dire autant s'agissant de la création littéraire et artistique, catégorie qui tendra pourtant à embrasser plus tard les créations dites utilitaires, protégées parfois sur des considérations de rentabilité économique. L'enjeu est de démontrer que la question de la protection de l'investissement en propriété littéraire et artistique est au cœur de l'évolution de ce système, et existait même dès sa genèse¹³⁵⁴. L'objet des développements portera sur la manière dont l'investissement a pu être protégé, de l'Ancien régime à aujourd'hui, dans le champ de la propriété littéraire et artistique¹³⁵⁵.

¹³⁵² LATOURNERIE (A.), « Petite histoire des batailles du droit d'auteur », *Association multitudes*, « *Multitudes* », 2001/ 2, n° 5, p. 37.

¹³⁵³ Ce choix se justifie car le champ de ce que l'on appelle aujourd'hui la propriété industrielle, et son évolution historique, n'ont pas autant été discutés dans la fonction de protection de l'investissement qu'assume ce dispositif, que ne l'a été le champ de la propriété littéraire et artistique. La thèse de la fonction de protection de l'investissement dans l'invention et sa valorisation est, et a été admise beaucoup plus facilement. À ce sujet, cf. *supra*, n° 129 et s.

¹³⁵⁴ Sur la genèse de la notion de propriété littéraire, cf. not. DOCK (M.-C.), « Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire », *RIDA* 1974, n° 79, n° spé., p. 127.

¹³⁵⁵ Seules les étapes et périodes les plus significatives seront traitées. Le choix de commencer l'étude à compter de l'Ancien régime se justifie en ce que les prémisses de l'actuel système de la propriété intellectuelle n'ont pu se développer, entre autres, que par la conception à partir de la Renaissance du système de l'imprimerie. À ce sujet, cf. not. DOCK (M.-C.), *Étude sur le droit d'auteur*, Paris : LGDJ, 1963, p. 63.

b. L'évolution historique de la protection

615. Étude chronologique des aspects de la protection. Dans une dynamique chronologique, la protection de l'investissement au cours de l'histoire du droit de la propriété littéraire et artistique peut être analysée d'une part, à partir de sa genèse (i). D'autre part, elle peut l'être à partir de ses principales évolutions postérieures (ii).

i. La genèse

616. Les privilèges d'imprimerie sous l'Ancien régime, et leur fonction de protection de l'investissement. Le développement des premiers dispositifs de protection de l'investissement dans la reproduction des objets supportant des créations intellectuelles, sous la forme des privilèges royaux, n'a eu lieu que dans une perspective économique. Il s'agissait de limiter les effets rejetés d'une certaine forme de concurrence entre agents économiques de l'époque, qu'étaient les libraires¹³⁵⁶. La réservation des créations ne pouvait pas exister avant le développement de l'imprimerie, car cette protection a commencé à se justifier au regard de la multiplication des copies des œuvres, ce qui avait un impact sur l'activité économique des éditeurs imprimeurs¹³⁵⁷. Il est ainsi permis de s'interroger sur le statut d'ancêtre du droit d'auteur, des privilèges d'imprimerie¹³⁵⁸. La réponse à cette question appelle des nuances. Pour le moins, on a pu écrire qu'il était possible de voir dans ces privilèges, une « institution de sauvegarde industrielle destinée à indemniser les éditeurs des frais généraux de publication et des risques commerciaux de l'entreprise »¹³⁵⁹. Nous soulignons la modernité de cette justification avancée également de nos jours. Il y a là une volonté d'assurer la rentabilité des investissements engagés par les fabricants et diffuseurs des créations¹³⁶⁰. Les libraires de l'époque, exerçant la fonction actuelle d'éditeur, « vont en effet solliciter des privilèges pour rentabiliser les investissements importants qu'impliquent les travaux de révision des manuscrits et les opérations de fabrication »¹³⁶¹. Nous devons toutefois ici préciser qu'il s'agissait, non pas de rentabiliser un investissement dans la conception d'une œuvre¹³⁶², mais plutôt de rentabiliser

¹³⁵⁶ Il faut bien sûr ajouter à ces mobiles, ceux d'ordre politique et de censure royale, cf. not. PFISTER (L.), « Histoire du droit d'auteur », *loc. cit.*, n° 8 ; DOCK (M.-C.), *op. cit.*, p. 66 et s.

¹³⁵⁷ PFISTER (L.), « Histoire du droit d'auteur », *loc. cit.*, n° 8.

¹³⁵⁸ Sur les origines du droit d'auteur à partir de l'invention de l'imprimerie, cf. not. RECHT (P.), *op. cit.*, p. 26.

¹³⁵⁹ DOCK (M.-C.), *op. cit.*, p. 65.

¹³⁶⁰ RECHT (P.), *op. cit.*, p. 26-27, présentant les privilèges d'imprimerie comme « une garantie privée, un monopole, une sauvegarde industrielle ou commerciale », reconnaissant une « fonction économique » ; BUYDENS (M.), *La propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 246-247, au sujet de la protection des créations littéraires et artistiques par le système du privilège, évoquant les « motifs d'équité justifiant l'octroi des privilèges pour indemniser les frais encourus par les libraires ».

¹³⁶¹ LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *op. cit.*, p. 4, n° 6.

¹³⁶² Préoccupation que l'on rencontre plutôt actuellement, en plus de celle de la recherche de rentabilité de

des investissements dans les moyens d'existence et de diffusion matérielle d'une œuvre, tout au moins, d'un manuscrit de nature littéraire. Aussi, il faut bien reconnaître qu'à l'époque, les privilèges n'étaient pas conçus comme un mode de protection de l'auteur ni de son activité¹³⁶³.

617. Aspects objectif et subjectif de la protection de l'investissement au sein du privilège d'imprimerie. Le privilège permettait une protection objective de l'investissement, en assurant, par une forme de réservation, l'exclusivité de la fabrication et de la diffusion de l'œuvre¹³⁶⁴. Le but était de réguler la concurrence, en permettant à l'éditeur de rentrer dans ses frais de fabrication et de diffusion¹³⁶⁵. Il assurait aussi une protection subjective de l'investissement, car le privilège est, du moins, jusqu'à une certaine époque octroyé à l'éditeur, et pas véritablement à l'auteur. Plus tard, le privilège pourra être octroyé directement à l'auteur, ce qui aura pour mérite, il est vrai, d'assurer tout de même la défense des intérêts des investisseurs-imprimeurs¹³⁶⁶.

618. Vers l'octroi de privilèges aux auteurs dans l'intérêt des investisseurs. Ce n'est qu'à l'occasion des luttes économiques et philosophiques, entre les libraires parisiens et provinciaux, qu'a émergé la question de la protection de l'auteur et de sa vocation à la propriété de son œuvre. L'auteur ne fait cependant pas directement valoir ses prétentions. Ce sont les porte-paroles des intérêts des libraires parisiens qui s'en chargeront¹³⁶⁷. D'après leur thèse, il convient de reconnaître à l'auteur un droit de propriété sur le fruit de son génie, qui ne soit pas limité dans la durée. La reconnaissance de cette idée de propriété permettrait à l'éditeur de se faire céder la propriété de l'auteur contre une somme forfaitaire, afin qu'il en assure la reproduction et la diffusion. La thèse soutenue par les libraires de province met en avant le fait que le fruit du génie de l'auteur ne doit pas faire l'objet d'une propriété perpétuelle de l'auteur, mais seulement d'un privilège temporaire. Ils sont davantage attachés au caractère temporaire

l'exploitation de la création.

¹³⁶³ STROWEL (A.), « Le droit d'auteur et le copyright entre histoire et nature », *loc. cit.*, p. 289 et s., n° 8.

¹³⁶⁴ L'œuvre n'était pas considérée en tant que telle, mais était appréhendée comme un manuscrit contenant une production littéraire ou artistique.

¹³⁶⁵ Même si cela poursuit, en plus, une fonction de contrôle politique de la diffusion des écrits. À ce sujet, cf. not. BUYDENS (M.), *La propriété intellectuelle*, *op. cit.*, not. p. 253.

¹³⁶⁶ Cette attribution alternative du privilège permettra tout de même à l'éditeur de protéger son investissement dans la diffusion, puisqu'il se fera céder le privilège. De plus, il est, sous l'Ancien régime, le seul autorisé à assurer cette reproduction et cette diffusion, dans un contexte d'économie corporatiste. Cf. PFISTER (L.), « Histoire du droit d'auteur », *loc. cit.*, n° 15.

¹³⁶⁷ Et parmi eux, notamment l'avocat Louis d'Héricourt, ainsi que Denis Diderot. Cf. pour le premier, « Mémoire en forme de requête à M. le Garde des Sceaux rédigé par M. Louis D'HÉRICOURT, avocat au parlement », reproduit dans LABOULAYE (E.) et GUIFFREY (G.), *La propriété littéraire au XVIII^e siècle, Recueils de pièce et de documents*, Paris : Librairie de L. Hachette et Cie, 1859, p. 21 et s. (disponible en ligne sur le site Gallica.bnf.fr) et DOCK (M.-C.), *op. cit.*, p. 115 et s. ; pour le second, cf. DIDEROT (D.), *Lettre sur le commerce de la librairie : la propriété littéraire au XVIII^e siècle*, publiée pour la première fois par le comité de l'Association pour la défense de la propriété littéraire et artistique, avec une introduction par GUIFFREY (G.), Paris : Librairie de L. Hachette et Cie, 1861, lettre « Historique et politique », adressée en juin 1767 à un magistrat.

de la forme d'exclusivité octroyée¹³⁶⁸. On pressent bien l'intérêt de cette argumentation pour ces libraires. Ils pourraient à ce titre jouir d'une certaine liberté pour assurer l'exploitation et la diffusion des créations littéraires, et ainsi sortir du jeu de l'exclusion auquel les conduit la faveur de la royauté pour l'octroi des privilèges aux libraires parisiens. Ils ont tout intérêt à ce que ces œuvres soient au plus vite « libres d'exploitation ». Dans chacune des thèses, la question de la propriété de l'auteur ou de son privilège sur la création est abordée au soutien des prétentions des intérêts industriels et économiques des libraires¹³⁶⁹. L'intérêt de l'auteur ne sert que de faire valoir à d'autres types d'intérêts. La bataille se soldera par l'intervention des arrêts du Conseil du Roi de 1777, composant une première sorte de Code de la propriété intellectuelle¹³⁷⁰.

619. Privilège, monopole et réservation. Les principes institués apparaissent dans une fonction essentiellement économique de la « grâce fondée en justice » reconnue par Roi, et ce, que le privilège bénéficie finalement à l'auteur ou au libraire. Il s'agit, lorsque le privilège est accordé à l'auteur, de récompenser son travail, et s'il l'est à l'éditeur, de couvrir ses frais, s'agissant alors d'une sorte d'indemnité¹³⁷¹. On peut d'ores et déjà constater l'existence de plusieurs fondements de l'institution d'une forme d'instrument de réservation économique, fondements divergents, suivant l'intérêt individuel, qu'il s'agit de privilégier et de protéger. Au demeurant, les éditeurs avaient bel et bien tout intérêt à soutenir la propriété par les auteurs de leurs œuvres, car cela était pour eux un moyen de se les faire céder, et donc de gérer la rentabilité de leur investissement dans l'impression et la diffusion de celles-ci. Le privilège instituait ainsi une exclusivité dans les actes d'impression et de reproduction, assimilable à une forme de monopole. « Le privilège est donc né d'un impératif économique élémentaire : protéger un investissement par un monopole d'exploitation temporaire »¹³⁷². Le parallèle avec notre droit contemporain semble *patente (sic)*. Nous remarquons en effet la particulière modernité de cette réaction, en considération de la manière dont le droit de propriété intellectuelle se justifie encore. En cela, on pourrait affirmer que la tendance croissante à la protection de l'investissement n'a rien d'un véritable changement de paradigme, mais présente tous les traits d'un retour aux sources du système de la propriété intellectuelle¹³⁷³.

¹³⁶⁸ BUYDENS (M.), *La propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 270 et s.

¹³⁶⁹ PFISTER (L.), « Histoire du droit d'auteur », *loc. cit.*, n° 25.

¹³⁷⁰ Reproduisant ces arrêts, cf. not. LABOULAYE (E.) et GUIFFREY (G.), *op. cit.*, p. 121 et s.

¹³⁷¹ Dans la saga d'arrêts du 30 août 1777, sur les 6 arrêts, le 5^e précise en son préambule que le privilège d'imprimerie est une « *grâce fondée en justice* », qui, si elle est accordée au libraire, vise l'indemniser de ses frais, et qui, si elle est accordée à l'auteur, vise à le récompenser de son travail ; sur ce 5^e arrêt « *Du Conseil d'État du Roi, portant règlement sur la durée des privilèges en librairie* », cf. LABOULAYE (E.) et GUIFFREY (G.), *op. cit.*, spé. p. 143 et s.

¹³⁷² EDELMAN (B.), *Le sacre de l'auteur*, *op. cit.*, p. 154, cf. aussi p. 152 et s., exposant le privilège comme un « *instrument économique* ».

¹³⁷³ Nous adoptons toutefois une distance, en ce que le privilège visait à rentabiliser un investissement des éditeurs

620. Les lois révolutionnaires. La disparition des privilèges assumant une fonction de protection de l'investissement emportera avec elle le jugement illégitime de leur source. Les nouvelles lois postrévolutionnaires permettent d'assurer à leur tour une telle fonction, cette dernière étant susceptible de gagner en légitimité, dès lors qu'elle est instituée par la loi, et donc par la volonté de la souveraineté nationale¹³⁷⁴. Ces lois reconnaissent la possibilité pour l'auteur, titulaire initial des droits de propriété, de les exploiter lui-même ou de les céder. Leur justification trouve sa source dans l'abolition du système des privilèges royaux et des corporations, ainsi que dans l'affirmation d'un certain nombre de libertés¹³⁷⁵. Leur adoption traduisait la nécessité de trouver un moyen pour continuer de protéger les investissements. Elles reconnaissaient la propriété sur les fruits du génie au bénéfice de leur auteur. Ce système de protection de la création, par sa réservation, continuera néanmoins de bénéficier aux éditeurs en aval, dans le domaine de la propriété littéraire et artistique. En effet, ils pourront toujours continuer à se faire céder les droits patrimoniaux d'exploitation, les utilisant comme moyen de rentabiliser leur investissement dans l'exploitation. On retrouve dans le fondement de ces lois un mélange de justifications naturaliste et utilitariste. Il a pu d'ailleurs être suggéré que l'aspect naturaliste et personnaliste des droits institués, et surtout de la propriété littéraire et artistique, a été exacerbé¹³⁷⁶. En outre, ces lois instituant un droit de propriété sur le fruit du génie au bénéfice des auteurs, ne prévoient que des prérogatives patrimoniales, révélant l'aspect essentiellement économique de leur fonction. Le droit de propriété est ainsi reconnu dans le but, peut-être de faire vivre l'auteur¹³⁷⁷, mais aussi et surtout, de rentabiliser les frais engagés dans la création et son exploitation¹³⁷⁸. Les nouvelles lois participent donc, selon nous, d'une dynamique de protection à la fois objective et subjective de l'investissement dans la création et son exploitation¹³⁷⁹. Les bases de notre analyse du droit d'auteur actuel, en tant que système de

dans la reproduction et la diffusion des créations, tandis que l'investissement qui nous occupe ici, est celui engagé dans la phase de conception de l'objet immatériel.

¹³⁷⁴ Les lois ont été adoptées dans une forme de continuité avec les apports des arrêts royaux de 1777. Il s'agit, dans un premier temps, de la loi des 13 et 19 janvier 1791 qui reconnaît un droit de représentation aux auteurs des œuvres. Puis, vint la loi des 19 et 24 juillet 1793 qui reconnaît un droit de reproduction sur les œuvres, au bénéfice de leurs auteurs. Sur ces lois révolutionnaires, cf. not. LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *op. cit.*, p. 11, n° 8.

¹³⁷⁵ POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, Le Droit d'auteur, op. cit.*, p. 28, n° 14 et s.

¹³⁷⁶ GEIGER (Ch.), *op. cit.*, p. 76, n° 60, sur la justification historique de la naissance du droit d'auteur, montrant qu'il ne s'agissait pas, avec les lois révolutionnaires, de protéger l'auteur ou la création mais, soi-disant l'intérêt du public, et surtout celui de l'exploitant. Concluant : « *Pas de signes encore de droit contractuel protecteur de l'auteur, ni de droit moral, qui n'apparaîtront que bien plus tard au courant du 19^e siècle* » ; DUSOLIER (S.), *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique, droit et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Bruxelles : Larcier, 2005, n° 365, p. 290.

¹³⁷⁷ BUYDENS (M.), *La propriété intellectuelle, op. cit.*, p. 280.

¹³⁷⁸ GINSBURG (J. C.), « Histoire de deux droits d'auteur : la propriété littéraire et artistique dans la France et l'Amérique révolutionnaire », *loc. cit.*, p. 130.

¹³⁷⁹ Dans ces lois révolutionnaires, nulle réelle place pour le « droit moral », qui ne sera institué que plus tard. De

protection objective et subjective de l'investissement intellectuel et/ou économique dans la création, sont ainsi posées dès cette époque.

ii. Les principales évolutions

621. Les évolutions du 19^e siècle. Certaines des lois ponctuelles venant préciser le régime de la propriété littéraire et artistique tendront à illustrer une prise en charge du besoin de protection de l'investissement dans la création. Au cours de la seconde moitié du 19^e siècle, la propriété littéraire et artistique connaîtra de notables évolutions en ce sens. Ces dernières pourraient être interprétées tantôt, comme favorable à la thèse du droit comme mode de protection de l'investissement dans la création, tantôt au contraire, comme mode de protection de la personnalité de l'auteur. Nous nous concentrerons sur la première interprétation.

622. L'allongement de la durée de protection. Une loi du 14 juillet 1866 vient allonger la durée des droits patrimoniaux de l'auteur. Initialement, la loi de 1791 dispose que le droit dure la vie de l'auteur et cinq ans après son décès, tandis que la loi de 1793 prévoit une durée correspondant également à la vie de l'auteur, jusqu'à dix ans après sa disparition. Avant 1866, ces durées avaient déjà progressivement évolué. La fin de la durée de protection est repoussée à cinquante ans après le décès de l'auteur. Il ne nous apparaît pas que cette justification de l'allongement de durée soit affichée véritablement comme un soutien aux perspectives de rentabilité de l'investissement de la création dans le temps. Toutefois, nous nous demandons si, après tout, cette augmentation n'aurait pas été favorable à la rentabilité de l'activité de création ou d'exploitation de l'œuvre.

623. Le développement de la conception personnaliste. Dans le dernier tiers du 19^e siècle, la propriété littéraire et artistique, qui d'après son fondement légal n'institue que des prérogatives de nature patrimoniale, devient pourtant un droit personnaliste. En cela, il nous semble que le fondement économique se trouvera en quelque sorte masqué, étouffé, pendant près d'un siècle. La conception personnaliste et les évolutions qu'elle a emportées sur son passage, soutenue par la doctrine et la jurisprudence de l'époque¹³⁸⁰, trouveront manifestement une consécration dans la loi du 11 mars 1957. Il y est difficile de trouver des manifestations

même, la protection par la propriété littéraire et artistique ne dépendait pas encore de la caractérisation de l'originalité de la forme de la création.

¹³⁸⁰ Pour un exposé des idées de MORILLOT et de son influence sur la personnalisation du droit d'auteur, cf. not. EDELMAN (B.), « Droit d'auteur. Nature du Droit d'auteur. Principes généraux », *J.-Cl. PLA*, fasc. 1112, 2000, n° 20 et s. ; sur l'apparition du droit moral et le développement de la dimension jusnaturaliste et personnaliste, cf. not. LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *op. cit.*, p. 15, n° 9 ; PFISTER (L.), « Histoire du droit d'auteur », *loc. cit.*, n° 47 et 55. ; sur la thèse personnaliste du droit d'auteur et sa postérité au cours du 20^e siècle, BUYDENS (M.), *La propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 285 et s.

nouvelles de la protection de l'investissement économique dans la création. En effet, l'analyse de la personnalisation grandissante de la propriété littéraire et artistique tend à refouler le fondement économique. Le personnalisme a été utilisé pour servir de contrepoids à l'utilisation économique par les exploitants, des droits de propriété littéraires et artistiques que leur ont cédés les auteurs. D'après une lecture du phénomène créatif sous le prisme du concept d'investissement, cette nouvelle conception est susceptible d'appréhender d'avantage l'investissement intellectuel et humain dans la création, de la part de l'auteur, que l'investissement économique d'un tiers.

624. La première moitié du 20^e siècle. Dans la première partie du 20^e siècle, et jusqu'à la loi réformatrice de 1957, le droit d'auteur n'a connu que des réformes ponctuelles. L'objet de ces développements n'étant pas de toutes les retracer, nous nous contenterons de mentionner les lois de 1902 et de 1909, tendant à consacrer la théorie doctrinale de l'unité de l'art. En effet, la portée de celles-ci nous semble pouvoir être interprétée comme favorable à la perspective de la protection d'un investissement dans la création de certains types d'œuvres, et spécialement des œuvres à caractère utilitaire. Celle du 11 mars 1902 vient étendre explicitement l'application de la loi de 1793 aux œuvres des arts appliqués, que l'on peut aussi désigner comme les œuvres utilitaires, sujettes à l'industrialisation. Elle précise que la propriété littéraire et artistique est applicable à ce type d'œuvre, peu importe leur mérite ou leur destination. Celle du 14 juillet 1909 vient ensuite, à l'occasion de l'institution d'une réglementation industrielle des dessins et modèles, préciser que ces types d'œuvres peuvent faire l'objet d'une protection à la fois par la propriété littéraire et artistique, et par le droit des dessins et modèles. Peut-être pouvons-nous y voir un témoignage d'une volonté de favoriser, à l'appui de ces types de monopoles d'exploitation, la rentabilité de l'investissement économique et intellectuel, que la conception de ces œuvres a nécessité. En effet, la consécration légale de la règle de l'unité de l'art fait entrer dans le champ du droit d'auteur des créations utilitaires présentant plus ou moins de lien avec la personnalité de leur créateur. Ces créations, résultats d'investissements intellectuel et économique, se trouvent ainsi réservées dans une perspective plus économique¹³⁸¹, que personnaliste.

625. L'évolution depuis 1957 : entre consécration du personnalisme et multiplication des dispositifs de protection de l'investissement économique dans la création. La loi du 11 mars 1957 nous apparaît comme un dispositif s'efforçant de concilier tant bien que mal des

¹³⁸¹ Sur la loi de 1902 et son impact en termes économiques, cf. BERTRAND (A.), *Droit d'auteur, op. cit.*, n° 101.54 : « La loi du 11 mars 1902, en élargissant le champ du droit d'auteur aux "arts appliqués à l'industrie", a démultiplié son champ économique ».

finalités différentes¹³⁸². Le constat ressortant de son analyse confine ainsi au paradoxe sur certains points. Le mélange de finalités qu'elle contient prêterait à la confusion sur la philosophie qui la traverse. En effet, elle est affichée comme une loi visant à replacer l'auteur au centre de la scène. Pourtant, nombre de dispositions révèlent la prise en compte de la réalité de l'investissement économique dans la création, et le souci de sa rentabilité. Ainsi, la place de la protection de l'investissement, dans le nouveau système du droit d'auteur, est à la fois marginale et centrale. Cette nouvelle loi avait pour ambition de renforcer le statut des auteurs, tout en adaptant le dispositif légal en matière de propriété littéraire et artistique, aux évolutions des modes de créations et de diffusion, lesquels impliquent des investissements économiques¹³⁸³. Ainsi, on parlera d'une loi « pétrie d'humanisme »¹³⁸⁴, comportant pourtant, selon les tenants d'une conception personnaliste, des « intrus »¹³⁸⁵. Ces derniers, à l'instar du régime de l'œuvre collective, doivent certainement être considérés comme des dispositifs tendant à protéger l'intérêt de l'investisseur économique à la création.

626. La loi du 3 juillet 1985. Se présentant comme un complément de celle de 1957, la loi du 3 juillet 1985 fût certainement celle qui, le plus symboliquement, mettait en avant la volonté de protéger les investisseurs dans la création¹³⁸⁶. Ainsi, tandis que cette dernière visait à rééquilibrer les relations entre les auteurs et les exploitants en faveur des premiers, la loi de 1985 tend à exercer un rééquilibrage au profit des seconds¹³⁸⁷. Des droits exclusifs sont notamment reconnus au profit des « auxiliaires de la création » exerçant une fonction d'investissement économique dans la conception, la fixation sur un support, et la diffusion de ladite création intellectuelle. Ces « droits voisins du droit d'auteur » accordés aux investisseurs sont mêmes qualifiés de « droits de l'investissement culturel »¹³⁸⁸. En tant que résultats d'investissements, les objets immatériels se trouvent réservés comme tels sur la base d'un mobil

¹³⁸² Sur les objectifs de la loi de 1957, cf. not. LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *op. cit.*, p. 17, n° 11 ; POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, Le droit d'auteur, op. cit.*, p. 42, n° 32 et s. ; VILBOIS (J.), « Historique de la loi du 11 mars 1957 », *RIDA* avr. 1958, n° 19, p. 29 ; sur un bilan de la loi, cf. les actes publiés du Colloque du 60^e anniversaire de la loi, « Bon anniversaire à la loi de 1957 », *RIDA* avr. 2018, n° 256, p. 5.

¹³⁸³ PFISTER (L.), « Histoire du droit d'auteur », *loc. cit.*, n° 100.

¹³⁸⁴ Selon l'expression de DESBOIS (H.), *op. cit.*, p. 206, n° 173.

¹³⁸⁵ *Ibid.*

¹³⁸⁶ L. n° 85-660 du 3 juillet 1985 ; sur cette loi, cf. not. LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *op. cit.*, p. 18, n° 12 ; POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, Le droit d'auteur, op. cit.*, p. 46, n° 35 et s.

¹³⁸⁷ Cf. EDELMAN (B.), *Droits d'auteur – Droits voisins. Droit d'auteur et marché*, Paris : Dalloz, 1993, l'auteur démontre que la loi de 1985 tend à favoriser les intérêts des investisseurs au détriment de ceux des auteurs.

¹³⁸⁸ DAVERAT (X.), « Droits voisins du droit d'auteur. Histoire des droits voisins », *J.-Cl. PLA*, fasc. 1405, 2016, n° 2.

incitatif d'efficacité économique, au profit de leur valorisation la plus optimale. Protections objective et subjective de l'investissement dans la création s'en trouvent ainsi assurées¹³⁸⁹.

627. Le rôle de l'Union européenne dans l'évolution de la protection. L'Union Européenne, en matière d'harmonisation de la propriété intellectuelle, est attachée aux ressorts incitatifs et d'efficacité économique¹³⁹⁰. Après la loi de 1985, les évolutions en matière de droit d'auteur français seront impulsées par les directives d'harmonisation¹³⁹¹. L'institution y manifeste allègrement le souci de protection de l'investissement économique dans le domaine de la culture et de l'innovation¹³⁹². La prise en compte de l'efficacité des processus créatifs d'investissements traduit l'influence de la mondialisation des échanges économiques et sociaux dans le domaine de la propriété intellectuelle, à l'échelle régionale européenne¹³⁹³. L'illustration la plus récente de ce processus réside dans la transposition en 2019 en France¹³⁹⁴, de la directive européenne adoptée la même année¹³⁹⁵, consacrant un droit voisin au bénéfice des éditeurs et agences de presse en ligne. Des considérations de rentabilité de l'investissement dans la création et sa diffusion y sont présentes.

628. Bilan. Historiquement, le droit de la propriété intellectuelle poursuit une fonction de nature économique. Il est toutefois envisageable que cette dernière ait été étouffée, ou pour le moins dépassée, par une conception personnaliste et humaniste ayant eu tendance à mettre l'auteur au centre du système. Il y aurait eu dévoiement de la nature et du fondement et de la finalité du droit d'auteur. Pourtant, il faut bien reconnaître les avancées présentées par ce renouvellement de conception. Le problème tient aujourd'hui à l'existence de difficultés dans la détermination de la véritable identité, par exemple, du droit d'auteur. Aussi, le retour à l'aspect économique de ce droit, depuis plusieurs décennies, suscite les remarques dont est affublé le système lorsqu'il protège l'investissement. Il est alors taxé d'illégitimité. Néanmoins,

¹³⁸⁹ La loi institue des « droits voisins » au profit des producteurs de la création assumant une fonction d'investissement. Elle élargie également le champ de la protection par le droit d'auteur aux œuvres informationnelles ayant nécessité davantage d'investissements économiques qu'intellectuels.

¹³⁹⁰ POLLAUD-DULIAN (F.), *Propriété intellectuelle, Le droit d'auteur, op. cit.*, p. 80, n° 82 et s., sur l'évolution contemporaine du droit d'auteur et l'incidence du droit de l'Union européenne ; VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 70, n° 41, spé. p. 72 ; ZOLYNSKI (C.), *Méthode de transposition des directives communautaires : Étude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins*, Coll. Nouv. Bibl. de thèses, vol. 70, Paris : Dalloz, 2007, p. 11.

¹³⁹¹ CARON (Ch.), *op. cit.*, p. 32, n° 33, au sujet de la loi du 3 juillet 1985 et des suivantes.

¹³⁹² Cela transparaît non seulement dans les considérants, mais également dans les articles adoptés. Cf. GEIGER (Ch.), « L'Europe au carrefour des logiques : propriété intellectuelle et investissement, une dangereuse équation », *loc. cit.*, p. 125, s'interrogeant sur la fonction de protection de l'investissement du droit de la propriété intellectuelle, fonction qui transparaîtrait dans les considérants des directives.

¹³⁹³ BUYDENS (M.), « Remèdes à la privatisation de l'information par la propriété industrielle : le domaine technique », *RIDE* 2006/4, p. 433, spé. p. 445 ; EDELMAN (B.), *La propriété littéraire et artistique, op. cit.*, p. 103 et s.

¹³⁹⁴ L. n° 2019-775 du 24 juill. 2019, *préc.*

¹³⁹⁵ Direct. européenne 2019/790 du 17 avr. 2019, *préc.*

il est permis de formuler l'hypothèse selon laquelle la protection de l'investissement constitue « l'alpha et l'oméga de la propriété intellectuelle »¹³⁹⁶. L'évolution continue de cette dernière, sous l'impulsion des évolutions des processus de la création et de ses besoins, se dirigerait ainsi vers son paradigme originel. Or, ce retour doit être expliqué¹³⁹⁷, justifié, et assumé.

2) *La protection de l'investissement en copyright anglo-américain*

629. Les manifestations de la protection de l'investissement dans le droit anglo-américain de la propriété intellectuelle. Le regard vers les systèmes juridiques étrangers de propriété intellectuelle est utile pour illustrer la justification de la protection. Les enjeux de cette dernière présentent en effet des constantes, tant à la comparaison historique que géographique de la propriété intellectuelle. Le souci contemporain de protection n'est en effet pas original. Il doit être traité avec attention. Rechercher la manière dont il est traité dans les systèmes étrangers peut apporter des explications des situations passées, actuelles et futures de notre propre système¹³⁹⁸. L'intérêt de la démonstration peut être explicité **(a)**, préalablement à l'exposé des illustrations de l'analyse comparatiste **(b)**.

a. L'intérêt de l'analyse comparatiste

630. La place réservée à la protection de l'investissement en copyright en comparaison du système français. L'objet de la recherche est de mener une comparaison des traitements des investissements immatériels en droit français et en droit du copyright anglo-américain. Il s'agira d'opérer une comparaison sommaire au regard de l'équivalent du droit français de la propriété littéraire et artistique, et surtout du droit d'auteur, lequel oscille entre des conceptions personnaliste et économique¹³⁹⁹. Une doctrine française traditionnelle du droit d'auteur le présentant comme humaniste et personnaliste tend, en effet, à rejeter sa philosophie

¹³⁹⁶ L'expression est celle utilisée pour intituler un cycle de conférences à l'Université de Lille de 2015 à 2016, à l'initiative de Madame le Professeur BLARY-CLÉMENT (E.), en partenariat avec la MESHS (Lille) : <https://www.meshs.fr/page/iaopi>.

¹³⁹⁷ PFISTER (L.), « Histoire du droit d'auteur », *loc. cit.*, spé. n° 86 : « C'est aussi dire que la logique économique, apparue la première mais un temps éclipsée par la reconnaissance du droit moral, regagne du terrain et ce au détriment de la conception personnaliste du droit d'auteur français, [...] » ; DROSS (W.), *op. cit.*, p. 829, n° 452-1 : « [...] l'on pourrait d'ailleurs [...] souligner que la protection par le droit des biens intellectuels n'a finalement jamais eu pour autre finalité que la protection d'un investissement financier » (renvoyant à l'analyse de EDELMAN (B.), *Le droit saisi par la photographie*, Flammarion, 2001, chap. III. p. 33-73).

¹³⁹⁸ GHESTIN (J.), BARBIER (H.) et BERGÉ (J.-S.), *op. cit.*, p. 148, n° 189 et s., spé. p. 148, n° 190.

¹³⁹⁹ Sur ces deux systèmes, cf. not. BENHAMOU (F.) et FARCHY (J.), *op. cit.* ; RIDEAU (F.), *La formation du droit de la propriété littéraire en France et en Grande Bretagne. Une convergence oubliée*, Aix-en-Provence : PUAM, 2004 ; STROWEL (A.), *Droit d'auteur et copyright*, *op. cit.*

économique. En revanche, les systèmes anglo-américains y sont traités comme étant davantage tournés vers une finalité économique. Cette césure sur le terrain économique peut nous conduire à la reporter naturellement sur la question de la place de la protection de l'investissement dans ces systèmes respectifs¹⁴⁰⁰. La distinction se révèle cependant être assez manichéenne, car les oppositions ayant pu exister apparaissent de plus en plus comme artificielles et dépassées. Il n'en demeure pas moins que le copyright renvoie plus volontiers l'image d'un système protecteur de l'investissement, objectif davantage assumé qu'en droit français. Il n'a en effet pas connu une évolution vers le personnalisme aussi poussée qu'en Europe, et surtout qu'en France et en Allemagne. Une des illustrations la plus souvent invoquée à l'appui de l'affirmation réside dans l'absence, pendant très longtemps, de droit moral au bénéfice du créateur, dans les systèmes anglo-américains du copyright. Pourtant, ces différents systèmes tendent à se rapprocher¹⁴⁰¹, dans un jeu d'influences mutuelles¹⁴⁰². Le développement des conventions internationales en la matière n'est sans doute pas étranger à ce phénomène, de même que l'influence des législations de l'Union européenne qui, ces dernières décennies, ont œuvré à l'harmonisation des législations des États membres. Ainsi, le Royaume-Uni comme les États-Unis, à la fin du siècle dernier, se sont dotés d'un droit moral¹⁴⁰³. Le droit moral ne semble pourtant pas assumer les mêmes fonctions qu'en droit français, et ne pas présenter la même portée. De même, on croit identifier une influence des systèmes du copyright, protecteur de l'investissement, sur le système français. Cette influence s'est notamment manifestée par la création, en droit français, d'un régime de droits voisins des producteurs¹⁴⁰⁴, qualifié de « cheval de Troie du copyright »¹⁴⁰⁵. Le développement du numérique et des nouvelles formes de communication, ainsi que le phénomène accru de mondialisation de l'économie de l'innovation, ont incité au rapprochement des systèmes juridiques relatifs à la propriété intellectuelle. L'opposition entre droit d'auteur et copyright est donc à relativiser. Il a existé et

¹⁴⁰⁰ BRUGUIÈRE (J.-M.), *Le droit du copyright anglo-américain*, Coll. Connaissance du droit, Paris : Dalloz, 2017, p. 22-23 ; CARON (Ch.), *op. cit.*, p. 42, n° 37.

¹⁴⁰¹ VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 40, n° 19.

¹⁴⁰² Sur ce sujet, cf. spé. STROWEL (A.), *op. cit.*, p. 44, n° 35 et s. ; BRUGUIÈRE (J.-M.), *Le droit du copyright anglo-américain*, *op. cit.*, spé. p. 22-23.

¹⁴⁰³ Le droit moral ne semble pourtant pas assumer les mêmes fonctions qu'en droit français, et ne pas présenter la même portée. À ce sujet cf., KAMINA (P.), *Droit anglo-américain des propriétés intellectuelles*, Coll. Droit des affaires, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2017, p. 27-28 ; BRUGUIÈRE (J.-M.), *Le droit du copyright anglo-américain*, *op. cit.*, p. 85, et p. 141.

¹⁴⁰⁴ Une des illustrations de ce que le copyright admet plus facilement la protection de l'investissement dans la création, réside dans le fait que l'objet de nos droits voisins français est protégé dans ces systèmes, par le copyright lui-même. Autrement dit, le copyright sert à la protection des créations que nous nous protégeons tantôt par le droit d'auteur, tantôt par les droits voisins.

¹⁴⁰⁵ EDELMAN (B.), *La propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, p. 95 et s.

existe certes, des divergences, mais également beaucoup de lignes communes¹⁴⁰⁶. On parle peut-être à tort de manière manichéenne d'une conception continentale, européenne et française de la propriété intellectuelle fondée sur le droit naturel et d'une conception anglo-américaine fondée sur l'utilitarisme. Pourtant, le fait est qu'il y a de l'un et de l'autre de ces fondements dans chacun des systèmes. De fausses croyances méritent parfois d'être mises à nues, pour retrouver de la cohérence et un peu de vérité¹⁴⁰⁷. Même s'il existe des différences profondes s'expliquant par des éléments philosophiques et historiques, il faut souligner des origines et dynamiques communes entre le droit continental à la française, et le droit outre-Manche et outre-Atlantique. Ces dynamiques pourraient illustrer un attachement respectif des différents systèmes à la protection de l'investissement.

631. Les fondements et justifications du copyright expliquant la faveur pour la protection de l'investissement. Le droit du copyright anglo-américain a tendance à être décrit comme fondé sur des justifications positiviste et utilitariste, à l'opposé de la justification du droit d'auteur continental et français, fondé plus volontiers sur des aspects naturalistes et personnalistes¹⁴⁰⁸. Or, ces constats sont un peu trop expéditifs¹⁴⁰⁹. L'analyse de l'histoire et de la construction de ces systèmes révèle en vérité que chacun des modèles est emprunt à la fois de ressorts naturalistes, utilitaristes, et positivistes¹⁴¹⁰. Il n'en demeure pas moins que le droit anglo-américain apparaît effectivement, à ce titre, davantage tourné vers la protection de l'investissement dans la création, que ne le serait le système français¹⁴¹¹. La justification semble d'ailleurs plus explicitement relayée au travers de la présentation de ce système et de ses textes. La protection est consentie dans une perspective indiscutablement incitatrice. Même si d'autres fondements et finalités soutiennent le système, les visées incitatrices et conséquentialistes apparaissent comme prédominantes en tant que droit de nature économique. Le copyright viserait non pas à protéger l'auteur, mais l'investisseur dans la création. L'objet du copyright est une création considérée du point de vue de sa valeur économique¹⁴¹². Si le copyright est

¹⁴⁰⁶ À ce sujet, cf. la thèse de STROWEL (A.), *op. cit.* ; BRUGUIÈRE (J.-M.), *Le droit du copyright anglo-américain, op. cit.*, p. 22 et s.

¹⁴⁰⁷ VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 38, n° 22 ; BERTRAND (A.), *Droit d'auteur, op. cit.*, n° 101.18.

¹⁴⁰⁸ STROWEL (A.), *op. cit.*, p. 4, sur le copyright et sa dimension économique en comparaison du droit d'auteur continental.

¹⁴⁰⁹ VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, p. 34, n° 21 et s.

¹⁴¹⁰ De nombreux éléments des régimes illustrent cela. À ce sujet cf. STROWEL (A.), « Le droit d'auteur et le copyright entre histoire et nature », *op. cit.*, p. 289 et s. spé. n° 92 et s.

¹⁴¹¹ Précisant la dimension économique du copyright, ZOLYNSKI (C.), *op. cit.*, p. 11 : « le copyright, fondé sur une logique économique est donc plus favorable à l'investissement, primant dans les pays de common law ».

¹⁴¹² EDELMAN (B.), *La propriété littéraire et artistique, op. cit.*, p. 27 : « Le copyright est un droit sur l'œuvre, un droit essentiellement économique qui porte sur une valeur ».

considéré plus facilement comme un système visant à protéger l'investissement dans la création, la raison se trouve dans l'absence de développement extraordinaire d'une conception personnaliste de cet outil de réservation¹⁴¹³. En copyright, le droit de réservation sur l'objet créatif n'est pas tant accordé pour récompenser l'activité d'un auteur, que pour satisfaire l'intérêt public. L'incitation des investisseurs à assumer leur fonction économique dans la création immatérielle est ainsi un moyen employé en vue d'atteindre une fin profitable à tous¹⁴¹⁴. Cette justification, avancée également dans le système de droit français, est davantage liée à une approche positiviste, qu'à l'approche naturaliste du droit¹⁴¹⁵. Dans les systèmes du copyright, le monopole accordé se justifie plus manifestement en considération des effets qu'il procure dans la perspective des investissements consentis dans la création et sa diffusion. Le lien avec la recherche d'efficacité des investissements en la matière est nettement plus explicite¹⁴¹⁶.

b. Les illustrations de l'analyse comparatiste

632. La protection objective et subjective de l'investissement dans les législations des États-Unis et du Royaume-Uni. Les aspects de protection de l'investissement immatériel assurés par les droits anglo-américains du copyright peuvent se révéler selon une approche objective et une approche subjective, à partir de l'étude des lois. Ainsi, les aspects de la protection ressortent des dispositions des textes, en droit Américain, du *Copyright Act* de 1976, et en droit Britannique, du *Copyright, Design et Patent Act* de 1988. Seront envisagées les conditions de la protection offerte par le copyright au travers de ces lois pour assurer la sécurité de l'investissement dans son approche objective (i), puis dans son approche subjective (ii).

i. L'approche objective

633. Illustrations de la protection objective de l'investissement. L'analyse des conditions de protection d'une création dans les systèmes anglo-américains du copyright révèle que celle-ci est plus volontiers appréhendée en tant qu'un résultat d'investissement intellectuel voire, économique, que dans notre système. Cela ressort de la philosophie de ces systèmes de manière générale et, de manière plus spéciale, du mode de naissance du droit de réservation,

¹⁴¹³ La tendance à prendre plus volontiers en compte l'aspect économique des activités de la création s'explique, et explique aussi sans doute la place qu'occupe le mouvement de l'analyse économique du droit dans les systèmes juridiques étrangers. À ce sujet, cf. not. KAMINA (P.), *op. cit.*, p. 23, n° 6.

¹⁴¹⁴ *Id.*, spé. p. 37, n° 25

¹⁴¹⁵ BRUGUIÈRE (J.-M.), *Le droit du copyright anglo-américain*, *op. cit.*, spé., p. 12.

¹⁴¹⁶ *Id.*, spé. p. 14.

ainsi que du critère de protection mis en œuvre. Les conditions en droit américain et en droit britannique diffèrent sensiblement. Elles ne nous semblent d'ailleurs pas si éloignées de celles développées en droit d'auteur français, s'agissant de certains types d'œuvres. Dans chacun de ces systèmes, il convient de caractériser l'originalité de la création pour permettre la protection. Encore faut-il parvenir à déterminer comment ce critère s'appréhende. À ce titre, l'idée d'investissement semble transparaître dans les définitions ayant pu être développées¹⁴¹⁷.

634. Les conditions de la protection par le copyright et la place de l'investissement en droit américain. Le copyright est présenté comme un droit visant à encourager la diffusion d'une création au bénéfice du public. Il constitue un monopole légal institué dans un but incitatif. L'auteur ne semble donc logiquement pas être mis prioritairement sur le devant de la scène. Il s'agit plutôt de récompenser un investissement dans la création et sa diffusion¹⁴¹⁸. L'idée transparaît dans les conditions de protection. Pour obtenir la protection, le système américain requiert essentiellement une condition d'originalité de l'œuvre, et une condition de sa fixation sur un support¹⁴¹⁹, au-delà des conditions de formalité et d'enregistrement. Tout comme en droit britannique et en droit français, l'originalité est un critère portant sur la forme d'expression de la création¹⁴²⁰. Le critère d'originalité a fait l'objet de plusieurs approches dont il n'est pas aisé de dégager les lignes directrices d'application¹⁴²¹. Le système s'attache davantage à la preuve d'un effort intellectuel pour aboutir à la création, qu'à celle d'une trace de la personnalité de l'auteur. Cela n'est pas sans incidence sur les règles de titularité du copyright et les qualités d'auteurs¹⁴²². Avant même la recherche d'un effort d'ordre intellectuel dans la création pour en découvrir l'originalité, le système s'en remettait à une caractérisation assez minimaliste. En effet, était considérée comme originale, la création qui n'était pas simplement copiée d'une création antérieure. On considérait ainsi qu'elle devait avoir été conçue de manière indépendante. Un critère peu exigeant tel que celui-ci pourrait se traduire par la volonté d'encourager un maximum d'activités créatives. Le critère semble alors assez cohérent avec la justification du droit. Nous pensons qu'il est possible d'y voir une faveur à la protection d'une création ressortant davantage d'un investissement humain et économique, que d'un investissement en personnalité. Les contours de la condition d'originalité ont pourtant

¹⁴¹⁷ *Id.*, p. 16.

¹⁴¹⁸ *Id.*, p. 23.

¹⁴¹⁹ STROWEL (A.), *op. cit.*, p. 459, n° 354.

¹⁴²⁰ BRUGUIÈRE (J.-M.), *Le droit du copyright anglo-américain*, *op. cit.*, p. 53 et s.

¹⁴²¹ STROWEL (A.), *op. cit.*, p. 470, n° 365 et s.

¹⁴²² BRUGUIÈRE (J.-M.), *Le droit du copyright anglo-américain*, *op. cit.*, p. 54 ; STROWEL (A.), *op. cit.*, p. 440, n° 336 et s.

évolué vers une conception plus subjective¹⁴²³. Elle en vient à prendre en compte soit l'effort créatif, soit l'investissement dans la création. Telle est la doctrine du « sweat of the brow »¹⁴²⁴. Ainsi, l'originalité se retrouve liée à l'apport d'un travail humain dans un objet créatif. On y retrouve des considérations de travail, de créativité, et de propriété. La façon dont est caractérisée l'originalité est assez variable, d'autant plus parce qu'elle semble dépendre du type d'objet à protéger. Il n'est pas étonnant que l'originalité ne se caractérise pas de la même manière, s'agissant d'une création purement artistique, ou s'agissant de créations plus utilitaires ou informationnelles. Un pareil constat peut d'ailleurs être observé en droit d'auteur français. Au demeurant, il semble bel et bien que l'investissement consenti dans la naissance et la diffusion de la création soit pris en compte au travers des conditions de sa réservation par un copyright.

635. Les conditions de la protection par le copyright et la place de l'investissement en droit britannique. À l'instar de la situation en droit américain, le système britannique du copyright ne semble pas mettre prioritairement sur le devant de la scène l'importance de la personne de l'auteur, ce qui se traduirait par une dimension plus subjective des critères de protection. Tout au contraire, le copyright sur une création est reconnu aux conditions que celle-ci soit originale et qu'elle soit fixée sur un support. Ces conditions ne s'appliquent cependant que pour certains types d'œuvres. Certains objets protégés par le copyright ne requièrent pas de répondre à la condition d'originalité, tels les enregistrements sonores et les films¹⁴²⁵. La protection de ces objets par le copyright l'est, en France, essentiellement par les « droits voisins » des producteurs. On peut y voir, dans chacun des systèmes et par analogie, un mode de protection de l'investissement spécialement économique consenti dans ce type d'objet¹⁴²⁶. La condition d'originalité n'est en effet pas requise pour la protection de toute création. D'ailleurs, les critères de protection en droit britannique semblent beaucoup plus souples¹⁴²⁷. Ainsi, lorsque l'originalité devait être caractérisée, pendant un temps, le système s'est contenté de la preuve d'une création élaborée de façon indépendante par l'auteur, c'est-à-dire de la preuve qu'il s'agissait d'un objet qui ne devait pas être la copie d'un objet antérieur¹⁴²⁸. Puis la caractérisation de l'originalité a semblé évoluer vers l'identification du

¹⁴²³ STROWEL (A.), *op. cit.*, p. 443, n° 338 et s.

¹⁴²⁴ BRUGUIÈRE (J.-M.), *Le droit du copyright anglo-américain*, *op. cit.*, p. 23 et p. 56.

¹⁴²⁵ STROWEL (A.), *op. cit.*, p. 466, n° 360, et p. 469, n° 363 ; BRUGUIÈRE (J.-M.), *Le droit du copyright anglo-américain*, *op. cit.*, p. 34 et p. 36, spé. p. 46 au sujet du copyright portant sur les enregistrements de sons.

¹⁴²⁶ KAMINA (P.), *op. cit.*, p. 31, n° 15.

¹⁴²⁷ BRUGUIÈRE (J.-M.), *Le droit du copyright anglo-américain*, *op. cit.*, p. 16.

¹⁴²⁸ STROWEL (A.), *op. cit.*, p. 462, n° 356.

« skill », du « labour », et du « effort », ou encore du « judgment » et du « capital »¹⁴²⁹. La recherche de ces critères révèle à notre sens que la protection n'a, une fois de plus, rien à voir avec la personnalité de l'auteur. Au contraire, les conditions de la protection tendent à permettre la protection d'un résultat d'investissement économique, présentant une faible dose de créativité. Ces conditions révèlent « un critère modeste d'originalité [qui] comporte le double avantage de réduire dans une large mesure l'élément de subjectivité présent dans l'appréciation des juges et de faciliter la protection des produits de tout investissement en travail et en capital »¹⁴³⁰.

ii. L'approche subjective

636. Illustrations de la protection subjective de l'investissement. Dans ces systèmes, puisque le monopole légal qu'est le copyright vise avant tout à inciter à la création dans le souci de sa diffusion et dans l'intérêt du public, il n'est pas étonnant qu'il puisse être attribué à la personne exerçant la fonction d'investisseur¹⁴³¹. Les règles de titularité du copyright sont à cet égard cohérentes avec la philosophie du système. Elles le sont aussi avec les critères de protection venant d'être présentés. Ainsi, de la même manière que cela est prévu en droit français, mais, de manière exceptionnelle, le principe, en matière de copyright, veut que le titulaire du droit ne soit pas l'auteur, mais la personne de son employeur, voire de son commanditaire. En effet, le régime de titularité du copyright sur une création issues des apports intellectuels d'un auteur et des apports matériels, structurels et financiers de l'investisseur économique, dans les systèmes anglo-américains, est beaucoup plus favorable à la protection de l'investissement économique. Dans le cas d'une création de dépendance, le copyright tend à être attribué *ab initio* à l'employeur ou au commanditaire. Une telle solution se justifie dans une perspective incitative, devant soutenir une meilleure gestion de la valorisation et de la diffusion de la création. Dans le cadre de l'appropriation du droit sur la création créée dans un lien de dépendance, les considérations de protection de l'auteur ne sont pas prises en compte de façon prioritaire. Il faut par ailleurs opérer une distinction entre les qualités d'auteur et de titulaire du droit sur la création. Dans les systèmes étrangers, comme dans le système du droit d'auteur français, le principe de l'attribution du droit du copyright revient à l'auteur de manière initiale. Tel est surtout le cas en matière de création indépendante. Ce principe est toutefois renversé dans le cadre d'une création de dépendance. Dans les autres systèmes nous intéressant,

¹⁴²⁹ *Ibid.*

¹⁴³⁰ *Id.*, p. 463, n° 356.

¹⁴³¹ BRUGUIÈRE (J.-M.), *Le droit du copyright anglo-américain*, op. cit., p. 69 et s.

à la différence de la situation en droit français, la relation de dépendance entre le créateur intellectuel et l'investisseur économique influe sur le régime de titularité du droit de réservation.

637. Les règles de titularité et la protection des investisseurs en droit américain. En droit américain, dans l'hypothèse d'une création née d'un auteur en situation de subordination, vis-à-vis de l'investisseur employeur ou commanditaire, le principe voudra que le copyright bénéficie directement à ceux-ci, et non à l'auteur. Telle est la règle de la doctrine des « works made for hire »¹⁴³². Elle implique même la considération selon laquelle l'auteur de chair et d'os ne serait pas l'auteur. Ce dernier serait plutôt l'investisseur et donc, possiblement et fictivement, une personne morale. À ce titre, il apparaît même comme le titulaire naturel du droit. L'existence de cette règle de titularité s'explique aisément par la philosophie du système et par ses fondements. « Pour dire les choses simplement, la décision d'attribuer la qualité d'auteur à une personne autre qu'une personne physique est un choix de politique juridique qu'il est difficile de contester ou d'essentialiser »¹⁴³³. Le système est dès lors beaucoup plus favorable à l'investisseur.

638. Les règles de titularité et la protection des investisseurs en droit britannique. Le droit britannique connaît une règle procédant de la même philosophie, quoiqu'une nuance doive être signalée. Tandis qu'en droit américain, dans certaines circonstances, l'employeur peut être considéré directement comme auteur, en droit britannique, l'auteur préserve cette qualité lorsqu'il a développé une création dans des liens de dépendance¹⁴³⁴. Pourtant, cette règle n'empêche pas l'employeur assumant une fonction d'investisseur dans la création et sa diffusion de bénéficier d'une titularité initiale des droits, prévue par le contrat, sauf stipulations contraires¹⁴³⁵. Ce faisant, le système respecte davantage la distinction des qualités d'auteur de chair et d'os et de titulaire initial du droit.

639. Bilan. La protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle existe, tant en droit français, qu'en droit anglo-américain. Elle y tient une place dans chaque système, mais ne présente pas la même importance. Cette divergence ressort de l'évolution historique et philosophique des systèmes. Alors même que les réalités appréhendées et traitées suivent des schémas largement similaires, l'examen du système du copyright révèle que l'objectif de protection de l'investissement y est plus immédiat et assumé que dans notre système français.

¹⁴³² Cf. not. STROWEL (A.), *op. cit.*, p. 321, n° 246 et s., et spé. p. 362, n° 275 et s., et p. 365, n° 278 et s.

¹⁴³³ BRUGUIÈRE (J.-M.), *Le droit du copyright anglo-américain*, *op. cit.*, p. 66.

¹⁴³⁴ STROWEL (A.), *op. cit.*, p. 375, n° 284 et s.

¹⁴³⁵ Cf. BRUGUIÈRE (J.-M.), *Le droit du copyright anglo-américain*, *op. cit.*, p. 65-66 ; sur le régime des auteurs employés, cf. STROWEL (A.), *op. cit.*, p. 378, n° 285 et s.

Cela ne peut étonner, car les systèmes de copyright n'ont pas connu, comme le droit d'auteur français, une évolution aussi marquée par le personnalisme et la subjectivité.

Conclusion du Chapitre 2

640. L'objet du présent chapitre était de rechercher les arguments de justification de la protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle susceptibles de contribuer à sa légitimité. Des arguments de différentes natures ont été convoqués. Ils ont néanmoins en commun d'enseigner que la protection envisagée est justifiée par des motifs d'incitation aux activités d'investissements immatériels. Ils témoignent également de ce que la protection recèle, d'après les discours des différentes disciplines sociales, des soucis d'équilibre entre les intérêts des acteurs en présence. Ainsi, l'étude des réalités et des sciences sociales a révélé que les activités de production de la création immatérielle, pour exister, nécessitent des investissements économiques. Ces besoins se sont également traduits au travers des discours plus juridiques sur la question. Il n'y a rien d'étonnant dans ce constat, dès lors que les règles juridiques sont fondées sur des valeurs sociales qu'elles ont pour objectif d'atteindre. Ainsi en va-t-il des valeurs de justice et d'intérêt général, illustrant le besoin d'une protection juridique des investissements consentis au développement et à la valorisation des créations immatérielles. Par ailleurs, ces objectifs ne sont pas traités par le droit de manière nouvelle, ni originale. Nous avons pu l'expliquer au travers de discipline juridiques dites auxiliaires. Ces dernières nous ont permis de fortifier l'argumentation de l'opportunité de la protection, au travers des discours du droit sur l'économie, de l'évolution histoire et du droit comparé de la propriété intellectuelle. Il en ressort que l'ordre juridique est en prise aux réalités et à leurs besoins, ce qui doit aussi s'illustrer sur le terrain de la protection des processus de conception et de la diffusion des résultats d'investissements représentant des valeurs économiques, culturelles, et sociales.

CONCLUSION DU TITRE I

641. L'objet du titre était de rechercher les éléments permettant de témoigner de la légitimité de la protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle. L'enjeu était de trouver une assise à la légitimité de la protection, contribuant ainsi à son caractère souhaitable pour l'avenir. Les éléments abordés devaient permettre de trouver des réponses à la question de savoir s'il faut, ou non, assurer la protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle. Il s'agissait ainsi de soumettre l'idée de protection à un jugement de valeurs. À défaut d'une légitimité jugée suffisante, les arguments au soutien de la protection pourraient contribuer à un exercice de (re)-légitimation. À l'occasion de la recherche de légitimité de la protection, sont apparus des arguments à la fois contestataires et justificatifs. Leur ambivalence invite, à nouveau, à constater une forme de déni du système juridique français de la propriété intellectuelle, à l'égard de la place qu'il s'agit d'accorder à la protection de l'investissement immatériel. Selon que la protection est contestée ou recherchée, elle est rejetée ou accueillie. En vérité, les choses ne sont pas claires au sein de ce système juridique particulier : la protection est tout à la fois assurée et rejetée, ce qui contribue à saper la cohérence et à souligner le jeu problématique des équilibres entre les intérêts. Au fond, ce constat renvoie au caractère profondément dialectique du sujet et de la question de son traitement juridique.

642. Abordant la recherche sur la légitimité de la protection, nous pensions identifier des arguments d'autorité, qui auraient aiguillé quant à la réaction à adopter. À son issue, toutefois, nous pensons qu'aucun des arguments n'est véritablement capable, en lui-même, ni à lui seul, d'éclairer sur la question de savoir s'il faut ou non protéger l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle. Il apparaît en effet nécessaire d'évoluer dans la réflexion, en s'en remettant à un choix de politique juridique, afin qu'une décision soit prise clairement en faveur ou non de cette protection, par ce système. Les arguments de justification de la protection, témoignant sur les plans juridique et extra-juridique de son opportunité, constituent un appui précieux à conserver pour servir de base à la promotion de la fonction de protection. En revanche, il faut réussir à déterminer quelle place peut être donnée aux arguments contraires, en défaveur de la protection. L'hypothèse de l'ignorance ou de la négligence de ces arguments défavorables ne nous semble pas tenable. Au contraire, la propriété intellectuelle et sa fonction de protection de l'investissement gagneraient en légitimité, si l'on utilisait les critiques émises à leur encontre, pour améliorer ce système juridique, et l'aider à faire assumer ladite fonction, à partir d'un choix.

TITRE II – LE CHOIX D’UNE PROTECTION

643. L’exercice d’un choix de protection, solution souhaitable pour dépasser une situation confuse. L’état d’existence mitigé de la protection en droit positif, ainsi que les interrogations relatives au caractère souhaitable de son existence pour l’avenir, invitent à se concentrer sur une solution permettant de dépasser les difficultés. Ces dernières peuvent trouver leur origine dans la considération de l’inexistence d’un choix franc et clair en matière de protection ou de non-protection de l’investissement par le droit de la propriété intellectuelle. Le sujet est profondément marqué par des dimensions dialectiques. Pour résoudre la question de savoir si ce système protège et doit protéger l’investissement, la solution réside dans l’exercice d’un choix politique. Ce dernier constitue la clé vers une propriété intellectuelle repensée dans sa fonction de protection de l’investissement. L’exercice d’un choix assumé de protection ou de non-protection est par ailleurs et surtout susceptible de faire gagner le système en cohérence et en équilibre, soutenant ainsi sa légitimité.

644. La nécessité d’un choix politique de protection et la traduction juridique de son résultat. L’exercice d’un choix en faveur ou en défaveur de la protection se présente comme nécessaire, car il nous semble qu’il apparaît comme la seule solution de dépassement des difficultés. Il s’agira alors d’exposer plus précisément en quoi, pourquoi et comment il est impératif de l’opérer. Le choix s’inscrit dans le cadre d’une décision de nature politique. La protection nous intéressant doit en effet faire l’objet, d’abord, d’une politique juridique. Puis, elle doit évoluer au sein d’une démarche de technique juridique. Dans ce cadre, il s’agira de se prêter à un exercice de traduction technique et juridique d’une protection prospective de l’investissement immatériel choisie, notamment au sein du droit de la propriété intellectuelle. L’enjeu de ces ultimes recherches tient aux bienfaits que recèleraient la réflexion et la construction d’une protection assumée de l’investissement par ce système, qui en constituerait sa finalité. Choisir de protéger ou de ne pas protéger l’investissement immatériel, par le système juridique de la propriété intellectuelle, constitue l’étape incontournable pour repenser ce système et sa finalité.

645. Plan. Repenser la protection à l’appui de l’exercice d’un choix invite d’abord à en exposer la nécessité (**Chapitre 1**), puis la traduction juridique du résultat (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 – La nécessité d'exercice d'un choix de protection

646. Motifs du choix à exercer. L'objet du présent chapitre est de démontrer en quoi l'exercice d'un choix politique de protection constitue la solution incontournable de dépassement des difficultés, témoignant de son caractère nécessaire. Différents motifs appuient une telle nécessité. En effet, les difficultés semblent résulter de l'absence de choix franc et clair en faveur ou en défaveur de la protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle, de la part des organes politiques à la source du système juridique. L'hypothèse de l'absence de choix illustre par ailleurs une situation confuse dont il n'est pas véritablement possible de se satisfaire. Avant d'envisager le dépassement des difficultés par l'exercice d'un choix, il convient préalablement d'en détailler les motifs.

647. Processus du choix à exercer. L'exposé des motifs du besoin d'exercice d'un choix ne saurait suffire à débloquer la situation, quoiqu'il s'agisse d'une première étape indispensable. En effet, afin d'aboutir à une protection effective ou au contraire à une absence de protection à l'avenir, qui soient choisies, encore faut-il que le processus ait été observé selon certaines règles. À ce stade, il ne s'agit pas tant de plaider pour un choix en faveur de la protection de l'investissement, ou pour davantage de protection, que pour un choix franc et clair en sa faveur ou en sa défaveur.

648. Plan. Pour illustrer la nécessité d'exercice d'un choix de protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle, et dans une démarche de politique juridique, il s'agira donc d'en détailler les motifs (**Section 1**), et d'en observer le processus (**Section 2**).

Section 1 – Les motifs d'exercice d'un choix

649. Des arguments démontrant la nécessité d'exercice d'un choix. L'incertitude quant à l'existence d'une protection de l'investissement assurée par le droit positif de la propriété intellectuelle, ainsi que les arguments ambivalents à l'égard du caractère souhaitable d'une telle protection pour l'avenir, invitent à en sonder les raisons. Il est à ce titre envisageable de formuler l'hypothèse selon laquelle la situation procèderait de l'absence de choix politique franc et clair en ce domaine. De plus, il est possible de constater que l'absence de choix assumé provoquerait des vices. Ces derniers se révèlent préjudiciables pour le système juridique, ainsi que pour les justiciables. Pourtant, et au contraire, l'exercice d'un choix politique en faveur ou en défaveur de la protection présenterait des vertus, que doit assurer l'ordre juridique. La

situation doit donc être améliorée, afin que la protection repensée ne repose pas, elle-même, sur de telles difficultés.

650. Plan. Seront exposés successivement les vices de l'absence de choix **(I)**, ainsi que les vertus de son exercice effectif **(II)**.

I. Les vices de l'absence de choix

651. Les conséquences de l'absence de choix en matière de protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle. L'absence de choix politique au sujet du statut de la protection de l'investissement au sein du droit de la propriété intellectuelle a des impacts sur ce dernier, ainsi que sur les intérêts en jeu. Elle présente des vices tenant à la fois à des incohérences du système juridique de la propriété intellectuelle **(A)**, et aussi à des déséquilibres entre les intérêts et dans leur traitement juridique¹⁴³⁶**(B)**.

A. L'existence d'incohérences dans le système juridique

652. Teneur et interprétation des incohérences liées à l'absence d'exercice d'un choix. L'absence de choix de politique juridique se répercute sur la cohérence de ce système juridique. Ce dernier se présente comme confus et nébuleux. L'on peine en effet à identifier si le centre de gravité de la matière tourne, ou non, autour du souci de protection de l'investissement. L'identification des manifestations des incohérences du système **(1)** peut être suivie de la recherche des raisons de l'absence de choix les générant **(2)**.

1) Les manifestations des incohérences du système

653. Théorie et applications des manifestations des incohérences. Les conséquences de l'absence de choix, appréhendées en termes d'incohérences du système de la propriété intellectuelle, peuvent être analysées en théorie **(a)**. Les incohérences sont également susceptibles d'être examinées au travers des discours et sources du droit de la propriété intellectuelle **(b)**.

¹⁴³⁶ Un système juridique satisfaisant pour l'esprit, et efficace dans la pratique, doit pourtant assurer cohérence et équilibre, lesquels sont des impératifs juridiques garants de valeurs telles que sécurité et la justice, cf. SIRINELLI (P.), « Brèves observations sur le "raisonnable" en droit d'auteur », *loc. cit.*, sp. p. 398 : « *Cohérence et mesure sont les traits du raisonnable* », et p. 399 : « [...] le système de droit d'auteur a besoin de logique et de mesure, c'est-à-dire de bon sens, de cohérence et d'équilibre ».

a. Les incohérences du système analysées en théorie

654. Définition de la cohérence systémique et enjeux de lisibilité. La teneur des incohérences du système de la propriété intellectuelle doit être exposée au regard des définitions de la qualité de cohérence d'un système juridique (i). L'intérêt de la recherche réside dans la mise en lumière de l'impact des incohérences sur la lisibilité du système, et la réception de ce dernier par les acteurs du droit ainsi que les justiciables (ii).

i. La teneur des incohérences

655. De l'existence d'un système juridique et de son caractère de cohérence. Afin d'illustrer les manifestations des incohérences du système de la propriété intellectuelle au regard de sa fonction de protection de l'investissement, il convient d'abord d'exposer à quoi renvoie la notion de *système*, ainsi que celle de *cohérence*. L'enjeu est de cerner les caractères de la cohérence au sein d'un système juridique et, en creux, ceux de l'incohérence. Le système juridique peut être défini comme un ensemble d'éléments organisés et structurés¹⁴³⁷, s'articulant harmonieusement¹⁴³⁸. Il s'en dégage une unité, censée participer de sa cohérence et reposant sur une logique, elle-même fondée sur une finalité. Pour fonctionner efficacement¹⁴³⁹, le droit en général, et les différents systèmes juridiques en particulier, sont supposés devoir être cohérents¹⁴⁴⁰. Or, tel n'est pas toujours le cas de manière absolue¹⁴⁴¹.

656. Caractères logique et téléologique du système juridique lui conférant unité et cohérence. « Le paradigme systémique est intrinsèquement lié à l'idée de cohérence [...] »¹⁴⁴², La cohérence d'un système juridique tient à l'existence d'une unité, d'une logique et d'une finalité qui le justifient, le structurent et le font vivre. Plus spécialement, la cohérence systémique peut être envisagée selon deux dimensions à savoir, logique et téléologique¹⁴⁴³. La dimension logique évoque la non-contradiction¹⁴⁴⁴, tandis que la dimension téléologique

¹⁴³⁷ VAN DE KERCHOVE (M.) et OST (F.), *Le système juridique, entre ordre et désordre*, Coll. Les voies du droit, Paris : PUF, 1988, p. 24-25 ; BERGEL (J.-L.), *op. cit.*, p. 13, n° 8.

¹⁴³⁸ CHEVALIER (J.), « L'ordre juridique », in Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (dir.), *Le droit en procès*, Paris : PUF, 1983, p. 7, spé. p. 11 ; GRARE (C.), *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle – L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Coll. Nouv. Bibl. de thèses, t. 45, Paris : Dalloz, 2005, spé. p. 9, n° 14-15.

¹⁴³⁹ Sur la définition de l'incohérence en général, et sa distinction avec l'incohérence en droit, cf. not. VAN DE KERCHOVE (M.) et OST (F.), *op. cit.*, p. 84 ; CHEVALIER (J.), *loc. cit.*, p. 7 et s., spé. p. 11-12.

¹⁴⁴⁰ ATIAS (Ch.), *Devenir juriste, le sens du droit*, 2^e éd., Paris : LexisNexis, 2014, p. 158, n° 310.

¹⁴⁴¹ En témoigne la situation du droit de la propriété intellectuelle, spécialement lorsque l'on analyse ce système juridique sous l'angle de l'accueil qu'il réserve à la question de la protection des investissements dans la création. L'absence d'un choix clair et ferme effectué en la matière, au sujet de son objectif, n'y est pas étranger.

¹⁴⁴² MACREZ (F.), *op. cit.*, p. 26, n° 13.

¹⁴⁴³ *Id.*, p. 27, n° 13.

¹⁴⁴⁴ *Id.*, p. 26, n° 13. Cette affirmation nous apparaît pouvoir renvoyer à l'idée d'une exigence d'absence

renvoie à la poursuite d'une finalité¹⁴⁴⁵. En somme, l'idée de logique des règles de droit au sein du système, liée à celle de la finalité dudit système, confèrent à ce dernier son unité et ainsi, sa cohérence.

657. Ordre des liens entre finalité, logique, et unité du système juridique aboutissant à sa cohérence. La présence d'une finalité, dont la poursuite justifie et structure l'existence et la mise en œuvre d'un système juridique, est une condition élémentaire de sa cohérence. La cohérence systémique dépend en effet indiscutablement de la réalisation de sa dimension téléologique¹⁴⁴⁶. Ce but, s'il est identifié et respecté¹⁴⁴⁷, et s'il n'est pas contredit par d'autres finalités concurrentes, commande la logique du système. L'existence et le respect de cette logique se traduisent *in fine*, par l'unité du système. Les rapports entre le but et la logique du système œuvrent eux-mêmes à son unité¹⁴⁴⁸. Il est alors supposé s'en dégager une cohérence, une harmonie et une lisibilité¹⁴⁴⁹.

658. De la cohérence des systèmes juridiques aux incohérences de la propriété intellectuelle. Au regard de l'hypothèse d'absence de choix franc de protection de l'investissement au sein du système de la propriété intellectuelle, en quoi ce dernier recèlerait-il des incohérences ? La réponse à une telle question appelle la formulation d'un postulat. Nous tendons en effet à considérer que la recherche de protection de l'investissement est, ou doit être, la source de la logique et de l'unité du système juridique, dès lors qu'il s'agirait de sa finalité. Or, puisqu'il n'est pas de choix ferme d'effectué en ce sens, il en découle des incohérences dont on ne peut se satisfaire¹⁴⁵⁰. À plusieurs égards, nous estimons que le système souffre d'un manque de cohérence pouvant être justifié à partir de l'examen de son unité, de sa logique et de sa finalité. Il apparaît que les critiques émises sur l'état de chacun de ces éléments sont causées par les autres. Elles peuvent être présentées sous l'aspect d'un réseau de causes et conséquences.

d'antinomies entre les règles et leurs fondements. La notion d' « antinomie » renvoie à l' « *opposition, quelquefois contradiction, réelle ou apparente, entre deux idées, deux principes, deux lois, etc.* » (définition du mot en ligne sur le site du CNRTL). Sur la notion d'antinomie en droit, cf. not. PERELMAN (C.), « Les antinomies en droit, Essai de synthèse », in *Dialectica*, vol. 18, n° 1/4, Neuchâtel - Suisse : Éd. du Griffon, 1964, p. 392, rappelant l'existence de doutes sur l'existence des antinomies en droit et sur ce qu'il faut entendre par l'expression, et p. 393 et p. 404.

¹⁴⁴⁵ MACREZ (F.), *op. cit.*, p. 26, n° 13.

¹⁴⁴⁶ BATIFFOL (H.), *Aspects philosophiques du Droit international privé*, Paris : Dalloz, 1956, p. 43, n° 19 ; GRARE (C.), *op. cit.*, spé. p. 9, n° 15.

¹⁴⁴⁷ ATIAS (Ch.), *Devenir juriste, op. cit.*, p. 161, n° 317, et p. 162, n° 318.

¹⁴⁴⁸ CHEVALIER (J.), *op. cit.*, spé. p. 14.

¹⁴⁴⁹ Le respect de ces différentes étapes conduit même à se demander s'il ne s'agit pas d'une condition pouvant légitimer la protection de l'investissement, si tant est que l'on fasse le choix de reconnaître qu'il s'agit là du but du système. En effet, si un système est cohérent, c'est qu'il est bien fondé et organisé, et donc bien pensé. Il y a ainsi de fortes chances pour qu'il soit accepté. Encore faut-il que le but et les moyens mis en œuvre épousent les valeurs et aspirations sociales à l'occasion de leur soumission au jugement de valeur.

¹⁴⁵⁰ CHEVALIER (J.), *loc. cit.*, spé. p. 11-12.

659. L'incohérence du système causée par son manque d'unité. L'incohérence du système peut d'abord être identifiée au travers de son manque d'unité. Cette dernière renvoie à l'existence d'un tout indivisible¹⁴⁵¹. La propriété intellectuelle, considérée comme une unité, renvoie pourtant à une diversité, pouvant néanmoins conduire à une unité, à condition d'en découvrir des traits communs fédérateurs. Dans ce cadre, nous formulons l'hypothèse d'une unité autour de sa fonction de protection des investissements immatériels. Selon la façon dont est appréhendé ce système en l'état, la réception de l'hypothèse peut être mitigée. En effet, la propriété intellectuelle ne semble pas, dans un discours traditionnel, apparentée à un système assurant cette fonction. L'unité de la matière est plutôt envisagée majoritairement autour de la fonction de réservation d'une création intellectuelle. Or, sondant les différents régimes de propriété intellectuelle, il faut relever que certains d'entre eux ne se présentent pas véritablement comme des modes de réservation d'un tel objet au sens strict¹⁴⁵². Tous les objets de propriété intellectuelle ne sont pas des créations intellectuelles¹⁴⁵³. De plus, l'on peine à identifier le critère commun unissant les différents objets et leurs régimes¹⁴⁵⁴. Dès lors, nous nous interrogeons sur l'hypothèse d'une unité de la propriété intellectuelle appuyée sur la qualification des objets de réservation, en tant que résultats d'investissements, soient-ils le fruit d'apports intellectuels et/ou économiques. La fonction partagée par les différents régimes consisterait en la protection de l'investissement intellectuel et/ou économique consenti dans la conception de ces objets. Aussi, le manque d'unité actuelle du système semble trahir l'idée d'un manque de logique en son sein.

660. Le manque d'unité du système causé par son manque de logique. Le manque d'unité du système juridique de la propriété intellectuelle, révélant son incohérence, doit être relié à la question de la logique devant innervier tout système. La logique renvoie à l'idée d'organisation et d'enchaînement d'éléments ayant notamment, entre eux, un rapport de cause à effet. Appliquée à un système normatif, elle commande l'organisation et l'enchaînement rationnels entre les fondements et règles juridiques. Aussi, elle peut renvoyer à l'existence d'un principe,

¹⁴⁵¹ Il s'agit alors de rechercher en quoi le système juridique de la propriété intellectuelle ne peut, dans l'absolu, être analysé comme un tout indivisible, en dépit de l'existence de la discipline et de l'emploi de l'expression générale « *propriété intellectuelle* ».

¹⁴⁵² Il suffit à ce titre de songer aux régimes des marques et signes distinctifs.

¹⁴⁵³ Ils sont aussi parfois considérés comme de simples informations, des découvertes, des résultats d'investissements considérés en tant que tels (droit *sui generis* du producteur de base de données). Cela se manifeste au travers des conditions variables de protection et des règles de titularité. Pour un commentaire en ce sens en droit d'auteur, cf. not. LE CAM (S.), *op. cit.*, p. 141, n° 240.

¹⁴⁵⁴ Il est possible d'évoquer à ce titre des idées de morcellement ou d'émiettement, en ce sens, cf. not. LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *op. cit.*, p. 37, n° 28 : « *Cet émiettement, qui s'explique par l'absence d'un principe général de propriété intellectuelle, finit par affecter la cohérence de la discipline, et l'on doit souhaiter une approche plus globale* ».

d'un objectif, d'une philosophie, qui dirigerait le système¹⁴⁵⁵. Par la logique, le système serait ordonné, ne manquerait pas de sens, et ne contiendrait pas de contradiction¹⁴⁵⁶, participant ainsi de son unité et donc de sa cohérence. L'existence de plusieurs logiques possiblement contradictoires et donc conflictuelles, au sein d'un système juridique, et se traduisant par des antinomies, est pourtant parfois une réalité tendant à perturber sa cohérence. Nous estimons qu'il en va ainsi s'agissant du système de la propriété intellectuelle. En effet, ce dernier, traversé par différentes logiques, peut être considéré comme contenant des fondements et règles juridiques commandant l'application de solutions variables à une même situation ou à des situations analogues.

661. Illustrations. À titre d'exemple, il est permis de souligner que le système de la propriété intellectuelle, supposé reposer sur une logique de protection de la création intellectuelle, négligerait celle-ci, en protégeant des objets ne pouvant être considérés comme des créations intellectuelles au sens strict. La cause de la perturbation consisterait dans l'introduction, au sein du système, d'une logique de protection de l'investissement économique¹⁴⁵⁷. Cela se manifeste par des conflits de fondements et de règles juridiques. Or, il est nécessaire de souligner que le système de la propriété intellectuelle connaît également une logique économique, conduisant à la protection d'objets ne pouvant strictement être qualifiés de créations intellectuelles. Il existe des logiques antinomiques particulièrement au sein même du droit d'auteur. On peut en effet trouver une logique du droit d'auteur tournée vers sa conception traditionnelle, privilégiant une approche personnaliste, ainsi qu'une logique du droit d'auteur dans l'entreprise, privilégiant une approche économique. Ces différentes logiques conduisent à des solutions différentes quant à l'identité de l'objet du droit, et de son titulaire. Cela se manifeste particulièrement lorsqu'il s'agit de savoir si le droit d'auteur a vocation à assurer la réservation privative des résultats d'investissements considérés en tant que tels. De même, dans la propriété littéraire et artistique, semblent évoluer deux logiques différentes au sein d'une unité qui pourrait être jugée

¹⁴⁵⁵ Cf. BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique fondamentale et appliquée*, op. cit., p. 225-226, n° 125.

¹⁴⁵⁶ La logique commande de ne pouvoir dire ou mettre en œuvre une chose et son contraire de manière simultanée, dans le cadre d'une même situation ou d'une situation similaire. Appliquée au système juridique, la règle de la logique implique l'absence d'antinomie des règles de droits ou de leurs fondements, c'est-à-dire l'absence de contradiction, véritable ou apparente. Cf. MALAURIE (Ph.), « Les antinomies des règles et de leurs fondements », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle. Études offertes à Pierre CATALA*, Paris : Litec, 2001, p. 25, précisant que « les antinomies juridiques sont essentiellement de deux ordres : celles des règles et celles de leurs fondements », ajoutant que ces deux types d'antinomies ont des significations et des régimes différents ; GUTMANN (D.), « Le juge doit respecter la cohérence du droit : réflexions sur un imaginaire article 4 1/2 du Code civil », in FAURÉ (G.) et KOUBI (G.) (dir.), *Le titre préliminaire du Code civil*, Paris : Economica, 2003, p. 109, spé. p. 110 : « la cohérence du droit renvoie, au-delà du principe de non-contradiction (entre les normes), à l'esprit du système juridique dans son ensemble ».

¹⁴⁵⁷ On invoque alors en ce sens un « changement de paradigme ».

artificielle. Ainsi en va-t-il de la catégorie juridique du droit d'auteur et de celle des droits voisins. La première serait par tradition tournée vers une logique personnaliste, tandis que la seconde serait dévouée à une logique économique¹⁴⁵⁸. Au sein de la catégorie des droits voisins du droit d'auteur, le droit de l'artiste-interprète est aisément interprétable comme une prérogative protectrice d'un individu à raison de son effort personnel, tandis que les droits des producteurs sont aisément envisagés comme des prérogatives de protection d'un investissement, notamment financier. S'agissant de ce dernier exemple, on peut, pour le moins et par interprétation, formuler l'hypothèse selon laquelle la loi ayant institué ces droits reposait sur une logique de protection générique de l'investissement dans le champ créatif¹⁴⁵⁹.

662. Illustration au travers de la protection objective de l'investissement. En s'intéressant aux manifestations de la protection objective de l'investissement en propriété intellectuelle, il est possible de trouver des illustrations de conflits de logiques conduisant à constater les incohérences de ce système juridique. Il faut rappeler d'emblée que ce système de réservation privative doit être considéré comme une exception à un principe de liberté. L'existence même du système en question serait en contradiction avec le principe. Cependant, ce dernier commande que la réservation en question se justifie de façon exceptionnelle. Pourtant, la multiplication des régimes de réservations de différentes figures d'objets incite à réfléchir à la perte de cohérence du système, dont l'évolution reposerait sur une contradiction du droit et surtout sur une méprise du principe de liberté. En effet, on peut avoir l'impression que le rapport principe/exception est inversé, au regard du rythme auquel le législateur et même la jurisprudence reconnaissent, çà et là, des régimes de réservation sur certains types de résultats d'investissements¹⁴⁶⁰. La logique initiale est celle du refus de la réservation de principe, alors que la nouvelle logique devient celle de la réservation à tout prix. Il y aurait ici un conflit de logique, la carence de cette dernière contribuant à l'incohérence.

663. Illustration au travers de la protection subjective de l'investissement. Il est également possible, en s'intéressant aux occurrences de la protection subjective de l'investissement, de rencontrer des chevauchements et conflits de logiques traduisant un manque de cohérence du système de la propriété intellectuelle. Ainsi, à raisonner particulièrement en matière de droit d'auteur, on relèvera à nouveau l'existence de différentes

¹⁴⁵⁸ Une même comparaison pourrait également s'opérer s'agissant des modèles de la propriété littéraire artistique ainsi que de la propriété industrielle, et selon les mêmes arguments.

¹⁴⁵⁹ Cette logique se trouverait déclinable à des investissements tantôt de nature intellectuelle, tantôt de nature économique.

¹⁴⁶⁰ Pour un exemple de contradiction existante entre la dynamique de réservation et celle de libre accès, cf. VIVANT (M.), « L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles ? », *loc. cit.*, spé. p. 455.

logiques contradictoires le traversant, et se répercutant sur la question de la titularité du droit. Ce régime est en effet innervé à la fois d'une logique personnaliste, et d'une logique économique¹⁴⁶¹, lesquelles auraient des difficultés à cohabiter¹⁴⁶², ce qui générerait des incohérences. Tandis que la première induit la titularité initiale du droit au bénéfice de l'auteur¹⁴⁶³, la seconde commanderait une telle titularité au bénéfice de l'investisseur économique¹⁴⁶⁴. Le droit positif, par principe, respecte la première logique. Toutefois, l'incohérence à ce titre pourrait provenir de la multiplication des exceptions à ce principe, justifiées par le besoin de prise en compte de la seconde logique¹⁴⁶⁵. Or, la multiplication de ces exceptions invite à se demander si le rapport de principe à exception ne s'est pas renversé. En ce sens, il est permis de se demander si le souci de cohérence entre le droit et les besoins de la réalité ne commanderait pas que ce renversement soit consacré légalement¹⁴⁶⁶. Une telle hypothèse restituerait au système une logique, et donc une cohérence¹⁴⁶⁷. Cependant, l'adoption de cette logique devrait encore procéder d'un accord sur la finalité du système, qui en dicterait le sens. Les difficultés du système en termes de logique sont en effet à relier à celle relatives à l'identification de sa ou de ses finalités.

664. Le manque de logique du système juridique causé par l'équivocité de sa ou de ses finalités. L'existence d'une logique au sein d'un système juridique est intimement liée à la l'identité et au respect d'une finalité, en constituant la colonne vertébrale. Ainsi, le manque de logique et d'unité d'un système juridique, tel celui de la propriété intellectuelle, doit être relié à la question de sa ou de ses finalités. Les critiques du système en termes d'incohérences doivent en effet être analysées au regard de l'existence d'une diversité de finalités potentiellement contradictoires et donc conflictuelles. Cela se répercute logiquement sur les règles de droit et sur leurs fondements. Une finalité est un but à atteindre, et en considération duquel on agit en

¹⁴⁶¹ Une telle logique renvoie à celle du droit de l'entreprise et du droit du travail, lesquelles sont orientées vers la recherche d'efficacité économique de l'attribution du droit de réservation. À ce sujet. cf. not. DRAI (L.), *Le droit du travail intellectuel*, Coll. Bibl. de droit social, t. 42, Paris : LGDJ, 2005, p. 147, n° 328 et s.

¹⁴⁶² DRAI (L.), « La logique du droit du travail versus la logique du droit de la propriété intellectuelle », in *Créations et inventions de salariés*, op. cit., p. 109.

¹⁴⁶³ Cf. art. L111-1 CPI.

¹⁴⁶⁴ Il en va d'une logique d'incitation, et de modalités simplifiées de la valorisation du droit.

¹⁴⁶⁵ STROWEL (A.), op. cit., p. 660, ajoutant à titre d'illustration que la notion d'œuvre collective et la théorie de l'unité de l'œuvre « contredisent [...] [l'] aspect personnaliste [du droit d'auteur] ».

¹⁴⁶⁶ D'ailleurs, cette ambiguïté, renvoyant à un manque de clarté et de prévisibilité de la norme, n'est pas sans provoquer des situations contentieuses.

¹⁴⁶⁷ Est-il vraiment cohérent de continuer à invoquer comme principe celui de la titularité *ab initio* de l'auteur, alors même que dans la réalité, la plupart des créations, que sont des résultats d'investissements combinés, sont développées dans le cadre d'une logique d'entreprise et d'investissement à rentabiliser ? Ne serait-il pas plus réaliste d'inverser, consciemment, en l'assumant, la place du principe et des exceptions, pour retrouver de la cohérence au sein même du système, et entre les règles de droit et la réalité qu'elles visent à appréhender et à traiter juridiquement ?

développant des moyens adéquats. La finalité d'un système juridique doit donc nécessairement être identifiée avec assez de précision pour le rendre cohérent. Or, en matière de propriété intellectuelle, le problème est que son système s'efforce de poursuivre simultanément différentes finalités très variables. Aussi, dans sa conception classique et traditionnelle, il est rarement identifié comme ayant une finalité de protection de l'investissement économique dans la création. Il est plutôt avancé que la ou les finalités recherchées sont celles de la satisfaction d'un intérêt général, passant par la satisfaction de l'intérêt du créateur intellectuel et par celle de l'intérêt du public et des utilisateurs. L'argument du but de protection de l'investissement nous semble avancé de façon assez marginale. Nous regrettons qu'il ne soit pas suffisamment reconnu, alors même qu'il est fondamental. La place de cette finalité au sein du système varie en fonction de l'opinion de l'observateur ou du type de discours relatif à la définition de la propriété intellectuelle. Dans ce cadre, la tendance au développement des dispositions protégeant l'investissement immatériel au sein du système, suivant une logique de rentabilité économique, est dénoncée comme la cause de ses incohérences. Ce faisant, le système s'écarterait de sa ou de ses finalités classiquement retenues.

665. Proposition. L'issue d'une telle situation, s'avérant inconfortable, doit être recherchée. Elle pourrait passer par la recherche et le choix d'une finalité plus haute, ayant vocation à englober les autres. Selon une démarche incitative, elle s'incarnerait dans l'objectif de protection de l'investissement. Ce but est en effet susceptible de protéger tant les intérêts individuels des investisseurs, que les intérêts individuels et collectifs des tiers. Ce faisant, le choix d'une telle finalité serait gage de logique, d'unité, et donc de cohérence¹⁴⁶⁸. Il permettrait de faire gagner le système en lisibilité. En l'état de celui-ci, il est en effet permis de douter d'une telle qualité.

ii. L'impact des incohérences du système en termes de lisibilité

666. Des incohérences provoquant un manque de lisibilité du centre de gravité du système. En l'état du système de la propriété intellectuelle, les incohérences présentées conduisent à un défaut de lisibilité. On peine à ce titre à identifier son centre de gravité, et plus spécialement, quelle place y occupe la protection de l'investissement. Une telle situation ne peut satisfaire. Les carences en lisibilité se répercutent en effet sur la question de la garantie de la sécurité matérielle des intérêts en cause, et aussi sur celle de leur sécurisation juridique. Le

¹⁴⁶⁸ Sur la nécessité de penser le droit selon une finalité pour assurer sa cohérence, notamment en propriété intellectuelle, cf. par exemple VIVANT (M.), « La propriété intellectuelle : nouvelles formes et nouveaux enjeux », *Sociétés politiques comparées* mai-août 2018, n° 45, spé. p. 10, n° 9.

système oscille entre différentes finalités, parfois incompatibles. L'ordre juridique éprouve des difficultés à organiser de manière harmonieuse ses finalités. Cela favorise une impression de statut de schizophrénie du système, vis-à-vis de sa fonction de protection de l'investissement, ce qui n'est pas sécurisant. Les constats de contradictions entre les règles juridiques encouragent à parler de manque de lisibilité du système. L'incertitude à l'égard de l'existence de la protection témoigne d'une impression de désordre qui n'est pas rassurant, qu'il soit intellectuel, conceptuel ou systémique. Les raisons sont certainement à trouver dans les fondements et finalités justifiant la règle en question, eux-mêmes variables et en concurrence. Ce conflit potentiel trouve pourtant lui-même ses raisons dans la vie naturelle du droit¹⁴⁶⁹. L'incohérence, provoquant le défaut de lisibilité, empêche de connaître avec précision l'état du droit sur une question, et de pouvoir anticiper les solutions qui s'appliqueront, entachant ainsi la sécurité juridique au service de l'institution juridique et des justiciables¹⁴⁷⁰.

667. Illustrations des incohérences menant au manque de lisibilité du système. Il existe un manque de lisibilité entre les catégories juridiques, et leur justification. La dilatation des frontières d'anciennes catégories fait perdre leur lisibilité, et la création de nouvelles catégories interroge leur place, vis-à-vis des autres et des catégories plus larges. Semblant perdre en lisibilité, les frontières entre catégories se brouillent. Ainsi, l'extension du champ du droit d'auteur à de nouveaux objets qui ont peu, ou pas, de caractère littéraire ou artistique, tend à amenuiser sa frontière par rapport à la catégorie des droits voisins¹⁴⁷¹, voire même de celle de la propriété industrielle. Aussi, le gonflement du Code de la propriété intellectuelle, à mesure de l'extension des champs de la protection, serait à lier à son manque de lisibilité formelle, rejaillissant sur la substance même de ce système juridique, notamment à l'égard des acteurs du droit et des justiciables¹⁴⁷². L'extension des frontières et leur manque de délimitation franche conduisent, par exemple, à se demander si l'expression « droit d'auteur » n'est pas devenue trompeuse¹⁴⁷³.

¹⁴⁶⁹ MALAURIE (Ph.), *loc. cit.*, p. 26.

¹⁴⁷⁰ CHEVALIER (J.), *loc. cit.*, p. 11-12.

¹⁴⁷¹ Il existerait ainsi des confusions entre les mécanismes du droit d'auteur et de certains droits voisins, cf. GAUDRAT (Ph.), « Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la « société de l'information » », *RTD com.* 2003, p. 285, n° 3 et s. et du même auteur, « Les démêlés [...] », *loc. cit.*, p. 211 ; sur les risques de cumul entre les nouveaux droits et les anciens, cf. not. CHATRY (S.), « La légitimité du droit sui generis du producteur de bases de données », *loc. cit.*, p. 115 ; LEBOIS (A.), « La légitimité du nouveau droit voisin de l'éditeur et de l'agence de presse », *loc. cit.*, p. 127 ; AZZI (T.), « Le droit voisin des éditeurs de publications de presse ou l'avènement d'une propriété intellectuelle catégorielle », *op. cit.*, p. 297, sur la cohérence de la propriété littéraire et artistique à l'épreuve du nouveau droit voisin de l'éditeur de presse en ligne.

¹⁴⁷² LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *op. cit.*, p. 52, n° 3, sur le Code de la propriété intellectuelle, « qui devient de moins en moins lisible, à mesure que le législateur charge la barque en empilant des lois de circonstance rédigées à la hâte sur des sujets trop techniques pour être accessibles aux citoyens [...] ».

¹⁴⁷³ *Ibid.* ; en effet, il est de plus en plus souvent attribué à une personne qui n'est pas auteur. La tromperie ressort

668. Les cas de concours de droits et leur influence sur les caractères lisible et cohérent du système. Les hypothèses de *concours* de droits sont symptomatiques de l'existence d'incohérences au sein du système de la propriété intellectuelle se répercutant sur sa lisibilité. Dans ces situations, il est parfois difficile de déterminer à quelles conditions un résultat d'investissement pourra être réservé par un régime de propriété intellectuelle, et à qui sera attribué le droit. Les hypothèses de concours de droits peuvent conduire à des conflits, perturbant les besoins de sécurité juridique et matérielle. Il est nécessaire de préciser la façon dont on peut entendre le cas de concours de droits, pouvant parfois être qualifiés de cumuls¹⁴⁷⁴. À cet égard, peut être distingué un sens courant, d'un sens techniquement plus juridique. On identifie, d'abord, l'hypothèse d'un cumul des voies de protection d'une même situation ou réalité économique. Une création immatérielle, renvoyant à un résultat d'investissement(s), pourra ainsi être réservée et protégée par différents droits de propriété intellectuelle¹⁴⁷⁵. Puis, peut être identifiée l'hypothèse de la surprotection d'un même et unique objet. Autrement dit, une même assiette peut faire l'objet de plusieurs modes de protection. L'assiette de la protection est susceptible de remplir les critères des catégories différentes qu'il peut intégrer. La distinction entre les deux hypothèses doit renvoyer à la question de l'assiette du droit, dont l'identité peut varier ou non. La première hypothèse peut en somme être qualifiée de cas de cumul ou de cumul strict de droit, tandis que la seconde peut être appréhendée comme un cas de coexistence de droits¹⁴⁷⁶. Chacune des deux hypothèses nous semble pouvoir renvoyer à des illustrations d'incohérences contribuant à une perte ou à un manque de lisibilité du système¹⁴⁷⁷. En effet, ces situations de concours de droits de propriété intellectuelle renvoient à « la diversité des coïncidences, des chevauchements et des superpositions de droits de propriété intellectuelle laiss[ant] l'observateur dans une perplexité qui peut rapidement le décourager »¹⁴⁷⁸.

669. Les hypothèses d'accumulation de plusieurs droits sur un même objet ou sur une même situation révèlent des problématiques notamment en termes de régime de titularité des droits.

bel et bien d'un manque ou d'un défaut de lisibilité de ce qu'est ce droit.

¹⁴⁷⁴ CHATRY (S.), *Le concours de droits de propriété intellectuelle, Essai d'une théorie générale*, Collection des thèses, t. 69, Clermont Ferrand – Paris : Fondation Varenne, 2012, l'auteur utilise la notion de « concours » de droits à ce sujet, cf. p. 16, n° 10, donnant la définition du « concours » de droit.

¹⁴⁷⁵ Tel est le cas par exemple d'une base de données qui pourra faire l'objet d'un droit d'auteur, et d'un droit *sui generis* du producteur. Le problème de cohérence ici posé par la coexistence des droits, provient du fait qu'*a priori*, il convient de considérer que les assiettes des droits sont différentes. Toutefois, et concrètement, l'assiette du droit d'auteur peut aussi être appréhendée dans l'assiette du droit *sui generis*. À ce sujet, cf. not. CHATRY (S.), *op. cit.*, p. 100, n° 150.

¹⁴⁷⁶ En ce sens, cf. CHATRY (S.), *op. cit.*, p. 29, n° 25, et p. 31, n° 28, et MACREZ (F.), *op. cit.*, p. 228, n° 286.

¹⁴⁷⁷ Pour de nombreux exemples très détaillés, cf. not. MACREZ (F.), *op. cit.*, p. 228, n° 286 et p. 256, n° 317 et s., et CHATRY (S.), *op. cit.*, l'ensemble des développements de la thèse.

¹⁴⁷⁸ CHATRY (S.), *op. cit.*, p. 45, n° 43.

À vrai dire, ces hypothèses d'accumulation de droits ont pour symptômes et raisons la recherche de titularité d'un droit de réservation sur une valeur économique¹⁴⁷⁹. L'enjeu pour l'investisseur est en effet d'être assuré d'un moyen de la rentabilité de son opération. Les situations de cumul ou de coexistence des droits sont susceptibles de provoquer des conflits de titularité lorsque ces droits sont attribués à des personnes différentes. Ces dernières prétendent en effet à une emprise sur le résultat de leur investissement, afin d'en tirer une rentabilité par l'exercice du droit d'exploitation. La situation de *concours de droits* peut révéler un manque de lisibilité du système quant à la titularité des droits concernés. Une création, résultat d'investissement(s), lorsqu'elle est protégeable par des régimes différents de propriété intellectuelle, peut faire l'objet de règles de titularité différentes, ce qui est problématique¹⁴⁸⁰, notamment lorsqu'il s'agit d'une création salariée¹⁴⁸¹.

670. Le manque de lisibilité du système de la propriété intellectuelle provoquant un regard suspicieux sur la légitimité de la protection. Le manque de lisibilité du système est plus volontiers invoqué lorsque celui-ci, dans sa conception traditionnelle, est confronté à l'intrusion d'une logique de protection de l'investissement en son sein¹⁴⁸². Pourtant, nous voudrions interroger l'hypothèse selon laquelle le manque de lisibilité proviendrait de l'absence de reconnaissance, à sa juste mesure, du besoin de protection de cet investissement économique, et de la place fondamentale qu'il tient au sein du système, depuis toujours. Suivant ces propositions, l'illisibilité procède de l'évolution du système avec en son sein différentes logiques, découlant de la prise en compte de plusieurs finalités. Dans un système n'affichant pas clairement sa fonction de protection de l'investissement, les occurrences de celle-ci sont vécues comme illégitimes, et comme perturbatrices de l'ordre supposé établi. L'introduction de la protection de l'investissement causerait ses incohérences. Des difficultés de lecture de la matière et de l'identification de son sens, de sa raison d'être, sont éprouvées. Elles tendent à empêcher dans l'absolu son intelligibilité, sa compréhension, et donc son acceptation, autrement dit, sa légitimité.

¹⁴⁷⁹ *Id.*, p. 24, n° 18.

¹⁴⁸⁰ *Id.*, p. 34, n° 34, et p. 40, n° 41 : « *l'attribution différenciée de la titularité au créateur ou à l'employeur témoigne d'un manque de cohérence certain au sein de la propriété intellectuelle qui rejaillit négativement sur la titularité des droits en concours* ».

¹⁴⁸¹ La coexistence des régimes de protection du droit d'auteur, et du droit des dessins et modèles nous semble en être un exemple assez révélateur. En effet, les logiques de chacune de ces catégories de droits pourraient susciter l'application de solutions divergentes. Le peu de lisibilité des solutions dans chacun des régimes avait ainsi conduit la jurisprudence à appliquer des solutions divergentes. À ce sujet, cf. not. LUCAS (A.), « Rapport de synthèse », *loc. cit.*, spé. p. 154 ; CHATRY (S.), *op. cit.*, p. 195, n° 328 et s. et p. 182, n° 307 et s.

¹⁴⁸² En ce sens, le système est critiqué dans sa légitimité.

b. Les incohérences examinées au travers des discours et sources de la propriété intellectuelle

671. Typologie des incohérences selon les sources du droit de la propriété intellectuelle.

Les incohérences du droit de la propriété intellectuelle, vis-à-vis de sa fonction de protection de l'investissement dans la création, peuvent être analysées sommairement dans le cadre de chacune des sources de création et d'interprétation des règles juridiques¹⁴⁸³. La recherche permet de constater que les différents discours de, et sur la propriété intellectuelle, ainsi que ses sources, n'opèrent pas une réception harmonieuse de cette fonction¹⁴⁸⁴. Il existe des incohérences au sein des lois et de la doctrine, ainsi qu'entre ces sources au sujet de la fonction de protection de l'investissement de la propriété intellectuelle (i). Elles ont des répercussions sur les pratiques jurisprudentielles et la réalité de la situation et des attentes des investisseurs (ii).

i. Les incohérences dans les normes et les discours doctrinaux

672. Positions variables des lois et de la doctrine sur la fonction de protection de l'investissement de la propriété intellectuelle.

Toutes les sources de la propriété intellectuelle pourraient être examinées pour relever des incohérences en leur sein, et entre elles. Nous nous contenterons toutefois d'aborder cette question sous l'angle des normes au sens large, et des discours doctrinaux, en matière de propriété littéraire et artistique, et surtout de droit d'auteur. La consistance du droit de la propriété intellectuelle et de ses incohérences donne lieu à de véritables dialogues des sources. Ceux-ci œuvrant à son évolution, à sa discussion, à sa critique, et à son progrès.

673. La loi. Quelques manifestations des incohérences du système juridique de la propriété intellectuelle au travers des lois qui le composent ont déjà pu être mentionnées¹⁴⁸⁵. La variété

¹⁴⁸³ Sur le discours du droit et les sources du droit, en général cf. JESTAZ (Ph.), *Les sources du Droit*, Coll. Connaissance du droit 2^e éd., Paris : Dalloz, 2015 ; LIBCHABER (R.), *L'ordre juridique et le discours du droit*, Paris : LGDJ, 2013 ; GHESTIN (J.), BARBIER (H.) et BERGÉ (J.-S.), *op. cit.*, p. 291 et s. ; et en particulier ceux de la propriété intellectuelle cf. BENSAMOUN (A.), *Essai sur le dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur*, Coll. Institut de droit des affaires, Aix-en-Provence : PUAM, 2008 ; PRÈS (X.), *Les sources complémentaires du droit d'auteur français*, Coll. Institut de droit des affaires, Aix-en-Provence : PUAM, 2004.

¹⁴⁸⁴ Les propos suivants pourront être appréhendés comme une forme d'essai de typologie des manifestations de ces incohérences, au travers des discours et sources du droit de la propriété intellectuelle. Il s'agira ainsi d'identifier les incohérences vis-à-vis de sa fonction de protection de l'investissement, au sein des normes, spécialement des lois, de la doctrine, et de la jurisprudence. Elles seraient symptomatiques de l'absence de choix politique ferme au sujet de l'accueil ou du rejet de la protection.

¹⁴⁸⁵ Nous entendons ici la notion de lois comme recouvrant, de façon plus générique, celles de normes, de règles de droits, ainsi que leurs fondements, les principes et libertés supérieurs sur lesquels elles reposent et qu'elles véhiculent. Aussi, nous pouvons les envisager dans un contexte de production interne, européen et international.

des sources de ces lois témoigne d'une potentielle complexité dans leur articulation rejaillissant sur leur lisibilité et leur recherche de justification. Le but poursuivi par ces lois n'est en effet pas toujours évident de prime abord, spécialement en ce qui concerne la fonction de protection de l'investissement. Le droit interne de la propriété intellectuelle n'est pas le seul résultat des actions autonomes du créateur traditionnel de la loi, qu'est le législateur français. Il faut aussi composer et compter avec les instances internationales et européennes, les groupes de pressions et autres organisations collectives professionnelles, participant également de la construction et de l'évolution du système. L'influence du droit de l'Union européenne sur le droit interne français, et sa tendance à privilégier des dynamiques d'incitation économique, ne sont pas étrangères aux situations d'incohérences que nous pouvons relever dans le système. En effet, si l'on considère le système de la propriété intellectuelle, et plus spécialement celui du droit d'auteur, comme traditionnellement construits selon un fondement naturaliste et humaniste, l'introduction d'une logique économique a de quoi heurter une cohérence supposée. Dans une conception semblant dominante, le droit d'auteur français, et peut-être aussi la propriété intellectuelle en général, sont appréhendés comme ne reposant pas, ou pas exclusivement, sur une logique économique. Ainsi, la transposition en droit interne des normes et directives européennes favorables à l'aspect économique du droit conduirait à la mise en place d'une logique régressive au sein de notre système¹⁴⁸⁶. Elle serait la source d'incohérences et de conflits de logiques. La conception de la propriété intellectuelle à l'échelle de l'Union européenne ne recouvre en effet pas strictement celle du droit interne français. On accuse alors la propriété intellectuelle d'en revenir à une logique d'un autre temps ou d'autres lieux, et de régresser dans le traitement de la satisfaction des intérêts des tiers à l'investisseur. Les divergences de positions dans les différentes sources du système français ne doivent donc pas étonner, car elles révèlent l'existence de divergences de visions et de justifications de la propriété intellectuelle.

674. Illustrations. Une règle de méthodologie juridique impose, dans un souci de cohérence, une identité de régime assortissant une identité de nature, entre plusieurs réalités qu'il s'agit de réguler juridiquement. Or, lorsque l'on envisage le traitement juridique de l'investissement immatériel dans les différents régimes de propriété intellectuelle, et parfois même au sein d'un régime en particulier, on ne peut qu'être désorienté de l'application de régimes particuliers différents à une situation présentant, *a priori*, une unique et même nature. Spécialement dans le domaine de la propriété littéraire et artistique, et particulièrement en droit d'auteur, il peut être

¹⁴⁸⁶ Sur la cohérence du droit de la propriété intellectuelle au sein de l'Union européenne, cf. not. GEIGER (Ch.), « Pour un véritable droit européen de la propriété intellectuelle », *Cahiers de dr. de l'entr.* janv. 2012, Dossier 2.

relevé que « le droit français est traversé par sa propre négation », « tant sur le plan du sujet du droit d'auteur que sur celui de son objet »¹⁴⁸⁷. Ainsi, par exemple, il est constaté que la notion d'œuvre collective et la théorie de l'unité de l'œuvre « contredisent [...] [l'] aspect personnaliste [du droit d'auteur] »¹⁴⁸⁸. Nous appréhendons volontiers cette situation paradoxale comme un témoignage de l'incohérence du droit d'auteur français au sein de la loi du 11 mars 1957 et de son évolution¹⁴⁸⁹. Ainsi, « le paradoxe et le sens de la loi de 1957 résident dans le fait que, tout en sacralisant et en idéalisant l'auteur et la création originale (tendances que les juristes présentent comme la prolongation d'une longue tradition), elle est avant tout la loi des droits de la médiation culturelle et artistique »¹⁴⁹⁰. Ces paradoxes, confinant à l'incohérence au sein du régime du droit d'auteur tel qu'il a évolué depuis la loi de 1957, peuvent donc être avancés sur le terrain de la protection tant objective¹⁴⁹¹, que subjective de la protection de l'investissement¹⁴⁹².

675. La doctrine. S'il est possible d'identifier au travers des lois et des règles de propriété intellectuelle des incohérences, un tel constat peut aussi être fait au sujet de la doctrine s'y intéressant¹⁴⁹³. Cette dernière exerce essentiellement une fonction de commentateur et de traducteur des règles issues des autres sources du droit¹⁴⁹⁴. À certains égards, elle peut aussi

¹⁴⁸⁷ STROWEL (A.), *op. cit.*, p. 660, n° 505.

¹⁴⁸⁸ *Ibid.*

¹⁴⁸⁹ GAUDRAT (Ph.), « Les démêlés [...] », *loc. cit.*, p. 149, et p. 175 et s.

¹⁴⁹⁰ LATOURNERIE (A.), *loc. cit.*, spé. p. 55.

¹⁴⁹¹ Différents principes et différentes règles de droit peuvent conduire à considérer que l'idée même d'une réservation privative des objets immatériels, est en contradiction avec le souci de libre concurrence, de liberté de la copie, de libertés des idées, etc... Cela se vérifie, que ces objets soient appréhendés comme des créations intellectuelles ou des résultats d'investissements en tant que tels. Aussi, en droit d'auteur, si la condition de protection réside dans le critère d'originalité, traduisant la marque de la personnalité de l'auteur, il faut mentionner son évolution vers une dimension beaucoup plus objective. Il peut apparaître des incohérences dans les emplois des conditions objective ou subjective de la condition d'originalité.

¹⁴⁹² Des incohérences peuvent être identifiées entre les règles de titularité du droit d'auteur. On peine à identifier clairement si le droit de réservation bénéficie au créateur intellectuel, à un simple investisseur intellectuel ou à un investisseur économique. L'examen du régime juridique laisse dubitatif sur ce point (Cf. SIIRIAINEN (F.), « Le droit d'auteur à l'épreuve de sa dimension économique [...] », *loc. cit.*, spé. p. 675-675). Aussi, s'il faut considérer que le droit d'auteur est le droit « de » l'auteur, alors il y a incohérence, car à y regarder de plus près, on peut dire que la conception de cette seconde expression est devenue assez marginale. On ne manque pas de rappeler ponctuellement que ce régime est passé d'un droit des créateurs à un droit du producteur ou de l'investisseur. On parle à ce titre de « *droit d'auteur sans auteur* » (GINSBURG (J. C.), « L'avenir du droit d'auteur : un droit sans auteur ? », *CCE* mai 2009, Étude 10).

¹⁴⁹³ Comme dans d'autres branches du droit, la doctrine portant son intérêt sur le système juridique de la propriété intellectuelle, tient un rôle dans sa construction, son explication et sa critique. Elle s'affaire à l'observation, la compréhension et le commentaire des autres sources du droit de la propriété intellectuelle. Elle fait œuvre de pédagogie, en concourant à la systématisation d'un corps de règles, notamment légales et jurisprudentielles, liées à un domaine particulier. À cet effet, elle est amenée à identifier les fondements et à sonder les finalités des règles de droit et leurs solutions applicables aux situations de fait. Sur la doctrine en tant que source du droit, cf. not., GHESTIN (J.), BARBIER (H.) et BERGÉ (J.-S.), *op. cit.*, p. 295, n° 359, et p. 361, n° 411 et s.

¹⁴⁹⁴ Elle est amenée à exercer un rôle d'interprétation des textes, notamment en recherchant l'intention du législateur. Ses travaux peuvent servir d'inspiration au législateur et aux solutions jurisprudentielles, qu'ils traduisent les règles du droit positif, ou qu'ils suggèrent des solutions différentes ou novatrices. À ces sujets, cf.

être considérée comme une de ses sources¹⁴⁹⁵. Les fruits de ses réflexions contribuent à forger un système juridique et à présenter son ordonnancement sous un jour harmonieux¹⁴⁹⁶. Si la doctrine, dans ses œuvres, s'attache à la construction d'un système juridique cohérent, et bien qu'elle soit amenée à relever dans le droit positif, des incohérences, elle pourrait sembler manifester elle-même des incohérences dans ses positions variables sur un sujet. Or, ce que l'on qualifie ici d'incohérence, au travers des interprétations différentes, est profondément lié à la nature subjective, dans une certaine mesure, de l'exercice interprétatif. Tel nous semble être le cas, notamment, dans la doctrine du droit de la propriété intellectuelle, spécialement au sujet de la question de la vocation de cette discipline à protéger l'investissement immatériel. En effet, le discours doctrinal nous apparaît manquer de cohérence. Cela est selon nous inconfortable. Le propos mérite cependant d'être nuancé. La doctrine n'est pas à blâmer, dans la mesure où la problématique se posant est largement issue du manque d'affichage clair, au sein des normes, de leur finalité. Parmi la doctrine de la propriété intellectuelle, les opinions sont en effet divergentes, s'agissant de la fonction de protection de l'investissement. La doctrine est surtout nuancée à ce sujet. Même si elles trouvent leurs justifications, ces différentes opinions tendent à révéler une forme d'incohérence au sein de cette source du droit vis-à-vis de cette question¹⁴⁹⁷. Ce constat démontre aussi que le droit est bel et bien dialectique, comme le révèle l'étude des autres sources de la propriété intellectuelle¹⁴⁹⁸. Les débats doctrinaux et les positions divergentes ne sont en effet pas les seuls responsables de la situation de confusion régnant en propriété intellectuelle. Les constructions doctrinales résultent d'exercices de systématisation du droit positif et de ce qu'il pourrait être. Ils ne se forment pas *ex nihilo*, mais procèdent de l'étude et de l'interprétation d'autres sources, telles que la loi et la jurisprudence, qui ne sont parfois pas, non plus, en harmonie, et ne révèlent pas toujours clairement à quoi renvoie le système.

676. Hypothèses d'évolution. Si des choix clairs et précis étaient davantage exercés au stade de l'élaboration de la loi s'agissant de la finalité du système, notamment vis-à-vis de la

not. GAUTIER (P.-Y.), « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence », *D.* 2003, p. 2839 ; GHESTIN (J.), BARBIER (H.) et BERGÉ (J.-S.), *op. cit.*, p. 369, n° 414 et p. 371, n° 415.

¹⁴⁹⁵ GAUTIER (P.-Y.), « Le droit sans doctrine ? », *SHFD* 2007, p. 399.

¹⁴⁹⁶ GHESTIN (J.), BARBIER (H.) et BERGÉ (J.-S.), *op. cit.*, p. 371, n° 415 : « *La doctrine doit finalement, par les concepts théoriques qu'elle forge ou qu'elle affine, par les synthèses auxquelles elle procède, maintenir la cohérence et la clarté du droit* ».

¹⁴⁹⁷ Sans même aller jusqu'à l'analyse des divergences d'opinions doctrinales relatives à ladite fonction, on constate que le champ d'étude de la propriété intellectuelle n'est parfois pas appréhendé complètement de façon unitaire.

¹⁴⁹⁸ GAUTIER (P.-Y.), « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence », *loc. cit.*, spé. p. 2839, n° 1 : « *Le droit est une dialectique permanente : entre justiciables, entre membres de la doctrine, entre les professeurs et les juges* ».

protection de l'investissement, et s'il existait une politique assez unitaire dans les propriétés intellectuelles, les divergences de philosophies relayées par les discours doctrinaux seraient sans doute évitées. Pour autant, l'absence de choix peut avoir ses avantages, sur la base de laquelle la doctrine exerce sa charge, tendant à faire évoluer le droit vers le progrès, et son adaptation aux attentes du moment et futures. Il faut de la souplesse pour pouvoir évoluer. La doctrine est susceptible de constituer une voix, ainsi qu'une voie, vers la recherche d'un système juridique de propriété intellectuelle plus cohérent vis-à-vis de la vocation du système à la protection de l'investissement immatériel. En effet, elle est une force de création, au travers des propositions de réformes ou de consolidation du droit positif qu'elle est amenée à suggérer. L'objectif est alors dirigé vers l'assurance de sécurité juridique et matérielle au bénéfice de l'ordre juridique lui-même, et de la défense des intérêts des justiciables. Le débat doctrinal fait avancer les idées et la recherche de la meilleure solution. Il porte ses fruits. Il n'est finalement peut-être pas souhaitable de rencontrer une doctrine unanime dans l'absolu.

ii. Les répercussions jurisprudentielles et factuelles

677. L'influence des incohérences dans les normes et les discours doctrinaux. Les incohérences et divergences de positions au sein des différentes sources du système de la propriété intellectuelle, telles la loi et la doctrine, ont naturellement des répercussions dans la jurisprudence et sur la situation des justiciables. L'état de la jurisprudence vis-à-vis de la fonction de protection de l'investissement de la propriété intellectuelle est à son tour le miroir des différentes positions des autres sources sur cette question. Le risque que cela emporte tient à l'effectivité de la sécurité dont peuvent se prévaloir les justiciables, qu'elle soit juridique ou matérielle. La tâche n'est, il est vrai, pas aisée, tant les intérêts en jeu peuvent être variables et conflictuels, de même que l'état des sources juridiques, sensées organiser les intérêts de manière pacifique. C'est à une situation d'impasse à laquelle les justiciables et le système risquent de faire face. Il est à ce titre nécessaire d'attribuer à la propriété intellectuelle une direction claire, franche, et assumée, afin que la jurisprudence rendue soit en harmonie avec la philosophie du système, et les attentes des justiciables. La jurisprudence, renvoyant à l'office du juge ayant pour tâche de trancher des litiges à l'appui d'une décision motivée, sur la base de fondements juridiques, risque de se trouver perturbée face à un corps de règles de droit présentant des incohérences. Ces dernières ne facilitent pas la tâche du juge lorsqu'il doit appliquer une solution par exemple légale, à une situation conflictuelle. La conséquence qui pourrait en découler tiendrait à la critique d'une solution comme n'étant pas celle adaptée en vertu du texte.

Le risque tient donc à une application erronée du droit. Le manque de lisibilité du système juridique évoqué précédemment se traduit alors au stade jurisprudentiel.

678. Incohérences conséquentes des solutions jurisprudentielles. Au-delà de sa fonction d'arbitrage fondée sur des règles de droit, il faut souligner que la jurisprudence peut également exercer d'autres rôles. Il arrive qu'elle supplée la loi lorsqu'elle est lacunaire, et même qu'elle exerce une tâche de création de solutions juridiques plus autonomes¹⁴⁹⁹. Ces solutions procéderont alors d'un exercice d'interprétation des textes. Dans ce cadre, le résultat pourrait pourtant apparaître en contradiction avec la lettre de la loi, ainsi qu'avec le fondement légal mobilisé, lorsqu'il existe et peut être identifié clairement. Il serait reçu comme un refus d'appliquer un texte, ou comme une mauvaise application. On jugera que la jurisprudence prend des libertés, ou encore qu'elle juge en opportunité. Ces comportements, eux-mêmes empruntés en réaction à de potentielles incohérences au sein des autres sources dans un système juridique donné, sont susceptibles d'être considérés eux-mêmes comme une preuve de l'incohérence du système juridique en question. Nombre de solutions créées de toutes pièces par la jurisprudence peuvent intervenir en contradiction de l'esprit d'un texte, d'autant plus lorsqu'il est interprété par d'autres comme reposant sur une conception différente. Tel nous semble être le cas, lorsque l'on s'intéresse à la position de la loi en matière de droit de la propriété intellectuelle, s'agissant de sa fonction de protection de l'investissement, spécialement économique, dans la conception, la valorisation et la diffusion de la création.

679. Influence de la doctrine sur la jurisprudence. Dans son rôle d'application de la loi, devant parfois passer par le processus de son interprétation, la jurisprudence peut également être amenée à se référer et à s'inspirer des positions doctrinales. La doctrine a alors une influence sur la jurisprudence¹⁵⁰⁰. Or, nous venons de souligner que la doctrine, sur un sujet, ne présente pas toujours une opinion unanime¹⁵⁰¹. Une jurisprudence, qui s'appuierait sur une position doctrinale en faveur d'une conception économique et utilitaire de la prérogative de propriété intellectuelle, serait considérée comme incohérente vis-à-vis d'un système de réservation appréhendé par une autre partie de la doctrine, comme principalement personnaliste et naturaliste. Toutes les contradictions et incohérences dans la loi et dans la doctrine, sur le

¹⁴⁹⁹ Le droit moral de l'auteur a ainsi été découvert et construit par la conjugaison des efforts interprétatifs de la doctrine et de la jurisprudence (notamment sur le fondement de la responsabilité civile, avant d'être consacré légalement dans son existence et son régime par la loi du 11 mars 1957).

¹⁵⁰⁰ GAUTIER (P.-Y.), « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence », *D.* 2003, p. 2839 ; DEUMIER (P.) (dir.), *Le raisonnement juridique*, Coll. Méthodes du droit, Paris : Dalloz, 2013, spé. p. 79, n° 97 et s. au sujet des influences de la doctrine sur la jurisprudence.

¹⁵⁰¹ Tel en est le cas de la vocation des lois du droit de la propriété intellectuelle à assurer la protection des investissements immatériels.

sujet nous intéressant, peuvent avoir un impact sur la jurisprudence¹⁵⁰², et de façon dérivée sur les intérêts des justiciables. Cela se manifeste par le caractère aléatoire des solutions, et l'existence d'hésitations casuistiques, lesquelles ne sont pas sécurisantes à plusieurs titres. Tel est le cas, tant en matière de protection objective¹⁵⁰³, que subjective de l'investissement¹⁵⁰⁴.

680. Analyse des répercussions jurisprudentielles. Les différentes incohérences identifiées dans la jurisprudence, vis-à-vis de la fonction de protection de l'investissement du droit de la propriété intellectuelle, trouvent de manière générale leur source dans un manque de lisibilité et de complétude du système. En faisant œuvre interprétatrice de la loi, ou créatrice de solutions juridiques, s'inspirant parfois de la doctrine, la jurisprudence est amenée à rendre des décisions paraissant en décalage avec une certaine philosophie du système. Certes, le juge a pour office, lorsqu'un litige lui est soumis, de trouver une solution, quand bien même la loi n'en désignerait pas, ou que son existence soit peu claire. Ce faisant, il endosse un rôle palliatif ou créateur du droit. L'enjeu est surtout, et d'abord, d'arbitrer un conflit, afin d'en départager les intérêts aspirant à la protection. D'autres enjeux tiennent au besoin de satisfaction plus ou moins directe des attentes des acteurs du secteur. On peut oser penser que la jurisprudence rend alors des décisions, de façon plus ou moins ouverte, sur des mobiles d'opportunité¹⁵⁰⁵. L'inconfort

¹⁵⁰² GAUDRAT (Ph.), « Les démêlés [...] », *loc. cit.*, p. 197 : « Les juges n'ont pour mission que d'interpréter et d'appliquer les textes, non de les réécrire. Lorsque la loi est schizophrène, on ne peut s'étonner de ce que la jurisprudence lui emboîte le pas ».

¹⁵⁰³ En droit d'auteur, les critères flous de la qualification d'œuvre de l'esprit par la notion d'originalité ouvrent la porte à la réservation de certains résultats d'investissements et pas à d'autres. Il est possible de songer ici au refus de la Cour de cassation d'admettre au rang des œuvres de l'esprit originales, les parfums et fragrances, qui peuvent être vues comme des résultats d'investissements (sur l'incohérence de ce refus cf. not. VIVANT (M.), « Droit d'auteur : le Paradis pour le boulon ? L'enfer pour le parfum ? », *RLDI* 2013/91, n° 3043). Cela induit une prise de distance avec la protection d'une création intellectuelle en tant que telle, relevant traditionnellement, depuis un certain temps seulement, de la dimension subjective de l'originalité, vers une dimension plus objective. Il existe alors une tendance à la réservation des objets immatériels représentant une valeur économique exploitable, sur la base de la mise en œuvre de simples efforts, soient-ils intellectuels ou financiers. On peut renvoyer à l'exemple de l'arrêt *Pachot*, exprimant en quoi consiste l'originalité d'un logiciel, protégé au titre du droit d'auteur : Cass. ass. plén., 7 mars 1986, *préc.*). Ce phénomène sert la thèse de la vocation de la propriété intellectuelle à la protection de l'investissement, mais invite également à penser encore plus sérieusement l'équilibre avec les autres intérêts que celui de l'investisseur.

¹⁵⁰⁴ L'investisseur économique dans la création ou l'exploitation d'un résultat d'investissements tend à être identifié comme le titulaire du droit d'auteur, de façon plus ou moins directe. Il est d'abord possible de renvoyer à la pratique, pendant une période, consistant à essayer de construire contractuellement des cessions implicites ou explicites du droit au regard de l'existence d'un contrat de travail liant un auteur salarié à un employeur. En contradiction avec la loi et la conception personnaliste du dispositif, la pratique, suivie par la jurisprudence, avaient pu mettre en œuvre cette cession tacite favorable à la situation de l'employeur en tant qu'investisseur dans la conception de la création, et aussi, souvent, dans son exploitation. Pour autant, la jurisprudence est ensuite venue rappeler que cette pratique des cessions implicites était contraire à la loi (Cass. 1^{ère} civ., 16 décembre 1992, *préc.*). Puis, il est possible de songer à la création, par la jurisprudence, d'une présomption de titularité du droit d'auteur au profit de l'exploitant (Cass. 1^{ère} civ., 24 mars 1993, *préc.*). La jurisprudence a ici endossé son rôle de créateur de règle et de solution juridique, pour pallier l'absence de solution prévue par la loi, en termes de qualification et de fondement. Cette règle jurisprudentielle peut se révéler comme étant une incohérence vis-à-vis de la loi, car les logiques suivies sont différentes. La solution est en effet au cœur d'un conflit de logique du système.

¹⁵⁰⁵ Sur les arguments d'opportunité dans le raisonnement juridique, en matière jurisprudentielle, cf. not.

résultant de ces solutions, possiblement en contradiction avec les textes existants, est pourtant un moyen mis en œuvre pour lancer, parfois, un appel au législateur. Ce dernier est en effet l'entité légitime à la consécration d'une règle destinée à départager les intérêts en conflit, de manière cohérente, en considération du système dans lequel elle s'insère.

681. Des décalages entre les intérêts et attentes des investisseurs et des tiers, et leurs traductions juridiques. Les incohérences dans les différentes sources du droit de la propriété intellectuelle tendent à révéler des décalages entre d'une part, les normes, les positions doctrinales et solutions jurisprudentielles, et d'autre part, les attentes des justiciables et la réalité du secteur. Le constat renvoie par nature à l'existence d'aspirations divergentes et potentiellement conflictuelles des acteurs du secteur. Les sources du droit, dans leur rôle de construction d'une organisation pacifique des intérêts, tâchent de traduire juridiquement les attentes. Or, ces divergences tendent à se reproduire au sein même du système juridique. Il y a donc un déplacement des conflits du stade des faits, à celui du droit. Les évolutions rapides du secteur de la création immatérielle et ses pratiques, au cours de la seconde moitié du vingtième siècle, jusqu'à aujourd'hui, tendent à creuser les décalages existants entre la réalité et leur transcription juridique¹⁵⁰⁶. De telles pratiques tendent ainsi à se développer en dehors du droit. Il apparaît nécessaire, dans ce contexte, de penser le système juridique en conformité avec les attentes véritables des agents économiques du secteur, en pensant sérieusement et en cohérence le sujet. À ce titre, il est impératif de reléguer toute vision dogmatique, pour préférer des voies pragmatiques.

682. Illustration. Le décalage entre la réalité et ses attentes, et leur traduction juridique au sein de la propriété intellectuelle, présente des répercussions prétoriennes sur le terrain d'autres fondements juridiques. Il conduit potentiellement les investisseurs en mal de protection privative, à se tourner vers un autre fondement, leur permettant de faire valoir leur intérêt au travers d'une action en justice fondée notamment sur les principes de la responsabilité civile. Cela conduit à une forme plus ou moins indirecte de reconstitution de monopoles d'exploitation de propriété intellectuelle ne disant pas leur nom, et provoquant des incohérences. Il y a en effet confusion entre les fonctions des systèmes juridiques¹⁵⁰⁷. De plus, le transfert de la protection de l'investissement sur un autre terrain juridique, puis sa régularisation sur le terrain de la

DEUMIER (P.), *op. cit.*, spé. p. 217, n° 245 et s.

¹⁵⁰⁶ SIIRIAINEN (F.), « Le droit d'auteur à l'épreuve de sa dimension économique [...] », *loc. cit.*, spé. p. 676 : « En définitive, la conception personnaliste est parfois en décalage avec le dispositif légal, mais surtout avec la « réalité » du terrain [...] ».

¹⁵⁰⁷ VIVANT (M.), « L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles ? », *loc. cit.*, spé. p. 455 : « [...] la contradiction est flagrante entre la mise en avant d'une option libérale et la multiplication de [...] bastilles ou péages. [...] ».

propriété intellectuelle révèlent, selon nous, qu'il n'est plus cohérent à s'attacher à une conception absolument humaniste, naturaliste, personnaliste, du droit de la propriété intellectuelle.

683. Bilan. Les preuves d'une réalité évoluée et des besoins d'intervention juridique correspondants sont nombreuses. Dans ce cadre, peut-on encore nier que le droit d'auteur n'est pas, ou plus, un droit *de* l'auteur, mais simplement un droit de réservation sur le fruit d'une activité intellectuelle requérant, pour une bonne part, des activités économiques, dont les fruits sont protégés en tant que tels ? Le domaine gagnerait en cohérence et lisibilité à reconnaître que ces prérogatives ne sont pas, ou plus, destinées en tous cas à protéger exclusivement un auteur personne physique. Il faut donc déterminer clairement des perspectives. Il s'agit surtout, en arrière-plan, de veiller à l'assurance de l'équilibre entre les intérêts. Il en va par ailleurs de la légitimité de cette réponse juridique en faveur des intérêts des investisseurs dans la création. L'évolution dépendra de choix de politique juridique¹⁵⁰⁸. Encore faut-il utilement rechercher les raisons de l'absence de choix provoquant les situations d'incohérences au sein du système.

2) Les raisons de l'absence de choix génératrice des incohérences

684. Motifs et enjeux de l'absence d'un choix. En saisissant les raisons de l'absence de choix de protection génératrice d'incohérences, l'enjeu est de trouver des voies d'amélioration de la situation. Celles-ci devraient être de nature à éviter, ou à contenir le jeu d'incohérences en cascade entre les différentes sources du droit. Il peut être avancé, d'abord, que l'absence de choix révélerait un manque de réflexion sur le sujet en tant que tel **(a)**. Puis, elle trahirait également l'existence d'inconvénients dans l'exercice effectif d'un choix **(b)**.

a. Un manque de réflexion sur le sujet en tant que tel

685. L'absence d'une réflexion globale. L'absence de choix net en faveur ou en défaveur de la fonction nous intéressant peut trouver sa source dans un manque de volonté des acteurs eu ayant la compétence, de l'exercer de manière globale **(i)**. Il semblerait alors que le législateur manque d'audace en ce sens. Cela se traduit par des politiques ponctuelles **(ii)**.

i. Manque de volonté dans l'exercice d'un choix global

¹⁵⁰⁸ BERTRAND (E.), « Le rôle de la dialectique en droit privé français », *D.* 1951, p. 151, spé. p. 153.

686. La nécessité d'encourager l'exercice d'un choix global. La cohérence du droit de la propriété intellectuelle nécessite une appréhension globale du système et de son centre de gravité. La question de savoir si ce système juridique est voué à la protection des investissements immatériels mérite en effet d'être traitée sérieusement, de manière globale, et en tant que telle. Or, tel n'apparaît pas être le cas. Le législateur ne voudrait pas se plier à l'exercice d'un choix global et clair en faveur ou en défaveur de la protection qui, pourtant, s'avèrerait nécessaire pour gagner en cohérence. À ce titre, il semble inerte et manquerait ainsi d'audace. Le choix souhaité de sa part s'avère en effet difficile, car risqué et critiquable¹⁵⁰⁹. Le législateur peut donner l'impression d'éviter l'entreprise d'un chantier considérable, préférant agir de façon ponctuelle. Néanmoins, il apparaît nécessaire de décider si la sécurisation de l'investissement constitue la ligne directrice de ce système juridique¹⁵¹⁰. Nous avons en effet pu souligner que le droit de la propriété intellectuelle manque de cohérence, car sa finalité ultime n'est pas annoncée, selon nous, clairement, ni consciemment¹⁵¹¹. Il gagnerait en cohérence, si un choix franc et clair de politique était exercé. Ce dernier pourrait selon nous résider dans la reconnaissance globale de la finalité unitaire de protection de l'investissement de ce système juridique. Le législateur doit être encouragé à exercer un choix en ce sens, pour ensuite rendre le régime adapté aux attentes sociales du secteur, tout en veillant à la construction d'un équilibre avec les autres intérêts que ceux de l'investisseur. Une réflexion globale doit s'engager notamment au sujet des fondements¹⁵¹², et finalités du système¹⁵¹³, pour aboutir à un choix en faveur, ou en défaveur, de la protection de l'investissement, lequel influera sur sa cohérence.

687. Un choix global à encourager en dépit des réticences. À l'examen des nombreux discours juridiques en matière de propriété intellectuelle, la place qu'occupe, et que doit y occuper, le souci de protection de l'investissement immatériel semble trahir un manque de réflexion sur le sujet en tant que tel. Lorsqu'elles s'intéressent à la question, les différentes

¹⁵⁰⁹ Le choix en faveur d'une protection de l'investissement comme finalité du système du droit de la propriété intellectuelle doit tenir compte des avancées, acquis et progrès dans la protection de certains types d'intérêts autres que celui de l'investisseur. Cela rend la tâche difficile, car une protection favorable à l'investissement impliquerait notamment d'octroyer des rangs inférieurs à ces autres intérêts, et le risque tient à leur marginalisation. Il est alors nécessaire de réfléchir à la justice dans l'exercice de ce choix.

¹⁵¹⁰ VAN DE KERCHOVE (M.) et OST (F.), *op. cit.*, p. 167, citant ARNAUD (A.-J.), *Critique de la raison juridique*, p. 27 : « la raison juridique – c'est-à-dire "le moteur en vertu duquel un système s'organise de façon cohérente et propre à réaliser certaines fins" – est "la condition nécessaire et suffisante d'un système juridique" ».

¹⁵¹¹ BATIFFOL (H.), *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, p. 43, n° 19 : « [...] les institutions aménagées sans conscience claire de [leur] but sont exposées, nul ne l'ignore, à l'incohérence perpétuelle [...] ».

¹⁵¹² LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *op. cit.*, 2017, p. 55, n° 40.

¹⁵¹³ VIVANT (M.), « La propriété intellectuelle : nouvelles formes et nouveaux enjeux », *loc. cit.*, spé. p. 10, n° 9.

sources juridiques n'admettent pas toujours aisément l'opportunité de penser ce système comme tourné vers une telle protection. L'opportunité est alors mise timidement en avant, ou rejetée. Pourtant, depuis une quarantaine d'années, la considération du souci de protection de l'investissement se développe. De manière paradoxale, on peine à y identifier classiquement le système comme voué à l'assurance de cette fonction. La matière repose sur des présupposés idéologiques forts tendant à reléguer ou rejeter ce souci. Ceux-ci rendent en effet difficile la réflexion sur le sujet en tant que tel. Les sources du droit révèlent, de temps en temps, leur attachement à la protection l'investissement, mais de façon timide. L'absence de volonté franche, quant au choix à effectuer, trouve peut-être sa raison dans la crainte de sa réception par les justiciables et les autres sources du droit. L'éventualité d'un choix franc, en faveur de la protection de l'investissement, surtout économique, pourrait rencontrer des viviers de résistance. Ainsi, il existera certainement toujours des opinions contestataires pour souligner le manque de légitimité d'une telle protection. La question du choix du centre de gravité et des lignes directrices du système est peut-être aussi contournée, dès lors qu'il peut être difficile de choisir une finalité à promouvoir dans ce domaine, au sein duquel il en existe actuellement plusieurs. Au demeurant, l'absence de volonté de s'attaquer franchement et globalement à la place qu'il s'agit d'attribuer à la protection de l'investissement dans la propriété intellectuelle se traduit par des politiques plus ponctuelles et conjoncturelles, que structurelles.

ii. Traduction par des politiques ponctuelles

688. La nécessité de reconnaître le passage d'une dynamique conjoncturelle à une dynamique structurelle. La question de la protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle ne nous semble pas pensée de manière globale. Cela se traduit par des mesures parfois favorables à la protection, qui ne sont pourtant et souvent que ponctuelles et sectorielles. Il peut être relevé la multiplication de mesures de protection de l'investissement depuis plusieurs décennies, sous l'impulsion de différents facteurs et institutions. L'examen de l'ensemble du droit de la propriété intellectuelle démontre que ce système évolue de plus en plus vers la sécurisation des investissements immatériels. Pourtant, quand bien même le système évolue effectivement vers la réalisation de cet objectif, on peut regretter, en termes de cohérence, que cela ne soit pas fait, ni pensé assez globalement. Il est inconfortable de constater que de telles mesures se développent, mais seulement de manière particulière, ponctuelle et sectorielle. Les impacts de ce processus invitent à souhaiter une évolution à portée plus structurelle. La cohérence du système gagnerait à reconnaître une telle dynamique.

689. Des regrets aux encouragements. Le manque de réflexion et de communication, notamment du législateur, sur le sens véritable de ce système juridique peut être regretté¹⁵¹⁴. L'impression d'absence d'unité officielle du système, autour de la finalité de protection de l'investissement, est d'ailleurs confirmée par l'état de morcellement de la matière. Ce dernier se produit sous l'effet de la multiplication de régimes particuliers de réservation de différents types d'objets immatériels représentant une valeur économique exploitable¹⁵¹⁵. Le constat étant regrettable, nous pensons qu'il faut encourager les décideurs publics à mener une vraie réflexion en termes de structure de la discipline. Des politiques du « coup par coup »¹⁵¹⁶, semblant conjoncturelles, doivent laisser place tôt ou tard à des politiques structurelles. Ces dernières peuvent selon nous reposer sur la finalité de protection des investissements immatériels, demeurant à choisir et à assumer. Il convient certainement de repenser les choses en recherchant et en choisissant la *raison juridique* du système. Telle est la condition à mettre en œuvre pour affirmer et assumer le centre de gravité du système devant entraîner un effet de cohérence.

b. Des inconvénients dans l'exercice effectif d'un choix

690. Des interrogations quant à la possibilité et à l'opportunité d'un choix en faveur, ou en défaveur de la protection. Le manque de réflexion sur le sujet en tant que tel révèle un manque de volonté de penser le sujet globalement. Il se traduit par des politiques des petits pas, et peut conduire à relever que le choix à effectuer est susceptible de rencontrer des limites. L'absence de choix pourrait dès lors trouver ses explications dans l'hypothèse de l'impossibilité de son exercice effectif (a), voire même dans celle de son manque d'opportunité (b).

i. L'hypothèse de l'impossibilité

691. Du constat des difficultés, à l'hypothèse de l'impossibilité d'exercice du choix. Face au constat de l'absence de choix, il est judicieux de se demander si son exercice est réalisable.

¹⁵¹⁴ LUCAS (A. et H.-J.) et LUCAS-SCHLOETTER (A.), *op. cit.*, 4^e éd., p. 54, n° 40, évoquant l'opportunité d'une réforme législative de la propriété littéraire et artistique à l'ambition « *clairement affichée d'une réforme d'ensemble visant à redonner du sens à un dispositif législatif dont la cohérence a été miné par l'accumulation de réformes ponctuelles* ».

¹⁵¹⁵ Sur l'émiettement de la propriété intellectuelle, LUCAS (A. et H.-J.) et LUCAS-SCHLOETTER (A.), *op. cit.*, 3^e éd., p. 29, n° 26 : « *Cet émiettement, qui s'explique par l'absence d'un principe général de propriété intellectuelle, finit par affecter la cohérence de la discipline, et l'on doit souhaiter une approche plus globale, notamment pour résoudre les problèmes posés par les nouvelles technologies* » ; LUCAS (A.), « Rapport de synthèse », *loc. cit.*, p. 151, spé. p. 152, au sujet de l'« *émiettement considérable [...] de la propriété intellectuelle, émiettement qui, en même temps qu'il fait naître le risque d'une certaine incohérence, aboutit à un paysage extrêmement morcelé [...]* ».

¹⁵¹⁶ VIVANT (M.), « Repenser la création en entreprise ? », in *Créations et inventions de salariés*, *op. cit.*, spé. p. 161.

Est-il possible de choisir ? La question suggère de se tourner vers les difficultés que pose l'exercice d'un tel choix. En quoi, et pourquoi est-il difficile de choisir si la propriété intellectuelle est un système voué à la protection des investissements immatériels, de telle sorte que ce choix, pourtant *a priori* nécessaire, s'avèrerait impossible ? La difficulté posée par la question du choix pourrait contribuer à l'impossibilité de ce dernier¹⁵¹⁷.

692. L'hypothèse du caractère hétéroclite des réalités. Il est certainement intéressant d'envisager à ce titre l'ambivalence des réalités et schémas de créations ayant vocation à être appréhendés et traités juridiquement par la propriété intellectuelle. Ces réalités et leurs traductions juridiques apparaissent parfois en décalage. Aussi, il semble difficile, si ce n'est impossible, de réduire la propriété intellectuelle à un seul et unique modèle. Pourtant, il est légitime de s'interroger sur la possibilité et la pertinence de l'appréhender comme un modèle unique de protection, tendant à la recherche de sécurisation des investissements immatériels en général. Choisir franchement en faveur ou en défaveur de la protection de l'investissement serait susceptible de laisser l'appréhension et le traitement juridique de certains schémas et réalités de création en dehors du système. Pour dépasser ce risque, il convient de songer à un moyen de faire entrer les différentes réalités au sein du système de manière justifiée, équilibrée et cohérente.

693. Un souci d'équilibre et de conciliation compliquant l'exercice du choix. La propriété intellectuelle est traditionnellement présentée comme étant tournée vers la recherche de satisfaction, sous forme d'essais de conciliation, de différents intérêts parfois incompatibles. La difficulté du choix, rejoignant son impossibilité, tiendrait précisément au fait qu'un choix en faveur d'une des catégories particulières d'intérêts en jeu, signifierait le rejet des autres catégories d'intérêts. Il en ressortirait, bien qu'il soit discutable, un sentiment d'arbitraire. À l'inverse, le souci de prise en compte des différents intérêts en jeu, de manière simultanée, peut conduire à l'observation que le système juridique s'efforcerait de jouer sur tous les terrains. En effet, la tentation de satisfaire simultanément tous les intérêts individuels et collectifs ne rend pas facile l'exercice d'un choix en faveur d'une seule catégorie d'intérêts, et l'organisation des autres, de manière subséquente. Certes, la recherche de satisfaction des intérêts de tous peut être considérée comme vertueuse et méritante, mais elle a l'inconvénient de donner justement l'impression que l'arbitrage politique et juridique n'est pas fermement exercé. À l'état du fait, les intérêts n'évoluent pas de manière pacifique, dans une conciliation automatique et utopique. Au contraire, les réalités sont parfois profondément conflictuelles, d'où la nécessité du recours

¹⁵¹⁷ Cependant, cela ne signifie pas qu'il faille se fonder sur ce prétexte pour justifier l'absence d'exercice d'un choix.

à l'arbitrage. S'il s'avère difficile, l'exercice du choix n'en demeure pas moins indispensable¹⁵¹⁸.

694. Propositions. Refuser de choisir, que le centre de gravité du système tourne autour de la protection d'une catégorie particulière d'intérêt dans le secteur qui nous intéresse, impliquerait primordialement d'y voir le refus de traiter à égalité les autres catégories d'intérêts. Cela attirerait la critique. La quête de justice ne serait pas honorée. En revanche, prendre de la distance, en ne semblant pas favoriser une catégorie d'intérêts en particulier plutôt qu'une autre, permet de ne pas s'attirer la critique. C'est aussi un moyen de montrer que l'on prend en compte tous les intérêts, ainsi que l'intérêt général. Pourtant, le législateur et les autorités en charge de la décision du fond du droit pourraient tout à fait décider délibérément en faveur de la protection de l'investissement. Cette dernière permet en effet de garantir la satisfaction des intérêts des tiers, même s'ils ne sont pas *a priori* traités au premier plan. Il nous semble possible d'exercer un choix en faveur de la protection prioritaire de l'intérêt de l'investisseur, dans une dynamique incitative, tout en prévoyant un système de rééquilibrage vis-à-vis des autres intérêts à satisfaire.

ii. L'hypothèse du manque d'opportunité

695. Doutes relatifs à l'opportunité d'exercice d'un choix et de la pertinence de recherche d'une cohérence systémique. Si l'absence d'exercice d'un choix franc semble entraîner les incohérences du système, la recherche de sa cause peut révéler, paradoxalement, ses justifications. L'absence de choix se justifierait ainsi non seulement par l'impossibilité, ou par le manque d'opportunité de l'exercice décisionnel. Un tel argument peut certainement aussi être avancé au regard de l'utilité de rechercher la cohérence du système juridique de la propriété intellectuelle. On peut alors s'interroger sur la pertinence de la qualification d'incohérences de ces situations juridiques, qui n'en sont pas moins préoccupantes. On pourrait même douter de la pertinence de recherche de cohérence du système juridique, qui elle-même présente des inconvénients. L'existence de certaines formes d'incohérences signifierait que la recherche de cohérence parfaite du droit est, au-delà d'utopique, impossible et inutile. Dès lors, faut-il persévérer dans la recherche d'éradication de ce qui nous apparaît être des incohérences systémiques, par l'exercice d'un choix de finalité, tournée vers la sécurisation de l'investissement ? Le manque de lisibilité du système ressortant de ces situations se traduit par

¹⁵¹⁸ C'est parce que le droit est par nature dialectique, que l'ordre juridique ne peut de lui-même opérer des choix, et que la tâche incombe aux instances politiques et au pouvoir législatif, assurant la mission du choix des finalités et du fond du droit. À ce sujet, cf. not. DABIN (J.), *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement en droit privé*, Bruxelles : Bruylant, 1935, p. 40 et s.

la difficulté de dire si la propriété intellectuelle protège, ou non l'investissement immatériel. Il ne doit pas nécessairement nous dissuader de trouver une issue. Nous pensons qu'il convient résolument d'exercer un choix, en dépit des risques que cela emporte. Il en va de la réalisation de différents enjeux, tels ceux de sécurités juridique et matérielle.

696. L'hypothèse d'une absence de choix justifiable par son inopportunité. L'hypothèse du doute quant à l'opportunité d'exercice d'un choix de protection tendrait à expliquer précisément l'absence de choix clair et ferme réalisé au sujet du centre de gravité du système de la propriété intellectuelle. Au-delà des questions de possibilité ou d'impossibilité d'exercice du choix, il convient de se poser la question de la nécessité du choix, au regard des conséquences qu'il pourrait emporter vis-à-vis des justiciables et du droit en général. Si l'enjeu de l'exercice tient aux exigences de sécurité et de justice, il a également potentiellement ses travers. Le refus d'un choix franc laisse alors la place à une situation d'immobilisme qui, si elle est parfois préférable, n'en est pas moins inconfortable. L'immobilisme traduit une position de prudence, afin de ne pas ouvrir la porte à la réalisation de certains risques, que représenterait un choix rigoureux, et pas assez souple, pour satisfaire une variété de situation factuelles à traiter juridiquement. Ainsi, par exemple, un choix politique franc et assumé en faveur de la protection de l'investissement, qui mettrait cet objectif au centre du système, présenterait le risque d'une marginalisation des intérêts autres que ceux de l'investisseur. Au contraire, l'absence d'exercice d'un choix franc de protection laisse penser que l'on souhaite ne pas mettre spécialement l'intérêt de l'investisseur en avant, par rapport à ceux des autres. Cela traduit une volonté de ne pas privilégier une catégorie d'intérêts au détriment potentiel des autres. L'exercice d'un choix franc doit aussi prendre en compte les hypothèses d'évolution des attentes du secteur, et l'ambivalence des attentes déjà existantes. L'absence de choix, que nous avons déjà envisagé sous le jour d'un manque d'audace du législateur et des différentes sources du droit, révélerait alors la mise en œuvre d'une stratégie assumée et raisonnable, de prudence. Ce faisant, une stratégie d'absence de choix peut dissimuler un attachement à la recherche d'intérêt général. L'existence de politiques ponctuelles en matière de protection de l'investissement est certes handicapante pour la cohérence du système juridique. Cependant, elle révélerait le souci des décideurs d'être certains de l'opportunité de leurs actions, avant leurs réalisations.

697. L'hypothèse d'une absence de choix justifiée et tendant à la disqualification des incohérences. Il est possible de se demander si l'absence délibérée et consciente d'exercice d'un choix en faveur, ou non, de la protection de l'investissement par ce système, n'est pas de nature à disqualifier ces situations d'incohérences, et à dissuader de leur neutralisation. Lesdites incohérences ne trouvent-elles pas une justification dans leur traduction de l'inopportunité

d'exercice du choix ? Selon cette hypothèse, les incohérences en question seraient le résultat de la prise en compte et du traitement de situations variables présentant des points communs et des différences. Cela justifierait des règles semblant incompatibles et contradictoires au sein du système¹⁵¹⁹, au sujet desquelles il serait douteux de parler d'incohérences. Dans ce cadre, il est légitime de poser la question de savoir si le système juridique peut et doit prétendre à la recherche d'une cohérence parfaite, dès lors qu'il n'est pas figé, mais voué à évoluer pour s'adapter aux attentes diverses des justiciables¹⁵²⁰. À ce stade, il est néanmoins important de souligner que le système juridique n'est pas seulement le reflet d'une adaptation mystique du droit au fait¹⁵²¹, mais qu'il ressort nécessairement de l'exercice de choix politiques.

698. Un doute sur la nécessité d'atteindre une cohérence du système. L'hypothèse d'une justification des incohérences par l'absence consciente de choix invite à se questionner sur l'attachement à l'égard d'une recherche de cohérence des systèmes juridiques. Une telle recherche est-elle souhaitable, pertinente, réaliste ? Une telle question renvoie à la problématique du « fantasme » de la cohérence du droit, aboutissant à des réponses mitigées et notamment pessimistes¹⁵²². L'objectif d'atteindre une cohérence dans l'organisation des systèmes juridiques serait-il vain et condamné¹⁵²³ ? De tels propos mettraient à néant la recherche et le caractère judicieux de l'organisation harmonieuse d'un système juridique au bénéfice des acteurs du droit, et surtout, des sujets de droits. Il convient dès lors d'essayer de traiter les conséquences préjudiciables des situations d'incohérences. À défaut d'atteindre une cohérence et une harmonie parfaites, au sein du système juridique de la propriété intellectuelle, il est toutefois louable d'essayer de tendre vers le mieux. À cet effet, c'est certainement le politique, auquel est attachée l'autorité conférée par les sources démocratiques qui, par l'exercice du choix, peut permettre de trancher pour sortir des situations insécurisantes, car profondément conflictuelles. C'est là, nous semble-t-il, tout à la fois l'essence, ainsi que la mission du droit.

B. L'existence de déséquilibres entre les intérêts et dans leur traitement juridique

¹⁵¹⁹ Les antinomies apparentes des règles peuvent se révéler être fausses pour différentes raisons. Cf. à ce sujet également FORIERS (P.), « Les antinomies en droit », *loc. cit.*, spé. p. 24.

¹⁵²⁰ GUTMANN (D.), *loc. cit.*, p. 121-122.

¹⁵²¹ À ce sujet, cf. not. ATIAS (Ch.) et LINOTTE (D.), *loc. cit.*, p. 251 et s.

¹⁵²² À ce sujet cf. not. GUTMANN (D.), *loc. cit.*, p. 119 et 120 ; ATIAS (Ch.), *Devenir juriste, op. cit.*, p. 161, n° 315.

¹⁵²³ Cf. MALAURIE (Ph.), « Les antinomies des règles et de leurs fondements », *loc. cit.*, spé. p. 29 et s.

699. Impacts et motifs de l'absence de choix sur l'équilibre entre les intérêts et sur leur traitement juridique. L'existence préoccupante d'incohérences au sein du système juridique de la propriété intellectuelle est liée à la question du traitement des intérêts variables en jeu devant tendre à l'équilibre. L'absence de choix franc, en faveur ou en défaveur de la protection de l'investissement par ce système juridique, se répercute sur l'équilibre entre les intérêts de l'investisseur et des tiers. Elle empêcherait l'identification du centre de gravité de la matière, et donc son point d'équilibre. Les manifestations des déséquilibres provoqués par l'absence de choix peuvent être identifiées (1), ainsi que les raisons de cette absence, spécialement au regard de ses conséquences sur l'équilibre des intérêts (2).

1) Les manifestations des déséquilibres

700. Du fait au droit, des déséquilibres continus entre les intérêts. Le champ d'activité de la conception et de la valorisation des résultats d'investissements immatériels mêle différents types d'intérêts. Ceux-ci peuvent par nature se recouper ou entrer en conflit. Ainsi, si l'investisseur économique à la création de ces objets aspire à la protection juridique de son intérêt, il en va de même pour les tiers. Doivent ici être évoqués les intérêts de deux autres catégories d'acteurs de la création que sont, le public destinataire et utilisateur des résultats d'investissements, ainsi que les créateurs en tant qu'investisseurs intellectuels. L'ordre juridique a pour mission de les départager de la manière la plus équilibrée possible. L'existence de déséquilibres entre les intérêts au stade du fait constitue le motif de l'intervention juridique, dont le sens et la portée doivent être choisis politiquement pour tendre à l'équilibre (a). La permanence des déséquilibres entre les intérêts au stade de leur traitement juridique est par ailleurs symptomatique de l'absence d'exercice de choix franc, vis-à-vis de l'accueil réservé à la protection de l'investissement dans le droit de la propriété intellectuelle (b).

a. Des déséquilibres au stade du fait, motif d'une intervention juridique

701. Constat de déséquilibres et réaction équilibrante. Le constat de la variété des catégories d'intérêts conflictuels, dans le champ des activités d'investissements immatériels (ii), conduit à l'analyse du besoin d'une intervention juridique équilibrante (ii).

i. La variété des catégories d'intérêts conflictuels

702. Identification des catégories d'intérêts. Il existe des divergences conflictuelles entre les intérêts des acteurs intéressés aux processus d'investissements immatériels. Ces intérêts, par leurs natures et au regard des personnes auxquelles ils se rattachent, peuvent être bien différents. Nous retiendrons que chaque type d'acteur peut se voir associer un ou plusieurs intérêt(s) représentatif(s). De façon sommaire, nous nous intéressons aux intérêts de l'investisseur intellectuel, à ceux de l'investisseur économique et à ceux du public. Ceux-ci peuvent être distingués de l'intérêt public, autrement nommé intérêt général. Ainsi, l'intérêt du créateur intellectuel se présentera la plupart du temps au travers de l'aspiration au respect de ses prétentions morales et économiques, associées à son acte de création. Quant à l'intérêt de l'investisseur économique, en tant que « créateur économique », il consistera en la possibilité de bénéficier d'une rentabilité économique satisfaisante de son opération. Enfin, l'intérêt du public, renvoyant à une catégorie très large et allant des simples utilisateurs consommateurs aux concurrents des créateurs intellectuel et économique, renvoie à la prétention d'utilisation aussi libre que possible du résultat d'investissement(s). Au-delà des différentes catégories d'intérêts des acteurs de l'investissement immatériel¹⁵²⁴, il faut certainement espérer que l'épanouissement de chacun d'eux tende aussi vers la recherche de satisfaction d'un intérêt supérieur.

703. Des rapports de force, aux conflits entre les intérêts. Les oppositions entre ces acteurs et leurs intérêts s'expliquent par le fait que chacun d'eux prétend, même au stade des faits, à s'imposer en priorité par rapport à un autre. En effet, les intérêts sont naturellement portés aux conflits lorsqu'ils sont confrontés les uns aux autres, qu'ils soient partagés ou divergents. Le déséquilibre et le conflit s'inscrivent dans l'altérité des rapports sociaux. La source de ces conflits, nés des oppositions de prétentions ou du concours de prétentions, tient à l'existence de rapports de forces dans leurs réalisations. À l'état du fait, il n'existe pas de recherche absolue

¹⁵²⁴ STROWEL (A.), « Considérations sur le droit d'auteur à la lumière des intérêts sous-jacents », *loc. cit.*, spé. n° 41, sur une « trilogie des intérêts sous-jacents en droit d'auteur ».

d'équilibre à l'occasion de la réalisation des intérêts. Chaque type d'intérêt peut présenter des forces d'impositions variables lors du conflit, révélant des déséquilibres dans les prétentions, et dans la façon dont elles vont se réaliser. Certains acteurs apparaîtront ainsi comme porteurs de plus de poids dans un conflit¹⁵²⁵, jouant au jeu de la loi du plus fort. Cette dernière laisse de côté les plus faibles, ce qui suscite le sentiment d'injustice, en réaction à une situation factuellement déséquilibrée. Dans la bataille, les intérêts n'évoluent pas à armes égales pour assurer leur défense. Les rapports de forces se produisant entre les intérêts révèlent spontanément des situations inéquitables. Il en va ainsi dans le champ nous intéressant. Les différentes catégories d'acteurs et d'intérêts ne sont pas vues comme possédant la même force dans la façon dont elles pourront voir leurs prétentions se réaliser. Les rapports de forces sont souvent inéquitables entre les intérêts à l'occasion d'un conflit¹⁵²⁶. De nos jours, il semble que l'auteur peine à s'imposer¹⁵²⁷, d'autant plus qu'il souffre certainement d'un manque de représentation, notamment sur le plan professionnel¹⁵²⁸. Il ne pèse souvent pas très lourd dans la balance de manière spontanée¹⁵²⁹. L'auteur, notamment dans le champ de la création intellectuelle, est souvent vu comme une partie faible, au point que le droit tend à lui octroyer des règles plus protectrices que pour les autres types d'intérêts. L'intérêt de l'investisseur économique, tenant à la recherche de rentabilité économique de son opération, tend à avoir un certain poids en cas de situation de conflit avec les autres intérêts. Il jouit d'un pouvoir économique certain. L'intérêt du public, pouvant s'opposer à la fois à l'intérêt du créateur intellectuel et à celui du créateur économique, peut présenter des poids à intensité variable¹⁵³⁰.

704. Conflits factuels interne et externe. À partir des trois catégories d'intérêts identifiées, nous nous attachons à l'existence de deux types de conflits pouvant être qualifiés *d'interne* et *d'externe*¹⁵³¹. La distinction renvoie à notre conception de la protection objective et de la protection subjective de l'investissement, renvoyant elle-même à la question des conflits au stade de la réservation privative du résultat d'investissement, et à celle au stade de l'attribution du droit et de l'exploitation du résultat d'investissement. Dans chacun de ces schémas

¹⁵²⁵ *Id.*, n° 84-85.

¹⁵²⁶ SIIRIAINEN (F.), « Déséquilibres économiques et droit d'auteur », *loc. cit.*, spé. p. 147-148.

¹⁵²⁷ GAUDRAT (Ph.), « Les démêlés [...] », *loc. cit.*, spé. p. 215.

¹⁵²⁸ Cf. le Rapport RACINE (B.), *L'auteur et l'acte de création*, janv. 2020, <https://www.culture.gouv.fr/Espace-documentation/Rapports/L-auteur-et-l-acte-de-creation>.

¹⁵²⁹ Le Rapport RACINE mentionne la question du déséquilibre des relations entre les artistes-auteurs et les acteurs de l'aval, cf. not. p. 33. Il vise à rechercher comment l'État pourra assurer le rôle de « régulateur et garant des équilibres entre acteurs inégaux » (p. 15).

¹⁵³⁰ BLANC-JOUVAN (G.), « Le statut de l'exploitant des droits de propriété intellectuelle », in *Le code de commerce, livre du bicentenaire, 1807-2007*, Paris : Dalloz, 2007, p. 455, spé. p. 467.

¹⁵³¹ Sur cette distinction, cf. not. STROWEL (A.), « Considérations sur le droit d'auteur à la lumière des intérêts sous-jacents », *loc. cit.*, n° 79 et s. ; LAPOUSTERLE (J.), « Le droit d'auteur, droit économique », *loc. cit.*, p. 63.

conflictuels, c'est l'intérêt de l'investisseur économique à la création qui est opposé à celui, tantôt, du public, et tantôt, du créateur intellectuel. Dans chacun des rapports, l'intérêt de l'investisseur a eu tendance à s'imposer sur les autres au cours de l'histoire, jusqu'à aujourd'hui, grâce à son poids économique. Quand bien même, dans les faits, l'intérêt de l'investisseur économique est doté d'un certain poids pour s'imposer aux autres, le droit a tout de même régulièrement fait preuve d'encore davantage de sollicitude à son égard. C'est dire l'importance du rôle de cet acteur dans les schémas de créations, dont l'opération est souvent une condition indispensable. La prévalence de l'intérêt de l'investisseur économique dans les faits tend cependant à souligner l'existence de déséquilibres, dans la façon dont chaque catégorie d'intérêt essaie de trouver l'épanouissement à ses côtés.

705. Illustrations des conflits entre les intérêts des investisseurs et des tiers. D'une part, dans le conflit dit externe, l'intérêt de l'investisseur économique se trouve en opposition potentielle avec les intérêts des tiers, constituant, au sens large, le public. L'intérêt de ce dernier est de pouvoir accéder au résultat d'investissement sans entrave, et sans s'acquitter d'une contrepartie qui permettrait pourtant à l'investisseur économique de rentabiliser son opération. La problématique de la protection objective de l'investissement par la réservation du résultat d'investissement, au bénéfice de l'investisseur tend à opposer à ce dernier l'intérêt du public. Or, la problématique peut également tout à fait révéler l'attachement au respect d'un intérêt général. Il existe à ce titre un risque de confrontation entre l'intérêt du public et l'intérêt public, dans le cadre de la réservation du résultat d'investissement. Le public a intérêt à ne pas subir la réservation qui l'oblige à payer pour accéder au résultat d'investissement. En revanche, l'intérêt public impliquerait l'existence de ce système de réservation au profit de l'investisseur, dans une perspective incitative. La réservation est censée profiter à toute la société en elle-même, et plus particulièrement à chaque catégorie d'intérêt. Sur le terrain du fait, avant toute intervention juridique, la satisfaction des intérêts de l'investisseur et de ceux du public risque de ne pas intervenir spontanément de manière équilibrée. D'autre part, dans le cadre du conflit dit interne, et en matière de schéma d'investissements immatériels combinés, les intérêts des investisseurs intellectuel et économique peuvent être opposés. L'opposition conflictuelle se manifeste sur le terrain de la titularité du droit de réservation et du partage des suites positives ou négatives de l'opération¹⁵³². Il est douteux que l'équilibre puisse s'opérer spontanément au stade du fait¹⁵³³.

¹⁵³² RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, op. cit., p. 226, n° 89 ; GAUDRAT (Ph.), « Les démêlés [...] », loc. cit., spé. p. 117 et p. 147.

¹⁵³³ Cf. SAVATIER (R.), *Le Droit de l'art et des lettres, Les travaux des muses dans les balances de la justice*, op. cit., p. 35, n° 39.

Il s'agit alors de trouver un moyen de concilier ces différentes attentes, qui, au stade du fait, risquent de ne pas trouver de terrain d'entente équitable, au point qu'un des intérêts, le plus fort, risque de l'emporter sur l'autre. À raisonner plutôt au long terme, les conflits mentionnés pourraient se trouver dissous dès lors que l'emprise de la réalisation des intérêts de l'investisseur, *a priori* en conflit avec les intérêts des autres, pourrait amener à satisfaire justement ces autres intérêts. Cela revient à considérer que la réalisation de l'intérêt de l'investisseur est un gage de satisfaction, à long terme, des intérêts des autres catégories, et plus largement de l'intérêt général. L'équilibre à rechercher au stade juridique tend alors à épouser les contours de l'intérêt général.

- ii. Le besoin d'intervention juridique équilibrante dirigée par des choix politiques

706. L'arbitrage équilibré des intérêts en conflits fondé sur des considérations politiques. Compte tenu de l'absence d'équilibre spontané entre les intérêts conflictuels, l'ordre juridique intervient pour assurer leur arbitrage. Celui-ci vise ainsi à introduire un équilibre artificiel s'avérant nécessaire¹⁵³⁴. Or, l'équilibre à mettre en œuvre ne dépend pas seulement du recours à la technique juridique, qui n'est qu'un outil, mais surtout d'une intervention dirigée par des choix de nature politique. L'arbitrage équilibré des intérêts conflictuels est le résultat de choix de politique juridique, appuyés sur la technique juridique¹⁵³⁵. La fonction du droit tenant à l'organisation des intérêts en conflit dépend en effet des directives et choix de nature politique devant impulser la solution équilibrée à donner. Le choix en question pourra toutefois s'avérer fragile et se répercuter sur la garantie de l'équilibre, s'il n'identifie pas précisément ni fermement en amont le cap de l'action envisagée. En cette hypothèse, l'arbitrage et l'organisation juridique des intérêts risquent en effet de ne pas être assez effectifs et efficaces en termes d'équilibre. Pareil risque renvoie à l'existence d'une quête effrénée et incessante d'ajustement des équilibres entre intérêts par l'ordre juridique. Sa réalisation procéderait alors d'un manque de consensus sur la ligne directrice fondamentale de la matière devant lui servir de guide. À ce titre, le législateur devrait gérer plus strictement la situation, en choisissant si le droit de la propriété intellectuelle a vocation à assurer la protection des investissements immatériels. L'enjeu du choix réside dans la nécessité d'éviter qu'une fois traités juridiquement, les conflits entre intérêts ne se transforment en conflits de droits les protégeant. L'existence

¹⁵³⁴ SIIRIAINEN (F.), « Déséquilibres économiques et droit d'auteur », *loc. cit.*, p. 148 ; KHALVADJIAN (B.), *Le contrat d'auteur outil d'anticipation, Pour l'équilibre des droits dans le temps*, Coll. Droit de l'information et de la communication, Aix-en-Provence : PUAM, 2008, p. 26.

¹⁵³⁵ ATIAS (Ch.) et LINOTTE (D.), « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *loc. cit.*, p. 251 et s.

actuelle de conflits de droits, et de déséquilibres dans le traitement juridique des intérêts, se révèle être le miroir des conflits d'intérêts sur le terrain du fait, mais surtout, le symptôme d'une absence de choix ferme et assumé.

b. La permanence des déséquilibres symptomatique de l'absence d'exercice de choix

707. Hypothèses d'interprétation de la permanence paradoxale de déséquilibres. La continuité des déséquilibres au stade du traitement juridique des intérêts en conflits peut être considérée comme paradoxale (i). Aussi, la permanence des déséquilibres peut être appréhendée comme le symptôme d'absence d'exercice de choix assumé de priorisation de l'intérêt de l'investisseur, et de finalité du système de la propriété intellectuelle (ii).

i. Le paradoxe de la continuité des déséquilibres

708. La teneur et les raisons de la permanence paradoxale des déséquilibres. Paradoxalement, l'intervention juridique visant à arbitrer en équilibre les conflits factuels d'intérêts pourrait à son tour révéler la continuité de déséquilibres sur le terrain juridique¹⁵³⁶. Tel semble être le cas en matière de droit de la propriété intellectuelle¹⁵³⁷. Les raisons, et donc les solutions, peuvent en être recherchées dans l'absence de choix du centre de gravité à attribuer à ce système. Il convient, d'abord, d'expliquer quels sont les tenants des déséquilibres entre intérêts existant au stade de leur traitement juridique. À cet effet, il s'agit de s'intéresser à la façon dont les différents intérêts sont appréhendés pour recevoir une protection juridique, et à la façon dont est assurée leur organisation. Ensuite, il s'agit d'interroger plus précisément les raisons de ces déséquilibres et conflits persistants¹⁵³⁸. Si ces déséquilibres semblent trouver une raison d'être dans l'objectif d'arbitrage effectif des intérêts, il faudra aussi aborder la cause liée à l'absence de choix clair et ferme de cap du système de la propriété intellectuelle.

709. Des modes de protection des intérêts à intensités variables. Afin de départager les intérêts en conflit traduisant des déséquilibres au stade des faits, et pour organiser leurs réalisations pacifiques, l'ordre juridique doit reconnaître leur existence. Ensuite, il tendra à leur

¹⁵³⁶ STATHOULIAS (A.), *op. cit.*, p. 398.

¹⁵³⁷ Sur la continuité des déséquilibres dans la relation entre auteur et exploitant, même traitée juridiquement, cf. not. KHALVADJIAN (B.), *op. cit.*, p. 26, n° 7.

¹⁵³⁸ Sur les déséquilibres économiques en droit d'auteur, cf. SIIRIAINEN (F.), « Déséquilibres économiques et droit d'auteur », *loc. cit.*, spé. p. 148 ; sur les déséquilibres économiques en droit des brevets d'inventions, cf. not. MARTEU (Th.), « Brevet d'invention et déséquilibres économiques », in *Les déséquilibres économiques et le droit économique*, *op. cit.*, p. 158.

attribuer une protection selon des modes pouvant présenter des intensités inégales¹⁵³⁹. Une échelle de protection des intérêts se met alors en place, selon un continuum établissant des traitements juridiques différenciés. Ainsi, un intérêt pourra être amené à ne pas jouir de façon spécifique d'un mode de défense avancé¹⁵⁴⁰. Certains intérêts seront retenus comme plus légitimes à être défendus que d'autres. Les différents intérêts n'auront pas tous, après traitement juridique, la même valeur de priorité. Des intérêts jugés plus dignes de protections, pour différentes raisons, pourront faire l'objet d'une reconnaissance juridique, par leur consécration en tant que droit subjectif, voire même en tant que droit fondamental. Le mode de prise en compte et le degré de protection juridique d'un intérêt peuvent aussi évoluer. Un simple intérêt non protégé juridiquement peut le devenir au gré des évolutions des réalités et du degré d'attachement aux valeurs sociales considérées¹⁵⁴¹. En choisissant, ou non, de protéger des intérêts potentiellement en conflits avec d'autres, à partir de différents modes présentant des degrés variables de force juridique, il s'agit de reconsidérer l'état de l'équilibre - ou des déséquilibres – de ces intérêts existant sur le terrain factuel. À cet effet, il arrive que le traitement juridique donné aux intérêts en vienne à recréer ou à faire perdurer des déséquilibres, de façon délibérée, pour justement rééquilibrer les intérêts.

710. Modalités d'organisation des intérêts juridiquement protégés. Le droit a pour mission de pacifier les rapports entre individus¹⁵⁴². Il doit établir des règles aptes à éviter les conflits pour justement organiser des rapports apaisés¹⁵⁴³. Or, ces règles, venant souvent corriger des déséquilibres existants dans la réalité extra-juridique, impliquent elles-mêmes parfois de réintroduire un déséquilibre pour que la balance soit stable. En attribuant un traitement différencié aux intérêts potentiellement en conflits, le droit est ainsi amené à opérer une discrimination entre eux, faisant prévaloir celui estimé le plus légitime, et ce au regard des valeurs défendues au sein d'une société. L'exercice d'une discrimination poursuit la fonction de contrebalancer les termes du déséquilibre existant dans les faits. La création d'un nouveau déséquilibre est alors recherchée de façon délibérée, car il sera estimé qu'elle cadre mieux avec un principe de justice¹⁵⁴⁴. Il n'en demeure pas moins qu'il apparaît tout de même nécessaire

¹⁵³⁹ Sur les modes de protection des intérêts à intensité variable, cf. ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., p. 69 ; GÉRARD (Ph.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Droit et intérêt*, vol. 2, op. cit., p. 35 et s. ; GERVAIS (A.), loc. cit., p. 241 et s.

¹⁵⁴⁰ LESUEUR (J.), « Les droits opposés dans le champ des propriétés incorporelles », CCE juill. 2008, Étude 15, spé. p. 27, n° 16-18.

¹⁵⁴¹ *Id.*, p. 7, n° 15 et s.

¹⁵⁴² VIRALLY (M.), op. cit., p. 30 ; ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 216 et s.

¹⁵⁴³ LESUEUR (J.), *Conflits de droits : illustrations dans le champ des propriétés incorporelles*, Coll. Institut de droit des affaires, Aix-en-Provence : PUAM, 2009, p. 280, n° 456.

¹⁵⁴⁴ Cf. not. KHALVADJIAN (B.), op. cit., p. 19, n° 2.

d'apporter ensuite des mesures correctives à ces déséquilibres introduits. Pour être efficace, l'arbitrage entre les intérêts en conflits, même assorti d'équilibre, commande de recréer un déséquilibre *a priori*, pour ensuite le compenser. Pour départager, par nature, il est nécessaire de prioriser l'intérêt le plus légitime en lui conférant une protection d'une intensité plus importante. Or, au travers de l'ensemble du droit de la propriété intellectuelle, et surtout au sein de la propriété littéraire artistique et du droit d'auteur, il semble qu'il n'existe pas d'accord unanime quant à l'intérêt à protéger de façon prioritaire¹⁵⁴⁵. En ce sens, dans les différentes actions du législateur, tel ou tel intérêt semblera constituer l'intérêt prioritaire. Dans ce cadre, il est fort à parier qu'il semblera toujours exister des impressions de déséquilibres dans le traitement des intérêts, lesquels seront vécus comme des injustices, s'ils ne sont pas suffisamment pensés, expliqués et assumés.

711. La permanence des déséquilibres dans l'organisation juridique des intérêts en conflit : un mal nécessaire ? Les déséquilibres persistants entre les intérêts en conflits peuvent être interprétés comme délibérés, précisément pour réussir à sortir de la situation conflictuelle, et pour respecter un principe de justice. L'ordre juridique peut s'y prendre de différentes façons au regard des possibles applications de la valeur de justice. Ainsi, soit l'équilibre entre les intérêts en conflit peut être assuré en leur conférant un mode de protection juridique égalitaire, soit il peut être assuré en priorisant un des intérêts en jeu, tout en prévoyant des correctifs pour rééquilibrer la balance en faveur des autres, procédant ainsi à une recherche d'équivalence. Or, dans chacune de ces hypothèses, un des intérêts pourra toujours être perçu comme n'étant pas assez, ou trop protégé. Telle peut être appréhendée l'hypothèse de permanence des déséquilibres au stade du traitement juridique des intérêts conflictuels. Cette permanence des déséquilibres peut s'expliquer par une absence de choix de priorisation d'un intérêt ou de finalité de la propriété intellectuelle.

- ii. Des déséquilibres symptômes d'absence de choix de priorisation d'un intérêt et de finalité du système

712. Perspectives d'issues à la situation de continuité des déséquilibres. Le choix clair et ferme de finalité à attribuer au droit de la propriété intellectuelle, et qui pourrait être la protection de l'investissement, n'est pas effectué. L'équilibre entre les intérêts conflictuels dans

¹⁵⁴⁵ En effet, si une approche traditionnelle et personnaliste du droit d'auteur tend à mettre l'intérêt de l'auteur au centre de l'attention, certaines dispositions révèlent que l'intérêt de l'investisseur économique à la conception ou à l'exploitation d'une œuvre, résultat d'investissements combinés, est aussi vu comme prioritaire. Tel nous semble être le cas, par exemple, du régime de l'œuvre collective, ou encore de l'ensemble des présomptions de cessions de droits.

ce secteur ne s'en trouverait donc pas pensé, pas plus qu'assuré de façon assez globale, ni assumée. Le sentiment de déséquilibres entre les intérêts, perdurant au stade même de leur traitement juridique, se trouve moins dans des choix de politiques effectués, que dans ceux ne l'étant pas. Or, un choix politique assumé de protection pourrait faire accepter un mode de traitement des conflits d'intérêts passant prioritairement par la protection d'un intérêt supérieur, tout en prévoyant la mise en œuvre de correctifs. Celui-ci pourrait être l'intérêt de l'investisseur.

713. Hypothèse interprétative. En l'état actuel de la matière, il apparaît au contraire que tous les intérêts divergents font l'objet d'une sollicitude simultanée, manquant d'organisation et de lisibilité¹⁵⁴⁶. En essayant de satisfaire tous les intérêts simultanément, dans une recherche de juste équilibre, l'objectif peine à se réaliser. Cela invite à identifier l'existence de déséquilibres perdurant¹⁵⁴⁷. De plus, la propriété intellectuelle donne paradoxalement l'impression de vouloir protéger tous les intérêts concurrents, alors qu'il tend à assurer leur protection, de façon sectorielle et ponctuelle. Il en ressort un manque d'appréhension globale du sujet. Ainsi, les invitations des organes politiques à l'évolution de la législation, visant à améliorer le sort de différents types d'intérêts, affichent officiellement une volonté de trouver l'équilibre, et de trouver des solutions convenant à tous. Pourtant, l'examen des différentes invitations à repenser ces sujets révèle souvent la volonté de traiter spécialement le sort d'une catégorie d'intérêts en particulier¹⁵⁴⁸. Lorsque les intérêts divergents sont protégés de façons diffuses, il est mal aisé d'évaluer le niveau d'équilibre global, ainsi que la situation du point d'équilibre. Les contours du point d'équilibre sont constamment évolutifs¹⁵⁴⁹. Or, il n'y a qu'un choix audacieux qui puisse commander la position de ce point d'équilibre, constituant un point de départ de l'organisation des intérêts à satisfaire. Rien n'exclut cependant qu'il doive régulièrement faire l'objet de mises à jour.

714. Proposition. Atteindre un système de propriété intellectuelle cohérent et équilibré, au regard des réalités et de ses attentes, ainsi que des valeurs sociales en jeu doit, selon nous, impliquer de choisir de traiter prioritairement un intérêt, dont la protection est apte à satisfaire

¹⁵⁴⁶ SIIRIAINEN (F.), « Déséquilibres économiques et droit d'auteur », *loc. cit.*, p. 148.

¹⁵⁴⁷ *Ibid.*, doutant de l'efficacité du formalisme protecteur de l'auteur.

¹⁵⁴⁸ Ainsi, le rapport RACINE sur le statut de l'artiste auteur et de la création, suggère à l'État d'agir en faveur de ceux-ci, dans le cadre d'une politique centrée sur les auteurs, d'après le souhait des autorités politiques (RACINE (B.), *L'auteur et l'acte de création*, *op. cit.*). À cette occasion, le rapport interroge, la place de « l'auteur dans l'angle mort des politiques publiques » (p. 40). La mission confiée aboutit à « proposer ce que serait le cadre d'une politique qui serait « centrée sur les auteurs » selon le souhait exprimé par les autorités politiques » (p. 14). Le travail sur une telle proposition est propre à révéler que l'accent serait mis sur l'intérêt de l'auteur, au bénéfice général de tout le secteur de la création, en s'intéressant pourtant davantage aux intérêts de cet acteur, plutôt qu'à ceux de l'ensemble des acteurs du champ d'étude.

¹⁵⁴⁹ Cf. not. GALOPIN (B.), *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, Coll. IRPI Le droit des affaires, t. 41, Paris : LexisNexis, 2012, p. 73, n° 95 et p. 89, n° 116 et s.

indirectement les intérêts de tous. On pourra objecter que telle est déjà la démarche à l'œuvre, par exemple, dans le droit d'auteur personnaliste. Ce régime juridique s'attacherait à mettre l'intérêt de l'auteur en avant, et à essayer de mettre en place des correctifs, notamment vis-à-vis de l'intérêt de l'investisseur. Pourtant, ce dernier peut estimer qu'il existe un déséquilibre dans le traitement juridique de sa propre situation¹⁵⁵⁰. Un droit de la propriété intellectuelle repensé et équilibré pourrait et devrait donc procéder d'un choix assumé de protection prioritaire de l'investissement. Le choix de la poursuite du but primaire de protection de l'investissement pourrait constituer le point de départ à partir duquel l'équilibre avec les autres intérêts pourra être pensé et construit clairement et lisiblement. En dépit de l'exercice effectif d'un choix, il se pourrait que l'équilibre à atteindre soit toujours fuyant, puisque par nature instable. En effet, annoncer et exercer un choix de priorisation de protection d'un intérêt jugé supérieur aux autres n'empêchera peut-être pas l'existence de situations vécues par les acteurs du secteur comme déséquilibrées. De tels déséquilibres existeront toujours. Chaque droit reconnu et attribué sera toujours susceptible d'être critiqué en termes d'équilibre. Les faits et prétentions évoluant, il est nécessaire de constamment penser l'équilibre susceptible lui-même d'évoluer¹⁵⁵¹.

2) Les raisons de l'absence de choix impactant l'équilibre

715. De l'hypothèse de l'absence de choix à celle d'un mauvais choix. Des éléments d'explication de l'absence de choix impactant l'équilibre peuvent être trouvés dans les réponses déjà mises en lumière, s'agissant des raisons de l'absence de choix ayant pour conséquence des incohérences au sein du système du droit de la propriété intellectuelle¹⁵⁵². À l'occasion de l'examen des raisons des incohérences, avait été évoqué le lien entre celles-ci et la nécessité de prise en compte d'une variété d'intérêts parfois en conflit. À ce titre, il est possible de convoquer à nouveau les hypothèses d'explications tenant au statut stratégique et délibéré de l'absence de choix, traduisant un manque d'opportunité ou une impossibilité de son exercice. Quand bien même l'absence de choix pouvait s'expliquer par ces motifs, les arguments ne nous semblent pas être dotés d'une force de conviction absolue. En effet, la situation révélée par une absence de choix n'est pas satisfaisante, ni souhaitable. Il est préférable d'exercer effectivement un

¹⁵⁵⁰ Le déséquilibre en question serait certainement à lier aux décalages existants entre les réalités actuelles, et leur traduction juridique à certains égards datée.

¹⁵⁵¹ LAPOUSTERLE (J.), « Le droit d'auteur, droit économique », *loc. cit.*, spé. p. 70.

¹⁵⁵² Cf. *supra*, n° 684 et s.

choix pour insuffler un cap dans l'organisation des intérêts. Cela permettrait de rendre le système plus clair et fonctionnel.

716. Proposition interprétative. L'examen du système de la propriété intellectuelle donne l'impression que la place devant y être occupée par la protection de l'investissement ne fait pas l'objet d'un choix global. Il se pourrait qu'il s'agisse d'une traduction de la volonté de ne pas tout à fait fermer la porte à ladite protection, ni de l'ouvrir franchement. L'hypothèse repose sur l'idée qu'il s'agit par là d'un moyen de construction de l'équilibre des intérêts, lequel a un caractère nécessairement évolutif. Au demeurant, à l'occasion de l'arbitrage juridique entre intérêts poursuivant un objectif d'équilibre, il est nécessaire pour les décideurs politiques d'effectuer des jugements de valeurs. Or, la difficulté tient précisément à la circonstance que le politique cherche à poursuivre différentes valeurs sociales en même temps, alors même qu'elles se trouvent potentiellement en conflits¹⁵⁵³. Cela donne donc l'impression que des choix politiques ne sont pas fait, précisément parce qu'il s'agit de rechercher l'équilibre. Or, ce dernier est fuyant et à vocation à l'évolution. À nouveau, en ce sens apparaît le statut stratégique de l'absence de choix. Néanmoins, le procédé n'est pas sécurisant, car il aboutit à des carences en termes de lisibilité et d'équilibre. En conclusion, il conviendrait davantage d'identifier un cap et d'adopter des moyens de le réaliser, en expliquant et légitimant la méthode. L'enjeu est d'identifier une base sur laquelle se raccrocher à l'occasion de chaque évolution remettant en jeu le point d'équilibre.

II. Les vertus de l'exercice d'un choix

717. Garantir cohérence et équilibre au sein du système juridique pour assurer des enjeux. Si l'absence de choix provoque des vices non souhaitables, il faut espérer qu'inversement, son exercice parvienne à les neutraliser. L'exercice d'un choix de politique juridique en faveur, ou en défaveur, de la protection de l'investissement immatériel par le droit de la propriété intellectuelle présenterait des vertus. Il s'agira de vérifier l'hypothèse en examinant quels enjeux pourront être satisfaits. Ces vertus recouvrent des enjeux renvoyant à

¹⁵⁵³ Par ailleurs, la valeur justice peut être mise en œuvre soit par un traitement à égalité des intérêts, soit par un traitement priorisé, et ensuite corrigé, aboutissant à une recherche de l'équilibre par l'équivalence. Le problème en la matière réside, semble-t-il, plus précisément dans le fait que le législateur veuille soit traiter les intérêts à égalité de façon simultanée, soit traiter tous les intérêts en leur attribuant un rang prioritaire de façon simultanée. Un tel procédé ne permet pas d'aboutir à une organisation efficace des intérêts, car des déséquilibres seront toujours invoqués. Les problèmes de déséquilibres devraient plutôt être traités par le choix de mise en avant d'un intérêt particulier légitime, puis par la mise en œuvre de correctifs dans le traitement à donner aux intérêts des autres. Si cela semble parfois être déjà le cas, nous pensons que cet hypothétique choix exercé devrait être mené avec plus de conscience, et de façon assumée.

des valeurs sociales propres à légitimer la protection de l'investissement assurée au sein du droit de la propriété intellectuelle. Le choix contribuerait d'une part à la cohérence du système juridique, garantissant certains enjeux (A). D'autre part, il contribuerait également à l'équilibre entre les intérêts, garantissant à son tour d'autres types d'enjeux (B).

A. Les enjeux de la garantie d'un système juridique cohérent

718. La cohérence dans la protection de l'investissement, gage de sécurité juridique et matérielle. Le vice d'incohérence imputable à l'absence de choix conduit à souligner un état insécuritaire. En l'absence d'exercice de choix, la sécurité au sein du droit de la propriété intellectuelle ne serait pas garantie, puisqu'entravant la lisibilité du système. Or, la sécurité¹⁵⁵⁴, valeur sociale chère à l'ordre juridique, est nécessaire à plusieurs titres. L'exercice d'un choix de protection permettrait au système juridique de la propriété intellectuelle de gagner en cohérence, et incidemment, de garantir la sécurité *du* droit et la sécurité *par* le droit¹⁵⁵⁵. En somme, garantir un système juridique cohérent grâce à l'exercice d'un choix de protection assurerait à la fois une sécurité juridique (1), et subséquemment une sécurité matérielle (2).

1) L'assurance d'une sécurité juridique

719. Sécurité juridique et cohérence dans le système juridique de la propriété intellectuelle. La sécurité juridique est recherchée comme un objectif fondamental de l'action juridique. Elle renvoie à un objectif visant à faire en sorte que les règles de droit, dans leur construction et leurs applications, ne présentent pas un risque à l'occasion de leur mise en œuvre¹⁵⁵⁶. Il est pertinent de faire un lien entre la sécurité juridique au sein de l'ordre juridique et la question de la cohérence d'un système juridique. Ainsi, pour être cohérent, un système se doit de contenir des règles assorties de sécurité juridique, autant que la sécurité juridique est conditionnée par l'existence d'un système cohérent. « La règle doit présenter à la fois de la cohérence et de la clarté et une certaine stabilité pour répondre au souci de sécurité juridique »¹⁵⁵⁷. Or, comment le droit de la propriété intellectuelle pourrait-il témoigner d'une sécurité juridique absolue, alors qu'il existe en l'état une difficulté d'identification de sa

¹⁵⁵⁴ Sur la sécurité comme fin du droit, cf. BATIFFOL (H.), *Problèmes de base de philosophie du droit*, op. cit., p. 394 et s. ; ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 318 et s. ; DEMOGUE (R.), op. cit., 63 et s.

¹⁵⁵⁵ PIAZZON (Th.), op. cit., spé. p. 5, envisageant la sécurité comme une valeur du droit, et comme valeur pouvant se dédoubler en fonction des qualificatifs de « matériel » et « juridique » ; WARUSFEL (B.), « Les dimensions sécuritaires du droit et leurs limites », loc. cit., spé. p. 255.

¹⁵⁵⁶ PIAZZON (Th.), op. cit., p. 3, n° 2, p. 6, n° 3, p. 7, n° 4 et p. 13, n° 8.

¹⁵⁵⁷ POLLAUD-DULIAN (F.), « À propos de la sécurité juridique », *RTD civ.* 2001, p. 487, spé. p. 493.

fonction, confinant à l'incohérence de son système ? La cohérence du système est en effet mise en doute au regard de l'incertitude de la fonction de protection de l'investissement, provoquée par l'absence de choix. Cette dernière impacte non seulement la cohérence, mais aussi l'assurance de la sécurité juridique de ce système, au travers de l'illisibilité en ressortant. L'incohérence de ce système est insécurisante. Elle semble réciproquement provoquée par le manque de sécurité juridique. De plus, le manque de cohérence, lié à l'existence de contradictions et à l'absence d'unité dans le système, renvoie à l'insécurité juridique. Cette dernière est liée à un manque de lisibilité et d'intelligibilité du système se répercutant par un manque de prévisibilité de l'application de ses règles, quant à sa finalité. Le raisonnement révèle ainsi une insécurité dans le droit, alors même que paradoxalement, il vise à sécuriser matériellement les intérêts. Le manque de sécurité juridique auquel nous référons ici est lié à l'incertitude de la réponse à la question de savoir si la propriété intellectuelle protège ou non l'investissement. L'équivocité de la réponse est déstabilisante. Cette incertitude n'est pas sécurisante, car par définition, elle peut faire naître des dangers. Ceux-ci tiennent au manque de lisibilité de la finalité du système. Le risque aboutirait à l'inaction des sujets de droits, causée par leur impossibilité de prévoir à l'avance si le droit sera favorable à leur activité, et s'il pourra effectivement leur offrir la protection convoitée. La sécurité juridique révèle en effet un enjeu psychologique d'incitation à l'exercice de certaines activités¹⁵⁵⁸.

720. Les raisons et les bénéficiaires des besoins de cohérence et de sécurité juridique. La sécurité juridique et la cohérence d'un système sont déterminantes pour permettre au droit de réaliser sa fonction et être efficace¹⁵⁵⁹. La recherche de quiétude dans les relations des justiciables, à l'appui de la sécurité qu'instille le droit dans la protection des intérêts, doit être garantie par un droit lui-même sûr et cohérent. Il s'agit de conditions de la bonne réalisation des attentes des intérêts matériels protégés¹⁵⁶⁰. L'assurance de la sécurité juridique est alors une garantie de la sécurité matérielle des intérêts. Elle est en effet bénéfique pour la cohérence du système, et pour la réalisation de la protection matérielle des intérêts. Au-delà, la sécurité juridique est déterminante dans le processus d'incitation à l'engagement dans des activités d'investissements créatifs comme dans d'autres¹⁵⁶¹. C'est à ce titre qu'il apparaît nécessaire

¹⁵⁵⁸ CHEVALIER (J.), *loc. cit.*, p. 7 et s., spé. p. 11-12 ; PIAZZON (Th.), *op. cit.*, p. 165, n° 99, sur la prise de risque dans le domaine des affaires : « Le besoin de sécurité juridique [...] est [...] l'expression d'un socle de certitude sans lequel bien d'autres risques de la vie ne seraient pas pris ».

¹⁵⁵⁹ Cf. VIRALLY (M.), *op. cit.*, p. 172 et s. : « Les normes gouvernant une société ont besoin, pour l'ordonner de façon efficace, d'être organisées en un système cohérent par quoi elles forment un ordre juridique. [...] ».

¹⁵⁶⁰ PIAZZON (Th.), *op. cit.*, p. 12, n° 8.

¹⁵⁶¹ *Rapport Sécurité juridique et initiative économique*, Groupe de travail présidé par DE CASTRIES (H.) et MOLFESSI (N.), le club des juristes, Paris : Éditions mare & martin, 2015, spé. p. 27 : « Les choix des agents économiques sont gouvernés par la confiance. Les prises de décisions supposent donc un environnement juridique

d'exercer un choix en faveur de la finalité de protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle. Le choix permettrait de rendre ce dernier plus sécurisant et plus cohérent, et donc plus efficace.

721. La solution aux incohérences et à l'insécurité juridique par l'exercice d'un choix assumé. La garantie de cohérence et l'assurance de son enjeu de sécurité juridique dépendent de l'exercice d'un choix permettant de déterminer la finalité du système juridique. L'unité, la logique, l'absence de contradiction, conditions de la cohérence permises par l'exercice d'un choix, pourront satisfaire au besoin de sécurité juridique. En effet, la mise en œuvre du choix apportera davantage de lisibilité et de prévisibilité. L'identification et le choix des objectifs à atteindre permettront de faire en sorte que les règles à mettre en place et à organiser entre elles soient en cohésion avec les attentes matérielles des justiciables. L'organisation du système du droit de la propriété intellectuelle devrait se trouver mieux pensée et plus sécurisante dès lors qu'elle procède d'un choix assumé. Une telle réflexion se traduira par une organisation cohérente du système, dont l'enjeu tient à la protection effective des intérêts, au travers de la recherche de sécurité matérielle, dépendant elle-même de la sécurité juridique. En effet, l'exercice d'un choix, restaurant une cohérence du système, au-delà de satisfaire une sécurité juridique, emporte surtout des conséquences bénéfiques sur la façon dont les prétentions sollicitant une protection juridique pourront être traitées.

2) L'assurance subséquente d'une sécurité matérielle

722. Des liens entre sécurité matérielle, sécurité juridique, et cohérence. L'assurance d'une sécurité juridique permise par un choix de finalité du système conduit également à l'assurance d'une sécurité matérielle des intérêts, c'est-à-dire à une protection effective et efficace des intérêts en présence. La sécurité du droit est la condition de la sécurité par le droit. La protection des intérêts contre l'intervention de risques préjudiciables constitue la raison de l'intervention juridique. Pour être efficace, cette intervention et son sens doivent être choisis et assumés politiquement avant d'être pensés et construits par la technique juridique. Pour être cohérent, le système juridique a besoin de s'assurer qu'il évolue vers la recherche de sécurité matérielle efficace des intérêts. Il doit être en harmonie avec les réalités et prétentions des justiciables. Le système du droit de la propriété intellectuelle est lui-même tourné vers la

stable et pérenne, lequel repose nécessairement sur la sécurité juridique. Le lien entre sécurité juridique et initiative économique n'est pas contestable », et p. 28 : « Les décisions économiques ont besoin de stabilité et l'investissement suppose la confiance, qui n'existe pas sans sécurité ».

sécurisation matérielle. Il veille à la protection des intérêts de différents acteurs aux intérêts variés œuvrant dans le champ des activités de création et de valorisation de valeurs immatérielles et économiques. Or, l'existence d'incohérences dans le système de la propriété intellectuelle, procédant de l'absence de choix ferme et clair de protection, au-delà de révéler des lacunes en termes de sécurité juridique, peut aussi révéler des lacunes en termes d'effectivité et d'efficacité de la protection de ces intérêts. Le droit ne fait alors pas preuve de suffisamment de sécurisation matérielle des intérêts. Une absence de choix de direction du système regroupant des règles protectrices des intérêts empêche de contribuer à leur efficacité. En effet, le problème se posant est celui du doute quant à la fonction du droit de la propriété intellectuelle dans la protection des intérêts de l'investisseur contre des risques matériels. Si la propriété intellectuelle protège les intérêts du public et de l'investisseur intellectuel, on peine à identifier quelle place y tient la protection de l'intérêt de l'investisseur économique.

723. Les raisons et bénéficiaires des besoins de cohérence et de sécurité matérielle des intérêts. Dans ce cadre, l'exercice d'un choix en faveur ou en défaveur de la protection s'avère souhaitable. En effet, par ce choix, il s'agit de donner à l'ordre juridique les moyens de parvenir à son but : protéger efficacement les intérêts estimés dignes de protection. Or, nous avons déjà eu l'occasion de préciser que les intérêts en jeu, gravitant autour de la réalisation de l'opération d'investissement, sont bien dignes de protection. Mais, afin de pouvoir remplir efficacement sa mission, le droit doit être construit en considération de son but explicite et assumé davantage. La supposée finalité de protection de l'investissement doit être clairement et fermement choisie, le cas échéant. Pour pouvoir protéger efficacement, il convient de déterminer précisément, et par un choix clair et assumé l'objet de la protection et l'intérêt protégé. La protection contre le risque atteignant un intérêt doit être ciblée et choisie précisément. À ces conditions, et dans une démarche incitative, il pourrait s'agir d'abord de protéger de façon directe l'intérêt de l'investisseur contre le risque d'investissement. Il pourrait ensuite s'agir, indirectement, de protéger les prétentions des tiers, ceux-ci ayant tout à intérêt à ce que d'opération d'investissement soit menée avec succès. Une sécurisation matérielle choisie des intérêts de investisseurs représente un enjeu d'efficacité économique et d'intérêt général dépendant d'une intervention juridique dont le sens est identifié clairement et assumé. Une information claire et positive, quant à la fonction de protection du droit de la propriété intellectuelle, serait un levier d'incitation aux activités d'investissements, satisfaisant l'intérêt de tous et de chacun contre des risques.

724. La solution aux incohérences et à l'insécurité matérielle par l'exercice d'un choix assumé. Le droit ne peut assurer la sécurité matérielle que si le sens de son intervention est

consciemment identifié et commandé par un choix politique d'orientation. Une organisation consciente des modes juridiques de sécurisation matérielle des intérêts entre dans le cadre d'une meilleure cohérence du système, lequel trouve alors sa raison d'être. Les règles de droit, au-delà d'être cohérentes au sein du système, doivent aussi l'être au regard des aspirations sociales et des choix politiques effectués en ce domaine. La conscience de la nécessité d'exercice d'un choix doit ouvrir la porte à l'entreprise d'une meilleure réflexion, quant à l'organisation de la sécurité matérielle des intérêts. En choisissant précisément vers quelle solution il convient de se diriger, le système se trouvera mieux construit, en considération du but à atteindre. Le choix sera de nature à éviter la contradiction et l'hésitation au sein du système, lui procurant de la cohérence. Il entraînera une protection dotée d'un effet incitatif plus certain. Cela éviterait de nourrir des espoirs qui s'avèreront déceptifs, à cause d'une impossibilité actuelle de dire s'il le système assure ou non une fonction de protection de l'investissement.

B. Les enjeux de la garantie d'un équilibre entre les intérêts

725. L'équilibre des intérêts dans la protection de l'investissement, gage de justice et d'utilité. Le vice de déséquilibres entre intérêts et dans leur traitement juridique peut être imputé à l'absence de choix franc en matière de protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle. Il conduit à s'interroger sur le respect de certaines valeurs auxquelles le droit est attaché, et qui en constituent la raison d'être. Dans ce cadre, il peut sembler que les exigences de justice et d'utilité des règles juridiques ne soient pas suffisamment réalisées¹⁵⁶². L'exercice d'un choix assumé de protection serait pourtant vertueux, car il garantirait un besoin d'équilibre entre les intérêts, à l'occasion de leur arbitrage et de leur organisation juridique. Ce faisant, la garantie d'équilibre contribuerait à l'assurance d'une justice (1), et d'une utilité dans la protection (2).

1) L'assurance d'une justice dans la protection

726. Des liens entre la recherche d'équilibre des intérêts et le souci de la justice. Un choix de protection, de préférence en faveur de l'intérêt immédiat de l'investisseur, peut s'avérer vertueux en termes de recherche d'équilibre avec les autres intérêts en jeu. Il implique alors de se concentrer sur la valeur de justice. Des liens peuvent être aisément faits entre les

¹⁵⁶² Sur les liens entre le juste et l'utile, cf. GUESTIN (J.), BARBIER (H.) et BERGÉ (J.-S.), *op. cit.*, p. 27, n° 26, spé. p. 58, n° 76 et s.

notions d'équilibre et de justice sur le terrain juridique¹⁵⁶³. L'équilibre entre les intérêts renvoie à une situation de proportion et d'harmonie entre eux. La justice renvoie quant à elle, à l'idée que chacun doit recevoir ce qui lui revient. La justice recherchée par le droit implique que celui-ci parvienne à trancher entre des intérêts en conflit, de telle sorte que chacun puisse recevoir, en équilibre, ce qui lui est dû. Mobiliser la valeur de la justice dans la recherche d'équilibre revient à veiller à ce que les intérêts soient traités justement. Ces idées sont consubstantielles à la dynamique du droit et au sens de son intervention¹⁵⁶⁴. Le droit se construit et évolue constamment selon un souci d'équilibre dans l'organisation des intérêts, à l'occasion de leur arbitrage, s'ils s'avèrent en conflit. L'équilibre à mettre en place s'appuie précisément, et notamment, sur la valeur de justice finalisant l'intervention juridique.

727. La problématique de l'absence de choix et son impact sur la recherche d'équilibre au travers de la valeur justice. Pour être assurés, équilibre et justice dans le traitement des intérêts dépendent de l'exercice de choix politiques devant être opérés en amont. Pourtant, nous avons eu l'occasion d'examiner que tel ne semblait pas être absolument le cas en matière de droit de la propriété intellectuelle, lorsque celui-ci est envisagé dans sa fonction de protection des investissements immatériels. En ce sens, l'absence de choix tend à provoquer un vice de déséquilibre entre les intérêts dont on ne peut pas tout à fait se satisfaire. En effet, la façon dont les intérêts sont traités et s'organisent au travers au sein de ce système juridique, et en référence à la valeur de justice, est floue. Le déséquilibre ne serait par ailleurs pas tant causé par une absence d'exercice de choix, que par un choix effectivement réalisé, mais demeurant insuffisant, ou peu lisible. Dans ce cadre, l'on peine à comprendre comment la recherche d'équilibre est menée. De plus, cela fait douter de l'atteinte effective de justice. En conséquence, l'efficacité et la légitimité de la propriété intellectuelle en pâtissent. Il en ressort en effet des risques et des doutes quant à l'exigence de justice au sein des règles, et quant à l'aptitude du système à assurer cette justice. L'absence d'identification claire et de compréhension de la ligne directrice du régime risque de faire naître un sentiment d'injustice face à son contenu, vis-à-vis du souci de protection de l'investissement. Pour garantir l'équilibre entre les intérêts à l'occasion de leur traitement et de leur organisation juridique, il faut tendre cependant à des règles juridiques empruntées de justice. Nous ne cherchons pas à affirmer, dans l'absolu, que le droit de la propriété intellectuelle évolue sans se soucier de l'assurance de

¹⁵⁶³ DABIN (J.), *Théorie générale du droit*, 2^e éd., Bruxelles : Bruylant, 1953, p. 119 et s., et spé. p. 266, n° 217 et p. 276, n° 226 ; cf. *supra*, n° 562 et s.

¹⁵⁶⁴ GAUTIER (P.-Y.), « Pour ou contre la propriété intellectuelle : propos introductifs », *loc. cit.*, p. 23 : « *Le droit c'est la justice, et la justice c'est l'équilibre entre les intérêts des uns et des autres* ».

justice entre les intérêts. Nous invoquons plutôt l'opacité de la façon dont la justice est entendue puis appliquée.

728. Les raisons et bénéficiaires des besoins d'équilibre et de justice. La justice est nécessaire pour atteindre un équilibre entre les intérêts lui-même souhaitable. Il en va de la satisfaction de la fonction de l'ordre juridique. L'intervention juridique départageant les intérêts en conflit par un arbitrage équilibré est nécessaire pour être légitime et efficace¹⁵⁶⁵. Or, l'absence de choix clair quant à la fonction de protection de l'investissement de la propriété intellectuelle compromet les chances d'atteindre l'équilibre *via* la justice. Cela est préjudiciable pour les justiciables aspirant à la protection de leurs intérêts, spécialement lorsqu'ils se trouvent en conflit les uns par rapport aux autres. La protection équilibrée à mettre en œuvre au travers du concept de justice est possible, à condition que des choix soient opérés et assumés préalablement. Dès lors, il conviendrait de faire un choix, selon nous, en faveur de la protection. Celui-ci permettra de dégager une finalité du système autour de laquelle sera construit le processus d'équilibre, au bénéfice des différents acteurs. Le bénéfice particulier d'un tel choix tient à la mise en œuvre plus explicite de la valeur, en termes de démarche d'application.

729. La solution aux déséquilibres et à l'injustice par l'exercice d'un choix assumé. Un choix serait vertueux, car il permettrait de rechercher l'équilibre entre les intérêts, en pensant mieux le concept de justice à mettre en œuvre, et qui en est un outil. Le choix de protection permettra de dégager clairement un objectif à poursuivre, qui constituera le guide du régime juridique de la situation à régir, et dont on assurera la justice au travers de l'équilibre. La réflexion doit précisément porter sur la manière dont la valeur justice est conçue et employée. Le choix portant sur la conception de la justice à retenir et appliquer constituera une base pour penser et organiser l'équilibre. En exerçant un choix en faveur de la protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle, le sens et la finalité de l'intervention juridique pourront résider dans la recherche de protection immédiate de l'intérêt de l'investisseur dans une dynamique d'incitation. Cela pourrait avoir des répercussions bénéfiques pour les intérêts individuels des tiers et pour l'intérêt général. Ce faisant, il s'agit d'utiliser le raisonnement en appliquant d'abord une conception de justice distributive, pour ensuite appliquer sa conception correctrice¹⁵⁶⁶. Le but est d'aboutir à un équilibre dont la construction est plus transparente et donc apte à être mieux comprise et acceptée.

¹⁵⁶⁵ RENOUARD (C.-A.), *Traité des droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, t. 1, Paris : J. RENOUARD et Cie, 1938, p. 437 : « Une loi sur cette matière ne saurait être bonne qu'à la double condition de ne sacrifier ni le droit des auteurs à celui du public, ni le droit du public à celui des auteurs ».

¹⁵⁶⁶ Sur cette proposition, cf. *infra*, n° 778 et s.

2) *L'assurance de l'utilité de la protection*

730. Des liens entre la recherche d'équilibre des intérêts et le souci d'utilité sociale de l'intervention juridique. Tout comme la valeur justice, celle d'utilité, dans la protection nous intéresse, doit révéler le besoin et la possibilité de garantir un équilibre entre les intérêts. La satisfaction de ces derniers tient, là aussi, à la nécessité d'exercer un choix de protection fondé sur sa portée utilitariste. Ainsi, la protection qu'il s'agit de mettre en place satisfera, non seulement un intérêt légitime jugé digne d'une protection plus forte, mais aussi les autres intérêts en jeu, et plus largement l'intérêt général. Ce dernier commande en effet que la protection envisagée soit utile pour parvenir à un équilibre entre les intérêts. L'assurance d'une utilité dans la protection doit passer par le conditionnement et la limitation du régime. Il s'agit de proportionner la réponse juridique apportée à un intérêt en particulier, aux besoins et attentes des autres et de tous¹⁵⁶⁷. En effet, le rôle du droit « est de faire en sorte que l'homme ait avantage à se comporter comme il est utile à la société qu'il se comporte »¹⁵⁶⁸. Si l'équilibre entre les intérêts, à l'occasion de la protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle, doit s'assurer par la recherche d'un intérêt général, il n'en reste pas moins qu'il convient de s'entendre sur à quoi renvoie ce dernier. À cet égard, il y a également des choix à faire. En effet, pour garantir l'équilibre entre les intérêts, il s'agit de s'assurer de l'utilité de la protection envisagée à travers l'exercice de choix.

731. La problématique de l'absence de choix et son impact sur la recherche d'équilibre au travers de la valeur « utilité ». La problématique du déséquilibre entre intérêts doit être réglée par l'exercice d'un choix conduisant à interroger l'utilité de la protection envisagée. Le vice de déséquilibre invite à se demander si les mesures de protection existantes, ou absentes, répondent bien à un souci d'utilité sociale, révélant elle-même une recherche d'équilibre des intérêts. L'incertitude de la fonction de protection de l'investissement du droit de la propriété intellectuelle se ressent sur la question du déséquilibre du système, par ce que l'on peine à déterminer si celui-ci est socialement utile. Dans l'hypothèse de l'existence de la protection, la critique en termes de déséquilibres porte sur la crainte d'une protection de l'intérêt de l'investisseur qui en viendrait à négliger ceux des tiers ainsi que l'intérêt général. Or, dans sa justification utilitariste, la propriété intellectuelle est regardée et conçue comme un dispositif juridique incitatif, visant à protéger un intérêt particulier, dans le but d'atteindre un bonheur global dans la société. La thèse de l'explication utilitariste du système de la propriété

¹⁵⁶⁷ MONELLI (Y.), *op. cit.*, p. 12.

¹⁵⁶⁸ VIRALLY (M.), *op. cit.*, p. 24.

intellectuelle tend ainsi à révéler que le dispositif s'inscrit dans le souci de l'intérêt général¹⁵⁶⁹. Pour s'assurer de l'utilité globale du système, il faut toutefois, par des choix, limiter la protection offerte à l'appui de conditions. Cela suppose préalablement de choisir que la protection d'un intérêt particulier soit mise en avant, et qu'elle soit ensuite circonscrite à la stricte nécessité de l'utilité sociale qu'elle procure à tous et à chacun. Dans un souci d'utilité, il s'agit dès lors de choisir si le droit de la propriété intellectuelle doit protéger l'investissement, et de quelle façon il est possible de faire en sorte que la protection tiennent compte d'un besoin d'équilibre entre les intérêts. Il en va de questions de légitimité et d'efficacité de l'intervention juridique dans le champ d'étude.

732. Les raisons et bénéficiaires des besoins d'équilibre et d'utilité dans la protection.

La bonne mesure de l'utilité d'un dispositif juridique permet de garantir l'équilibre. Elle commande que la protection envisagée d'un intérêt particulier soit limitée et conditionnée. La protection de cet intérêt ne doit pas entacher les perspectives de satisfaction des autres intérêts. La recherche d'équilibre entre les intérêts, dans le sujet qui nous intéresse, implique de veiller au bénéfice pour tous des utilités du résultat d'investissement, et de la rentabilité de l'opération. La protection de l'investisseur ne doit pas aboutir à priver les tiers de la jouissance des utilités de l'objet réservé à laquelle ils aspirent. De même, la jouissance par les tiers des utilités de l'objet réservé ne doit pas aboutir à désavantager l'investisseur, auquel cas, il n'investirait plus. Cette absence d'activité d'investissement serait *in fine* préjudiciable à tous. La réservation du résultat d'investissement, derrière laquelle se dissimule la protection des intérêts de l'investisseur et des tiers, évolue en effet dans une logique incitative. Interroger l'utilité d'un dispositif juridique traduit une réflexion nécessaire pour atteindre un équilibre souhaitable. Dans ce cadre, il apparaît impératif d'opérer des choix politiques pour donner une base à la façon dont sera pensée la construction d'une protection équilibrée, car utile.

733. La solution aux déséquilibres et aux enjeux d'utilité par l'exercice d'un choix assumé. Il s'agit ici de déterminer en quoi un choix assumé en matière de finalité du système juridique de la propriété intellectuelle apporterait un meilleur équilibre entre les intérêts, en référence à l'utilité. La mise en place d'un équilibre est subordonnée à l'impulsion des organes politiques. Ceux-ci doivent orienter la marche à suivre, au travers de l'exercice d'un choix d'objectif à atteindre, par la mise en œuvre d'une intervention juridique, qui soit utile. Faire un choix politique identifiant la finalité de l'action juridique permettra de trouver un point de départ à la construction d'un équilibre pensé, aussi, à partir de l'utilité de cette intervention.

¹⁵⁶⁹ BUYDENS (M.), *La propriété intellectuelle*, op. cit., p. 408 et s.

L'exercice est également bénéfique en ce qu'il permet d'avoir conscience de l'utilité de la protection. Cette dernière est à la fois sa raison d'être et sa limite. Un choix de protection, de préférence en faveur de l'investissement et de l'intérêt de son auteur, sera vertueux pour la garantie de l'équilibre entre les intérêts. Il conduira en effet à prendre en compte plus spécialement le besoin d'utilité du dispositif juridique. Il implique de déterminer une finalité à atteindre, laquelle le sera par la mise en œuvre des outils de la technique juridique. Dans la recherche d'atteinte de cette finalité choisie, les moyens mis en œuvre doivent être mobilisés de telle sorte qu'ils révèlent l'utilité de la protection. Un choix de finalité de protection influera sur la technique à mobiliser, laquelle devra être choisie pour sa capacité à atteindre l'objectif, ainsi que son aptitude à prendre en compte le besoin d'équilibre entre différents intérêts. En somme, le choix politique assumé en faveur ou en défaveur de la protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle serait vertueux pour l'équilibre entre les intérêts. Il justifierait, limiterait et expliquerait en effet le cadre utilitaire de l'intervention juridique. Aussi, l'exposé des motifs de la nécessité d'exercice d'un choix doit encore être complété par l'analyse du processus de nature politique d'un tel choix.

Section 2 – Le processus d'exercice d'un choix

734. Les voies de mise en œuvre d'une politique juridique. Une fois démontrés les motifs d'exercice d'un choix politique de protection s'avérant nécessaire, il s'agit d'en identifier le processus. L'enjeu tient à la définition spécifique du cadre d'un choix de finalité du système juridique de la propriété intellectuelle, susceptible de dépasser les vices identifiés et d'atteindre les vertus souhaitées. L'exercice d'un choix de protection, en tant que choix de société¹⁵⁷⁰, s'inscrit dans le cadre de la détermination d'une politique juridique¹⁵⁷¹. Cette dernière peut être appréhendée comme un processus. Elle est en effet soumise à un ensemble d'opérations liées, qui en dictent le déroulement. Nous insisterons ainsi sur le caractère instrumental de

¹⁵⁷⁰ MONELLI (Y.), *op. cit.*, p. 26 et 28.

¹⁵⁷¹ Sur les liens entre le droit et la politique et le droit de la propriété intellectuelle et le politique, cf. not. BARRAUD (B.), *La recherche juridique, Sciences et pensées du droit*, Coll. Logiques juridiques, Paris : L'Harmattan, 2016, sur « la politique juridique », p. 231, spé. p. 232 ; COMMAILLE (J.), « Droit et politique », *in Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, p. 477 ; CARON (Ch.), *op. cit.*, p. 4-6 ; WARUSFEL (B.), « La propriété intellectuelle comme politique publique », *loc. cit.*, spé. p. 391, rappelant que la propriété intellectuelle peut être qualifiée de « *politique publique* » ; sur les dangers du raisonnement juridique à partir des motifs politiques, et sur la définition et les outils de la politique juridique (notamment en matière économique), cf. not. DOM (J.-Ph.), « La politique juridique en matière économique », *Mélanges en l'honneur du professeur Paul LE CANNU*, Paris : Dalloz/LGDJ, 2014, p. 13, spé. p. 20 et s.

l'intervention juridique, visant à donner les moyens d'atteindre les fins sociales déterminées par le domaine politique¹⁵⁷².

735. Plan. L'exercice d'un choix de protection s'accompagne de certaines modalités (I). L'examen de ces dernières conduit à identifier la méthode devant être appliquée (II).

I. Les modalités d'exercice d'un choix de protection

736. Les contours d'un processus décisionnel. La prise de décision relative à une politique devant diriger l'intervention juridique¹⁵⁷³, en matière de protection de l'investissement immatériel, est subordonnée à des modalités. Le choix à effectuer pour aboutir à la mise en place d'une politique juridique en la matière implique d'identifier les étapes et conditions particulières selon lesquels il doit l'être¹⁵⁷⁴. Ainsi, il peut être précisé que l'exercice d'un choix entre deux options (B) raisonne comme un passage obligé de la part des décideurs publics (A).

A. Le choix, passage obligé de la part des décideurs publics

737. Identifier les caractères du choix et la compétence de ses auteurs. Le choix à exercer peut être présenté sous son caractère facultatif ou obligatoire. Chacun des caractères est susceptible de présenter des avantages et des inconvénients qu'il s'agira de confronter. Certaines raisons poussent à envisager le choix comme un passage obligé (1). Aussi, la question du choix de protection et de ses modalités ne saurait être traitée sans identifier les auteurs ayant la compétence de l'exercer, notamment en matière de droit de la propriété intellectuelle (2).

1) *Les raisons d'un passage obligé*

738. Confrontation des caractères du choix au regard de leurs limites et bienfaits. Le choix à effectuer s'ouvre sur des possibilités multiples. Or, en considération de notre

¹⁵⁷² DABIN (J.), *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 119 et s., et spé. p. 151, n° 124 et p. 165, n° 134 ; sur la distinction entre la politique juridique et technique juridique, cf. not. du même auteur, *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement en droit privé*, op. cit., p. 1 et s., et p. 40-41 ; BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique fondamentale et appliquée*, op. cit., p. 55-56, n° 29.

¹⁵⁷³ Sur le pouvoir politique et son rôle dans l'initiative des décisions, MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.) et PACTET (P.), *Droit constitutionnel*, Coll. Sirey Université, 39^e éd., Paris : Dalloz, 2021, p. 10, n° 17.

¹⁵⁷⁴ FOYER (J.), « La volonté politique », in *Hommage à Jean CARBONNIER*, Association H. CAPITANT, Paris : Dalloz, 2007, p. 135 ; sur le processus de choix de politique juridique lié à celui de l'élaboration législative, cf. not. BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique fondamentale et appliquée*, op. cit., p. 297, n° 174 et s.

problématique, il s'avère être un passage obligé, au regard des limites du caractère facultatif (a), ainsi que des bienfaits du caractère obligatoire (b).

a. *Les limites du caractère facultatif du choix*

739. Le rejet souhaitable de solutions tièdes, motifs du statut facultatif de choix. Afin de penser l'avenir du droit de la propriété intellectuelle, spécialement vis-à-vis de sa vocation à la protection de l'investissement immatériel, une décision politique doit être prise. Il ne s'agit pas à ce stade d'envisager la décision en faveur d'une protection effective. Il s'agit seulement d'envisager une décision relative à un choix franc et clair de protection, ou de non-protection. Or, cette décision peut revêtir un caractère facultatif ou obligatoire. Selon la première hypothèse, le risque serait d'aboutir à une solution tiède, révélant ainsi ses limites. En ce sens, un choix de caractère facultatif n'est pas envisageable, car le résultat en serait non-satisfaisant et donc pas souhaitable. Telle est pourtant la situation actuelle que nous regrettons, et qui procèderait du contentement de l'exercice de choix seulement facultatif en matière de protection de l'investissement¹⁵⁷⁵. Le choix politique peut être appréhendé sous l'angle de son caractère facultatif, car il n'existe selon nous aucun dispositif formel commandant qu'un choix soit obligatoirement effectué.

740. Des choix politiques francs à assumer. Si des choix jugés obligatoires sont à effectuer, il est également nécessaire qu'ils soient complètement assumés. La remarque est mise en avant en doctrine¹⁵⁷⁶. Aussi, la réflexion sur la direction et la consistance du droit de la propriété intellectuelle est nécessairement empreinte, même *a minima*, d'une dimension politique¹⁵⁷⁷. En effet, l'idée d'un choix de protection est dirigée par l'identification d'un but à atteindre, coïncidant avec des enjeux liés à la vie collective en société. La décision d'intervenir politiquement, pour choisir de protéger ou non l'investissement immatériel au sein du droit de la propriété intellectuelle, est d'abord le fruit d'une réaction sociale. Cette dernière est

¹⁵⁷⁵ Même si elle présente des limites, l'hypothèse d'un choix facultatif à exercer, aboutissant à des solutions mitigées, est pour le moins tentante. En effet, nous avons pu supposer qu'elle révèle un essai de conciliation de la satisfaction de certains enjeux pouvant paraître antagonistes. L'absence de choix clair et ferme en la matière serait en effet stratégique, et trouverait ses justifications dans un motif d'opportunité.

¹⁵⁷⁶ VIVANT (M.), « Droit et culture : brèves réflexions sur la propriété intellectuelle à l'épreuve de la mondialisation », *loc. cit.*, spé. p. 32, n° 10 : « *S'il est vrai que le droit est éminemment politique, cela veut dire, en tout cas, qu'il est indubitablement des choix à faire. [...] S'il est fait un choix discriminant entre protection et non-protection, il est légitime, lorsqu'on opte pour la protection, de l'assumer entièrement* ».

¹⁵⁷⁷ VIVANT (M.), « La propriété intellectuelle : nouvelles formes et nouveaux enjeux », *loc. cit.*, p. 17, n° 16 : « *[...] il appartient aux juristes spécialistes de ce droit de l'innovation qu'est le droit de la propriété intellectuelle d'être innovants, mais si le droit est en son entier profondément politique, il leur appartient aussi de donner à leur réflexion la dimension politique qu'elle doit avoir (on ne "protège" pas pour "protéger")* ».

susceptible de pousser ou non à la mise en place d'une protection, ainsi qu'à en déterminer la consistance et les limites. La doctrine juridique, notamment en propriété intellectuelle, tient une place dans cette réaction sociale, laquelle sera ou non, ensuite, « consacrée » par un choix politique¹⁵⁷⁸. Elle doit pour le moins être assumée pour assurer l'effectivité et l'efficacité du dispositif.

741. Des choix d'avenir réfléchis pour le droit de la propriété intellectuelle. Il existe de nombreuses réflexions doctrinales sur l'avenir pouvant et devant être réservé au droit de la propriété intellectuelle. Ainsi, en matière de droit d'auteur, ouvrant et entretenant le débat dans le rôle qui est le leur, des auteurs interrogent sur le sens de ce système et son avenir. Des possibilités sont envisagées au travers de la formulation de questions, notamment sur la place de l'auteur et son statut, et sur celui de la création. Ils questionnent donc : « voulons-nous ; doit-on ; faut-il ? »¹⁵⁷⁹. Sur la question implicite du choix à effectuer, ceux-ci ne manquent pas de préciser qu'il convient de tenir compte d'une réflexion que nous pouvons étendre à notre sujet. Cette dernière, en quelque sorte, grève la question du choix. Ainsi, il s'agit par exemple de considérer que « la nature reconnue au droit d'auteur "constitue l'expression juridique de la représentation qu'une société se fait de sa propre culture" »¹⁵⁸⁰. Dans un esprit similaire, d'autres auteurs s'interrogent aussi sur la cohérence du système de la propriété intellectuelle, au regard de la réalité qu'il doit appréhender. À ce titre, un décalage entre l'image du droit d'auteur et sa réalité peut être souligné¹⁵⁸¹. Il témoignerait de la nécessité impérieuse d'exercer des choix de politique juridique, dans le cadre d'une réaction sociale¹⁵⁸². Ces propos et interrogations peuvent être étendus à l'ensemble des régimes de propriété intellectuelle. Il est en effet nécessaire d'opérer des choix fondamentaux en matière de propriété intellectuelle, à travers la détermination et la mise en œuvre d'une politique législative¹⁵⁸³.

742. Un choix facultatif empêchant l'issue d'une situation de *statu quo*. La question de l'avenir du système dépend elle-même des fonctions qu'il poursuit et poursuivra, lesquelles

¹⁵⁷⁸ MONELLI (Y.), *op. cit.*, spé. p. 26 et s.

¹⁵⁷⁹ LUCAS (A. et H.-J.) et LUCAS-SCLOETTER (A.), *op. cit.*, 4^e éd., p. 53, n° 40.

¹⁵⁸⁰ *Ibid.*, citant EDELMAN (B.), « Nature du droit d'auteur », *loc. cit.*, n° 2.

¹⁵⁸¹ BRUGUIÈRE (J.-M.), « Le « droit d'auteur économique » [...] », *loc. cit.*, spé. n° 6, p. 738 : « Notre droit d'auteur est-il condamné à l'immobilisme ? Ne devons-nous pas cesser de rendre compte d'un droit avec un modèle qui lui est totalement étranger ? [...] va-t-on continuer à présenter les principes de la loi du 11 mars 1957 [...] comme des principes immuables ? », ces propos sont employés pour illustrer l'objectif de « satisfaire ce besoin de cohérence, pour répondre à la nécessité de faire coïncider le droit au réel ». L'auteur démontre que le « droit d'auteur économique est l'expression d'un droit d'auteur entrepreneurial, mais aussi le trublion du droit d'auteur humaniste ».

¹⁵⁸² *Id.*, p. 767, n° 41, concluant : « Nous ne pouvons continuer à appréhender le droit d'auteur comme si celui-ci était celui qui s'appliquait en 1957. Un objet à jamais immobile, hors du temps... », cf. également le n° 42 pour des perspectives prospectives.

¹⁵⁸³ SIRINELLI (P.), « Brèves observations sur le "raisonnable" en droit d'auteur », *loc. cit.*, spé. p. 398.

demeurent à leur tour à choisir. Elle invite à rappeler que le système juridique et les réalités appréhendées sont profondément dialectiques et insolubles en eux-mêmes. Seul un passage obligé par un choix politique est susceptible d'assurer la construction d'un système harmonieux et efficace. En ce sens, il n'est pas possible de se contenter de l'hypothèse d'un choix à effectuer qui aurait un caractère seulement facultatif, et donc limité. Ainsi, et par exemple, en matière de droit d'auteur, entre logique personnaliste et logique économique, il faut choisir quelle conception appliquer, à quel schéma de création impliquant des opérations d'investissements¹⁵⁸⁴. Dans ce cadre, le choix de l'une ou de l'autre des logiques sera toujours discutable et discuté¹⁵⁸⁵. Il n'en demeure pas moins que l'exercice d'un choix politique légitime et assumé en faveur ou en défaveur de la protection se présente comme la solution la plus pertinente pour sortir du *statu quo*¹⁵⁸⁶. Les limites du caractère facultatif du choix politique, en faveur ou défaveur de la protection, justifient que celui-ci soit considéré comme un passage obligé, lequel possède des bienfaits.

b. Les bienfaits du caractère obligatoire du choix

743. Le souhait de solutions franches, résultats de choix obligés. Si le choix souhaité apparaît comme une possibilité assez libre des organes politiques, cette faculté devrait, selon nous, évoluer vers un caractère plus obligatoire. Nous ne renvoyons pas dans ce cadre à l'idée de commandement juridique sanctionnable, mais à celle d'une décision incontournable constituant l'issue des difficultés dénoncées. Au contraire des conséquences du statut facultatif du choix, son caractère obligatoire présenterait en effet des bienfaits. Une telle solution suppose, dès lors, que les instances politiques et décideurs publics fassent preuve d'audace et de fermeté dans l'exercice d'un choix permettant de penser un avenir plus certain pour le système¹⁵⁸⁷. Ce dernier doit évoluer grâce à des choix politiques assumés reposant sur la sélection de ses finalités. Le bienfait d'un tel choix tiendrait à la garantie de la cohérence et de l'équilibre du système. Le choix politique d'accueil ou de rejet de la protection de l'investissement au sein du système

¹⁵⁸⁴ S'agissant du schéma d'investissements combinés, le problème se posant est encore plus sérieux, dès lors que le résultat d'investissements auquel il donne lieu procède d'apports et d'attentes de natures différentes par des personnes différentes. Cf. not. BRUGUIÈRE (J.-M.), « Le « droit d'auteur économique » [...] », *loc. cit.*, p. 768, n° 42.

¹⁵⁸⁵ MARINO (L.), *op. cit.*, p. 150 : « Dès lors qu'une règle juridique est l'habillage d'un choix économique et politique, on peut toujours défendre une autre règle ».

¹⁵⁸⁶ BRUGUIÈRE (J.-M.), « Le « droit d'auteur économique » [...] », *loc. cit.*, p. 768, n° 42, selon l'auteur, au sujet du futur du droit d'auteur français, le scénario le plus probable, et de façon « malheureuse », « est celui du *statu quo*, celui de la cohabitation du droit d'auteur humaniste avec le droit d'auteur entrepreneurial ».

¹⁵⁸⁷ GAUTIER (P.-Y.), « Vers le déclin de la propriété intellectuelle », *PI* janv. 2015, n° 54, p. 10, spé. p. 15.

juridique de la propriété intellectuelle permettrait d'en dégager une légitimité. En effet, la protection serait préalablement passée au crible des jugements de valeurs de la part des entités ayant la compétence en la matière, et censées traduire une volonté générale. Le choix politique à exercer en la matière aurait un caractère « obligatoire », précisément car il est la condition d'atteinte de bienfaits devant rejaillir sur le fond et à la forme du système juridique. Dans le cadre du processus d'exercice du choix de finalité du système, le politique doit s'appuyer sur les différents arguments extra-juridiques et juridiques que nous avons eu l'occasion de recenser, qu'ils soient de nature à contester ou à justifier la protection envisagée¹⁵⁸⁸. Toutefois, ces arguments en eux-mêmes ne peuvent s'imposer. Ils doivent être complétés par une véritable volonté politique faisant défaut en matière de protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle. Que la volonté politique se révèle en faveur ou défaveur de la protection, il n'en demeure pas moins qu'elle devra tendre vers la réalisation du bien commun, dans une démarche d'équilibre, c'est-à-dire de justice et d'utilité. En effet, la politique juridique peut être définie comme « [...] l'art de choisir, entre les différents sens possibles d'une disposition légale notamment, la solution la moins mauvaise possible »¹⁵⁸⁹.

2) *Les auteurs de l'exercice du choix*

744. Des sources et compétences d'horizons variés. L'exercice du choix politique de détermination du fond du droit, notamment en propriété intellectuelle, ressort de la compétence du législateur **(a)**. Celui-ci s'appuie à ce titre sur des collaborations avec d'autres acteurs¹⁵⁹⁰ **(b)**. Le partenariat à naître de la collaboration de ces entités tend à procurer de la légitimité au choix de protection à déterminer, et à mettre en place¹⁵⁹¹.

a. La compétence du législateur

745. La source et le cadre de la compétence d'exercice des choix politiques en matière juridique. L'étude des modalités du processus d'exercice de choix de politique juridique conduit à identifier son cadre institutionnel. La compétence revient essentiellement au

¹⁵⁸⁸ Cf. *supra*, n° 460 et s.

¹⁵⁸⁹ ATIAS (Ch.), *Devenir juriste*, *op. cit.*, p. 14, n° 22.

¹⁵⁹⁰ Sur la source de la règle de droit se trouvant essentiellement dans le « pouvoir politique », et qui ne procède pas exclusivement de l'« autorité publique » en tant que telle, renvoyant aussi à d'autres entités, et évoquant l'influence de facteurs extérieurs, cf. DABIN (J.), *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 31, n° 26 et s.

¹⁵⁹¹ WARUSFEL (B.), « La propriété intellectuelle comme politique publique », *loc. cit.*, p. 392 ; BONIS (E.) et MALABAT (V.) (dir.), *La qualité de la norme, l'élaboration de la norme*, Coll. Droit & science politique, Paris : Éditions mare & martin, 2016, spé. p. 17.

législateur, renvoyant aux institutions parlementaires, ainsi que parfois, incidemment, à l'autorité gouvernementale, et entre lesquelles existe un processus collaboratif¹⁵⁹². Le législateur détient en effet principalement la compétence et la légitimité étatique dans la définition des politiques juridiques, notamment dans le domaine du droit de la propriété intellectuelle. Intervenant dans un cadre démocratique, il assure la représentation des intérêts particuliers, et ce dans une perspective d'organisation et d'assurance de l'intérêt général. S'agissant du droit de la propriété intellectuelle, le législateur détient une compétence pour poser, consacrer et délimiter des droits subjectifs de réservation, ceux-ci pouvant être appréhendés en tant que monopoles d'exploitation. La matière ressort en effet du domaine de la loi. À cet effet, il s'agit d'intervenir dans le but de restreindre exceptionnellement la portée de certains droits et libertés¹⁵⁹³, notamment sur les terrains économique, patrimonial, culturel et extrapatrimonial. Ce statut exceptionnel d'intervention en la matière justifie la compétence spécifique du législateur. Concernant plus précisément l'hypothèse prospective de protection des investissements immatériels dans le cadre du système juridique de la propriété intellectuelle, il serait nécessaire que celle-ci soit soumise à un processus législatif. Ce dernier permet en effet l'exercice de choix assumés et la mise en œuvre de régimes équilibrés et cohérents. L'enjeu est de pouvoir inscrire la protection dans un souci de préservation de l'intérêt général, dont la détermination ressort de la compétence des pouvoirs publics.

746. Volonté et légitimité politiques du législateur. Afin d'exercer des choix de politique juridique, le législateur, ainsi que les différentes institutions politiques collaborant à cet effet, doivent faire émerger une volonté d'impulser une direction dans un sens choisi et précis¹⁵⁹⁴. Le législateur doit faire émerger les mobiles de son action avec, en perspective, la conscience et l'objectif d'agir pour le bien commun, autrement dit, pour l'intérêt général¹⁵⁹⁵. Il doit être encouragé en ce sens, puisqu'il est nécessaire que des choix de finalités assumés soient exercés. Le but est en effet de bâtir des régimes juridiques cohérents, effectifs et efficaces, reposant sur une véritable volonté. Il faut compter dans ce cadre sur un certain courage politique¹⁵⁹⁶. La volonté des instances compétentes, véhiculée au travers de propositions ou de projets de lois, transparaît dans les exposés des motifs des textes appelés à devenir normes juridiques. La volonté politique doit s'attacher à la détermination des finalités à atteindre au travers de son

¹⁵⁹² MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.) et PACTET (P.), *op. cit.*, p. 523, n° 1358 et s.

¹⁵⁹³ MONELLI (Y.), *op. cit.*, p. 81 et s. et p. 102 et s.

¹⁵⁹⁴ FOYER (J.), « La volonté politique », *loc. cit.*, p. 135 ; MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.) et PACTET (P.), *op. cit.*, p. 29, n° 89 : « Le volontarisme du pouvoir politique constitue la source par excellence des institutions et du droit ».

¹⁵⁹⁵ WARUSFEL (B.), « La propriété intellectuelle comme politique publique », *loc. cit.*, p. 391.

¹⁵⁹⁶ VIVANT (M.), « Droit et culture : [...] », *loc. cit.*, spé. p. 32, n° 10.

action, en exerçant des choix et des décisions¹⁵⁹⁷. Des jugements de valeur interviennent alors nécessairement à cet effet. La teneur du choix exercé, et qui s'appuiera sur la poursuite de certaines finalités à atteindre, pourrait bien jouir d'un minimum de légitimité, au regard de l'identité de ses auteurs. En effet, au regard du statut démocratique de ses acteurs représentant les intérêts de l'ensemble de la société et des justiciables, le choix pourra être positivement reçu par ceux auxquels il s'appliquera. Néanmoins, les choix exercés sont le reflet des attentes et revendications parfois conflictuelles dans le corps social¹⁵⁹⁸, régulièrement véhiculées par d'autres entités assurant leur représentation. Ils n'en sont pas moins menés avec conscience et mesure, puis mis en œuvre par le pouvoir politique législatif, est présumé être le fruit d'une volonté générale, le faisant ainsi gagner en légitimité. Tel pourrait être le cas dans l'hypothèse d'exercice d'un choix politique favorable à la protection de l'investissement. Le législateur n'est toutefois pas seul dans le processus d'exercice de choix de politique juridique, mais peut bénéficier de l'appui collaboratif d'autres acteurs.

b. L'appui collaboratif des autres acteurs

747. Les contributions d'autres autorités et entités. D'autres acteurs contribuent indirectement à l'exercice de choix politiques en matière juridique. Ainsi, ils peuvent jouer un rôle d'impulsion ou de provocation, en poussant le législateur à prendre des décisions et à faire des choix sur des problématiques particulières. De même, ils peuvent assumer un rôle d'information et de conseil auprès des autorités. Ces autres acteurs, en somme et de différentes façons, tendent à susciter et/ou à influencer l'exercice et le sens d'un choix politique en matière juridique. Le processus politique de création du droit, passant nécessairement par l'exercice de décisions et de choix de la part du législateur, peut être suscité et/ou accompagné par d'autres acteurs du droit tels que la jurisprudence et la doctrine, et par des autorités et instances supranationales. Ce peut être également le cas de la part d'entités *ad hoc*, ou de celles assurant la représentation de certaines catégories d'intérêts reconnues pour leurs expertises dans un domaine. Le législateur collabore alors avec les acteurs dont la voix et l'influence ont vocation à être entendus et accueillis par lui. Il sait pouvoir s'appuyer sur l'expertise et la motivation

¹⁵⁹⁷ LAPOUSTERLE (J.), *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration de la norme*, op. cit., p. 331, n° 791 et s. sur la règle juridique élaborée dans le cadre d'un programme qu'il s'agit de mettre en œuvre. La loi est ainsi un instrument d'atteinte d'objectif politique, cf. spé. n° 793, p. 332, citant RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, op. cit., n° 28, sur la nature de la loi, qui a une « dimension juridique [à laquelle] s'ajoute désormais une dimension politique qui reconnaît dans la loi un procédé du gouvernement au service de la réalisation des objectifs arrêtés par le législateur » ; BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique fondamentale et appliquée*, op. cit., p. 314, n° 184-185.

¹⁵⁹⁸ CHEVALIER (J.), loc. cit., p. 7 et s., et p. 22.

d'acteurs le soutenant dans la prise de décision¹⁵⁹⁹. Tel est le cas, s'agissant des choix politiques à déterminer et mettre en œuvre, en matière de droit de la propriété intellectuelle, spécialement vis-à-vis de sa fonction de protection de l'investissement.

748. Le rôle collaboratif de la jurisprudence et de la doctrine dans le processus d'exercice de choix politiques en matière juridique. En différents domaines juridiques, comme dans le nôtre¹⁶⁰⁰, la jurisprudence peut parfois sembler pousser le législateur à faire des choix et à prendre des mesures dans certaines directions. Le constat peut s'appliquer s'agissant spécialement de la question de la protection de l'investissement, notamment au sein du droit de la propriété intellectuelle. Il suffit en effet de songer à la jurisprudence tendant à reconnaître, sur le fondement de la responsabilité civile, une forme de réservation privative des résultats d'investissements immatériels. L'instrumentalisation de ce fondement universel peut être lue comme un appel du pied au législateur. Celui-ci devrait, selon nous, être suivi d'une réflexion profonde sur sa valeur et sa portée, afin d'aboutir à des choix clairs et assumés en la matière. La jurisprudence elle-même a semblé opérer des choix manifestés au travers du sens de ses décisions tenant à reconnaître la valeur économique de certains résultats d'investissements, qu'il peut être utile de réserver par un fondement détourné¹⁶⁰¹. Telle nous semble être la conséquence d'une absence de réflexion profonde et de choix sur le traitement de la question, au sein du système de la propriété intellectuelle. Ce faisant, la jurisprudence en vient à assumer l'exercice de choix que le législateur peut sembler ne pas accepter d'exercer¹⁶⁰². Quant à la doctrine, si son rôle n'est pas de substituer à l'inertie du législateur en matière d'exercice de choix politiques touchant à la propriété intellectuelle, et notamment à son périmètre de protection¹⁶⁰³, il est pourtant fondamental. Elle s'attache en effet à impulser, soutenir ou critiquer les interventions politiques en matière juridique voire, même, leur absence¹⁶⁰⁴. La doctrine peut être appréhendée comme une autorité influant sur la loi en tant que source

¹⁵⁹⁹ WARUSFEL (B.), « La propriété intellectuelle comme politique publique », *loc. cit.*, p. 392 : « Une politique publique n'est pas le seul produit d'une décision politique abstraite mais le résultat d'une interaction complexe entre des arbitrages rendus par des décideurs et les actions et incitations des autres acteurs sociaux, qu'il s'agisse des groupes de pression, des opérateurs économiques ou de l'opinion publique ».

¹⁶⁰⁰ Cela n'étonnera pas, dans la mesure où il existerait un dialogue entre le juge et le législateur, notamment en matière de droit d'auteur. Sur le sujet, cf. spé. BENSAMOUN (A.), *op. cit.*

¹⁶⁰¹ Cf. à ce sujet notamment MONELLI (Y.), *op. cit.*, p. 55 et s.

¹⁶⁰² Aussi, l'abstention du législateur en ce domaine pourrait être interprétée comme une volonté, précisément, de ne pas en venir à la protection légale de ces objets ; MONELLI (Y.), *op. cit.*, p. 103.

¹⁶⁰³ BERGÉ (J.-S.), « Les solutions législatives à l'articulation des droits de propriété intellectuelle ou l'art de légiférer-délégiférer en question », in BRUGUIÈRE (J.-M.) (dir.), *L'articulation des droits de propriété intellectuelle*, Paris : Dalloz 2011, p. 101, spé. p. 102, évoquant la situation peu engageante du juriste qui se contente de prendre acte des différents choix politiques que pourrait opérer, le cas échéant, son législateur national en s'interrogeant sur la ou les manières d'utiliser l'outil législatif pour contenir le développement du droit de la propriété intellectuelle.

¹⁶⁰⁴ BRUGUIÈRE (J.-M.), « Le "droit d'auteur économique" [...] », *loc. cit.*, spé. p. 755, n° 28 et s.

indirecte¹⁶⁰⁵, par le biais de l'expertise qu'elle est susceptible d'apporter au décideur public sur des sujets particuliers. Si elle peut assumer un rôle d'influence ou de soutien à la prise de décision politique en matière juridique, elle peut aussi, au-delà d'influer sur les auteurs de la loi, influencer sur l'état de la jurisprudence qui elle-même, comme nous avons pu en donner un exemple, peut susciter la prise de décision politique de la part du législateur.

749. Des entités *ad hoc* : l'exemple du rôle du CSPLA. Afin de faire évoluer la législation en matière de propriété intellectuelle, et d'exercer à ce titre des choix politiques de direction, le législateur peut s'appuyer sur des institutions compétentes pour l'éclairer, et instituées à cet effet. L'enjeu est de pouvoir appréhender avec précision la réalité et les attentes d'un domaine, dans lequel il s'agit d'intervenir. Ces institutions et entités particulières peuvent à ce titre être considérées comme des acteurs indirects de la création du droit de la propriété intellectuelle. Elles peuvent peser sur la détermination des politiques en la matière, par leur rôle d'expertise et de recommandation. Ainsi, en matière notamment de propriété littéraire et artistique, le gouvernement est amené à confier des missions de recherche et d'expertise à des entités ou des personnes qualifiées. Il est ainsi possible de renvoyer à l'institution du Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique assumant un rôle de conseil auprès du Ministre de la Culture¹⁶⁰⁶. Ses travaux interrogent notamment la façon dont il est possible de tenir compte des activités d'investissements dans la conception d'objets immatériels, afin d'entretenir une dynamique incitative et juridiquement sécurisante¹⁶⁰⁷. Ils se basent, par ailleurs, sur des entretiens réalisés auprès des acteurs concernés sur le terrain, et autres représentants des intérêts catégoriels et professionnels en cause. Ces derniers peuvent eux-mêmes, par leurs activités, être considérés comme des entités appuyant et contribuant à l'exercice de décisions sur ce que doit

¹⁶⁰⁵ BARRAUD (B.), *La recherche juridique, Sciences et pensées du droit*, op. cit., p. 74.

¹⁶⁰⁶ Sur le rôle du CSPLA, cf. not. VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), op. cit., p. 81, n° 46 et s.

¹⁶⁰⁷ Cf. not. BENABOU (V.-L.) et MARTIN (J.) (dir.), HENRARD (O.) (Rapporteur), *Le régime juridique des œuvres multimédia : droits des auteurs et sécurité juridique des investisseurs*, Rapport du CSPLA, Commission sur les aspects juridiques des œuvres multimédias, 2005, <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/064000008.pdf>, cf. not. p. 9 et s. ; HADAS-LEBEL (R.), *Mission sur la mise en œuvre du droit d'auteur dans le cadre du statut de salarié de droit privé*, 2002, <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/024000625.pdf> ; RACINE (B.), *L'auteur et l'acte de création*, op. cit. ; FRANCESCHINI (L.), assistée de BONNAUD-LE ROUX (S.), *Rapport de la mission de réflexion sur la création d'un droit voisin pour les éditeurs de presse*, Ministère de la culture et de la communication, juillet 2016, file:///C:/Users/PCFRAN~1/AppData/Local/Temp/20160912_MCC-Rapport-Laurence-Franceschini.pdf ; BENSAMOUN (A.), FARCHY (J.) et SCHIRA (P.-F.) (dir.), *Rapport final sur la mission « Intelligence et culture »* du CSPLA, 27 janv. 2020, <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjMp9PDg9vxAhX4A2MBHW70BXcQFjAAegQIBxAD&url=https%3A%2F%2Fwww.culture.gouv.fr%2Fcontent%2Fdownload%2F263327%2Ffile%2FSynth%25C3%25A8se%2520Rapport%2520CSPLA%2520Intelligence%2520artificielle.pdf%3FinLanguage%3Dfre-FR&usg=AOvVaw1JUbsPuulLB3KYX4FfilGM>.

être le droit de la propriété intellectuelle, au regard de sa vocation à protéger l'investissement immatériel.

750. Le rôle du droit négocié et des groupes de pression sur l'exercice de choix de politique juridique et son contenu. Dans sa fonction de définition des politiques juridiques en matière de propriété intellectuelle, le législateur est amené à collaborer avec des acteurs du domaine concerné. Il accueille, voire même, subit des influences venues des faits. Les attentes et revendications diverses des acteurs des activités liées à l'investissement dans la création se font entendre à lui. Elles sont représentées par des entités organisées à cet effet, dans le but de collaborer aux processus législatifs et décisionnels de nature politique. Élaborer des lois, c'est exercer des choix. Sous l'autorité du législateur, le processus d'élaboration des lois se manifeste entre autres par des collaborations entre celui-ci et les destinataires de la norme juridique amenée à être choisie politiquement, dans sa finalité et son contenu. Ainsi, on assiste de plus en plus au développement du « droit négocié », notamment en matière de propriété intellectuelle¹⁶⁰⁸. Aussi, en notre domaine, les choix de politiques juridiques et le contenu de la législation procèdent, notamment, de relations entretenues entre le législateur et les groupes de pression¹⁶⁰⁹. L'activité de « lobbying » vise à assurer la représentation et la défense de catégories d'acteurs formant une collectivité ayant des intérêts à faire valoir auprès des autorités publiques. Les groupes de pression, par leur influence, cherchent à obtenir du législateur la norme juridique la plus favorable à la satisfaction des intérêts qu'ils défendent¹⁶¹⁰. Ces méthodes de collaboration entre les destinataires de la norme et les décideurs publics peuvent présenter de nombreux avantages, mais aussi des inconvénients. En effet, par exemple, si l'activité des groupes de pression peut avoir parfois une connotation péjorative, leur rôle auprès des autorités politiques n'en paraît pas moins indispensable, ni légitime. S'agissant des aspects positifs de ces processus¹⁶¹¹, il faut souligner que l'implication des destinataires de la norme juridique à son élaboration, procédant de choix politiques, permet de susciter l'exercice de ces

¹⁶⁰⁸ La doctrine ne manque pas d'identifier et de commenter ce phénomène. Cf. LAPOUSTERLE (J.), « Le droit d'auteur, droit économique », *loc. cit.*, spé. p. 58 ; et plus largement, du même auteur, *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration de la norme*, *op. cit.*, spé. p. 79 et s. ; BRUGUIÈRE (J.-M.), « Le "droit d'auteur économique" [...] », *loc. cit.*, spé. p. 739 et s., l'auteur y voit le signe d'une flexibilisation des sources du droit d'auteur, et de l'émergence d'un droit négocié, qu'il juge opportune. Il qualifie ce processus de « *conventionnalisation du droit d'auteur* », cf. aussi p. 742, n° 12, sur la délégation de l'édiction de la norme du droit d'auteur à certains opérateurs.

¹⁶⁰⁹ MEKKI (M.), « L'influence normative des groupes d'intérêts : force vive ou force subversive ? (1^{ère} partie, Identification) », *JCP G* 2009, Étude 370, spé. n° 18, p. 54.

¹⁶¹⁰ LAPOUSTERLE (J.), « Le droit d'auteur, droit économique », *loc. cit.*, spé. p. 56 et s. ; cf. égal. GALOPIN (B.), *op. cit.*, p. 94, n° 124 et s.

¹⁶¹¹ HOUILLON (G.), « Lobbying et qualité de la norme française », in *La qualité de la norme, l'élaboration de la norme*, *op. cit.*, p. 19, spé. p. 23 et n° 9 et p. 24, n° 10 et s.

choix qu'il apparaît souvent nécessaire d'opérer. À cet effet, la collaboration des représentants des intérêts des destinataires de la loi en matière de propriété intellectuelle, comme dans d'autres, est un outil précieux. Ces représentants assurent un rôle d'impulsion, d'inspiration et d'information au regard des choix qu'il s'agit d'exercer. La collaboration pourrait bien, aussi, conférer à la norme et aux choix, une certaine légitimité¹⁶¹². Ainsi, il est possible d'estimer que les groupes de pression sont « facilitateurs de la réception harmonieuse de la règle de droit »¹⁶¹³.

751. Le rôle de l'Union européenne sur la législation interne en matière d'exercice de choix de politique juridique. Si dans sa tâche d'exercice de choix de politique juridique, le législateur compte et compose avec les groupes représentants d'intérêts, il peut ou doit aussi compter ou composer avec des influences venant de l'Union européenne¹⁶¹⁴. Les choix effectués à ce niveau sont eux-mêmes potentiellement influencés par ces mêmes groupes. L'Union européenne est amenée, de manière très régulière, à prendre des mesures de nature politique en matière de propriété intellectuelle, susceptibles d'impacter ou d'influer les choix politiques devant être exercés dans les droits nationaux. Il est vrai que, de ce fait, le choix de politique juridique à définir, et à mettre en place en droit interne ne peut jouir que d'une marge de manœuvre assez limitée¹⁶¹⁵. Il n'empêche cependant que, lorsque les directives impulsées au niveau de l'Union européenne, en matière de réglementation de la propriété intellectuelle, laissent une marge de manœuvre suffisante au législateur interne, elles peuvent être appréhendées comme suscitant l'exercice de choix politiques nationaux¹⁶¹⁶. S'agissant du choix à exercer en faveur, ou en défaveur de la protection de l'investissement immatériel par le droit de la propriété intellectuelle, il semble que l'Union européenne défende une thèse favorable à ce sujet. Au demeurant, le législateur interne pourrait s'y rallier, s'il en décidait ainsi.

B. Les options d'un choix obligé

752. Intérêt de la précision des options du choix. Après avoir précisé le caractère obligatoire du choix s'imposant aux acteurs en ayant la charge, et avant d'envisager la méthode à déployer, il s'agit de faire le point sur les options se présentant. Le choix à effectuer a pour objet l'hypothèse favorable ou défavorable de l'attribution d'une finalité directive de protection

¹⁶¹² À ce sujet cf. LAPOUSTERLE (J.), « Jeux d'influence dans l'élaboration des normes de droit d'auteur », in *La qualité de la norme, l'élaboration de la norme*, op. cit., p. 63 et s.

¹⁶¹³ *Id.*, p. 69.

¹⁶¹⁴ Sur l'influence de l'Union européenne, sur la législation nationale, cf. not. VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), op. cit., p. 75, n° 43 et s.

¹⁶¹⁵ WARUSFEL (B.), « La propriété intellectuelle comme politique publique », loc. cit., spé. p. 405.

¹⁶¹⁶ *Id.*, p. 406.

de l'investissement immatériel au système juridique de la propriété intellectuelle. La manifestation d'une volonté et d'une décision du législateur d'assurer ou non la protection envisagée renvoie à des enjeux de cohérence du système et d'équilibre entre les intérêts. En ce sens, il s'agit d'œuvrer à une protection repensée et légitime. Ces enjeux ne sauraient être atteints que par l'exercice préalable d'une décision ferme et claire de nature politique, entre deux options. Ainsi, le législateur pourrait décider de ne pas assurer la protection de l'investissement au sein du droit de la propriété intellectuelle (1), ou au contraire décider d'une protection effective en ce sein (2).

1) Décider de ne pas protéger

753. Teneur et portée d'un choix de refus de protection. La première option d'un choix obligé renvoie à l'hypothèse d'une décision de refus d'attribution d'une fonction de protection de l'investissement au système juridique de la propriété intellectuelle. Une décision en ce sens nous semble pouvoir être jugée comme légitime, tout autant qu'une décision en sens contraire. Cette légitimité pourrait certainement trouver une assise au regard des arguments de contestation de l'opportunité d'une telle protection¹⁶¹⁷. Elle trouve aussi sa source dans l'autorité et la compétence des décideurs publics dans leur rôle de définition des politiques juridiques. Cependant, il est nécessaire de souligner qu'un choix franc, clair et assumé en défaveur de cette protection, se trouverait tout de même confronté à l'état actuel du droit positif que nous regrettons. Il en irait ainsi, qu'il s'agisse de refuser catégoriquement l'idée même d'une protection de l'intérêt de l'investisseur ou, l'idée de sa protection par le droit de la propriété intellectuelle. Nous avons en effet pu remarquer qu'il existe actuellement, au sein de ce système, des dispositifs assurant une telle protection. Le choix du refus impacterait ainsi le système tel qu'il se présente. Dans ce cadre, le risque non satisfaisant de maintien des incohérences et déséquilibres provoqués par l'absence de choix clair devrait être surveillé, et faire l'objet de mesures correctives. Dès lors, il s'agirait de reléguer du champ de la propriété intellectuelle les aspects actuels de protection objective et subjective de l'investissement dans la conception d'objets immatériels. Cette solution peut se subdiviser. D'une part, ces aspects protecteurs pourraient être anéantis au sein de l'ordre juridique. Or, l'hypothèse ne nous semble pas tenable juridiquement, pas plus qu'en opportunité. D'autre part, ils pourraient simplement être déplacés au sein d'un autre – ou d'un nouveau – système juridique. Le but serait alors

¹⁶¹⁷ Cf. *supra*, n° 463 et s.

éventuellement de remodeler le droit de la propriété intellectuelle en tant que stricte système de protection d'une création, voire d'un résultat d'investissement intellectuel. Il serait alors purgé des dispositions tendant actuellement à protéger l'investissement économique. Celles-ci pourraient être placées dans un ensemble autonome et systématisé, tenant son identité de la consécration d'une protection des investissements immatériels. En somme, il nous semble impératif d'insister sur l'opportunité de trouver et de mettre en place des méthodes alternatives pour offrir une réponse juridique adaptée aux sollicitations des investisseurs dans la protection de leurs intérêts. Une décision dans le sens d'un refus de protection doit être accompagnée d'un exercice de cohérence et d'équilibre, afin que l'ordre juridique soit lisible et efficace. Il en va de même s'agissant d'une décision politique favorable à une telle protection.

2) Décider de protéger

754. Teneur et portée d'un choix effectif de protection. Tout comme une décision dans le sens du refus de protection, une décision favorable est possible et tout aussi légitime. En effet, nous avons pu à la fois relever l'aptitude générale de la propriété intellectuelle à assurer la protection de l'investissement, sous ses aspects objectif et subjectif, ainsi que l'existence d'arguments de justification en ce sens. Au regard de l'état mitigé en droit positif de l'accueil réservé à la protection de l'investissement au sein de la propriété intellectuelle, la décision franche et assumée en faveur de cette protection mériterait de songer sérieusement à la place qu'y occuperait cette fonction. Il est en effet prêté d'autres fonctions au système, assurant également la protection d'objets immatériels, lesquels ne sont pas spécialement considérés comme des résultats d'investissements en tant que tels, ou tout du moins, pas en raison des apports économiques qu'ils impliquent. Une telle décision serait de nature à impacter davantage la cohérence de ce système juridique si, en acceptant d'attribuer cette fonction, elle n'organisait pas les places respectives des différentes fonctions évoquées. Le choix effectif de protection devrait en effet veiller à remédier à une telle situation. L'enjeu est, à nouveau, de permettre une lecture fonctionnelle du système et l'efficacité de son contenu. Au-delà du souci de cohérence, il s'agit aussi de veiller au maintien d'un équilibre entre les intérêts de l'investisseur et ceux des autres acteurs du secteur. Avant d'examiner en détail quelle serait la traduction juridique d'un choix effectif de protection, il convient de s'attarder sur la méthode d'exercice d'un choix de politique juridique, laquelle s'appuie sur la mise en œuvre de certains outils.

II. La méthode d'exercice du choix de protection

755. La méthode outillée de définition d'une politique juridique. L'exercice de définition d'une politique juridique suit une méthode appuyée sur des outils. Par des choix méthodiques outillés¹⁶¹⁸, il s'agit de définir le sens d'une intervention juridique protectrice en matière d'investissements immatériels. Le sens de l'intervention renvoie lui-même à l'identité d'une finalité à poursuivre. Le choix doit en effet s'inscrire dans une rationalité et une réalité. La méthode à suivre est composée du recours incontournable à l'outil téléologique (A). Ce dernier est à relier à l'appréhension juridique de la réalité à traiter juridiquement, puisqu'il s'y applique (B).

A. Le recours à l'outil téléologique

756. L'indispensable recours au raisonnement téléologique. Le recours à l'outil téléologique est essentiel pour déterminer l'identité et la consistance d'un choix de politique juridique en matière de protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle. Le système juridique est en effet construit en considération d'une finalité à satisfaire, lui donnant son sens et sa consistance¹⁶¹⁹. L'intérêt du recours à cet outil mérite d'être explicité (1), avant d'envisager les conséquences auxquelles sa mise en œuvre pourrait aboutir (2).

1) *L'intérêt du recours à l'outil téléologique*

757. Donner du sens au système juridique de la propriété intellectuelle. L'outil téléologique est un instrument incontournable de construction d'une politique juridique, en matière de protection de l'investissement par la propriété intellectuelle (a). Il peut être appréhendé comme un moyen de garantie de la cohérence du système juridique et d'équilibre entre les intérêts qu'il s'agit d'organiser (b).

a. *Un outil incontournable*

758. La pertinence du raisonnement téléologique. L'outil téléologique permet de donner du sens à l'intervention des autorités compétentes en matière juridique. Il appuie la définition

¹⁶¹⁸ Sur le processus de prise de décision en matière législative, cf. not. BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique fondamentale et appliquée*, op. cit., spé. p. 314, n° 185 et s.

¹⁶¹⁹ VIVANT (M.), « La propriété intellectuelle : nouvelles formes et nouveaux enjeux », loc. cit., p. 3, n° 2.

et la promotion de la *ratio legis* des normes¹⁶²⁰. Sa mise en œuvre doit se répercuter, en termes de bienfaits, sur le fond du droit et la situation des justiciables. Au-delà d'être un outil d'interprétation de la norme, il est aussi un outil de la prospective juridique. Faisant intervenir un jugement de valeur, il permet de déterminer vers quelle direction le système juridique évolue pour régir les rapports sociétaux. Le choix du but à atteindre doit refléter l'état des aspirations d'une société sur différents plans. À cet effet, l'utilité du raisonnement rappelle que le droit, lui-même, n'est qu'un instrument de mise en œuvre d'une politique mobilisé en vue d'une fin. L'affirmation suppose donc d'identifier, à l'appui de cet argument de raisonnement, la fin de l'intervention politique en matière juridique. Ainsi doit-il en aller du système juridique de la propriété intellectuelle. Or, pour construire ce droit, il faut d'abord identifier la finalité de l'action. Le choix de finalité accompagnera la détermination du contenu du système juridique¹⁶²¹.

759. L'enjeu du raisonnement téléologique dans la définition de la propriété intellectuelle. Il est souhaitable que les auteurs des normes de propriété intellectuelle emploient cet outil, et affichent l'effectivité de sa mise en œuvre. En effet, nous avons pu formuler l'hypothèse, selon laquelle l'existence d'incohérences en l'état du système pouvait sembler liée à la carence d'une finalité affichée suffisamment clairement. La présence de cette dernière serait pourtant apte à lui donner une direction et une dynamique. Dans ce contexte, nous gageons que le système gagnerait en cohérence et en équilibre, et donc en légitimité, si une réflexion téléologique était menée pour identifier sa finalité. L'enjeu est par ailleurs d'être en mesure, ensuite, de mettre en œuvre de façon satisfaisante les moyens adaptés à l'atteinte de cette finalité, ces moyens étant dictés par le sens et la logique attribués au système. Nous défendons ainsi la thèse de la finalité de protection de l'investissement du système juridique de la propriété intellectuelle, devant être reconnue et assumée, si elle devait véritablement être choisie par les autorités en ayant la compétence.

b. Un outil de garanties

760. Un instrument d'atteinte de vertus. Un choix de protection en faveur ou en défaveur de la protection de l'investissement s'avèrerait vertueux en termes de cohérence et d'équilibre au sein du système juridique de la propriété intellectuelle. C'est précisément dans ce cadre

¹⁶²⁰ ATIAS (Ch.) et LINOTTE (D.), *loc. cit.*, spé. p. 255.

¹⁶²¹ DABIN (J.), *Théorie générale du droit, op. cit.*, p. 119 et s. et p. 161, n° 131 ; BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique fondamentale et appliquée, op. cit.*, p. 225, n° 125.

qu'intervient la pertinence du recours à l'outil téléologique. La finalité choisie des règles de droit composant un système juridique en constitue la colonne vertébrale. À défaut d'identification et de respect de cette finalité dans la construction et l'application des règles, il ne saurait exister une cohérence, ni un équilibre, au sein du système. Dès lors, il faut choisir parmi les différentes finalités poursuivies par le système, si celle de protection de l'investissement peut être mise en avant, et si elle est apte à englober la satisfaction des autres, dans une démarche conciliatrice. C'est une réflexion sur le sens de l'institution de la propriété intellectuelle en droit français qui doit être menée à l'appui de l'outil téléologique. Le système français est en effet tiraillé entre différentes conceptions et finalités, emportant des positions insécurisantes pour le système juridique lui-même et les justiciables.

761. La garantie de cohérence. La doctrine souligne la nécessité de redonner du sens au système de la propriété intellectuelle dans un souci, notamment, de cohérence et de légitimité¹⁶²². Afin de restituer au système sa cohérence, vis-à-vis de sa fonction de protection de l'investissement, il faut réfléchir à sa raison d'être, afin d'en dégager des choix à assumer¹⁶²³. La mise en œuvre de l'outil téléologique, garant du respect de la logique, peut permettre de veiller à l'exclusion des contradictions et antinomies au sein du système juridique. Accepter de penser globalement la réalité et les objectifs en jeux est vecteur d'une cohérence systémique. Il en irait ainsi en matière de propriété intellectuelle, au regard des problématiques juridiques se posant dans la réalité des investissements immatériels à protéger.

762. La garantie d'équilibre. Aussi, la mise en œuvre d'un raisonnement téléologique, pour donner du sens à l'intervention juridique et guider l'identité d'un choix politique en la matière, pourrait bien être gage d'un souci d'atteindre un équilibre. Il s'agirait de veiller à ne pas seulement protéger l'intérêt individuel de l'investisseur, mais également ceux des tiers. À cet effet, la finalité à sélectionner doit être suffisamment conciliatrice. La justification utilitariste et incitatrice du droit de la propriété intellectuelle protecteur de l'investissement nous semble être une piste sérieuse, devant être promue et expliquée, pour gagner en légitimité.

2) Les conséquences de la mise en œuvre de l'outil téléologique

763. Le raisonnement téléologique, un outil opérationnel. Le raisonnement téléologique est un outil opérationnel dans la détermination de la politique juridique. Une fois mis en œuvre,

¹⁶²² Cf. not. LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *op. cit.*, p. 54, n° 40.

¹⁶²³ VAN DE KERCHOVE (M.) et OST (F.), *op. cit.*, p. 167 ; BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique fondamentale et appliquée*, *op. cit.*, p. 12, n° 8.

il permet de s'accorder sur les finalités directives du système juridique de la propriété intellectuelle à organiser (a). Il invite aussi à redéfinir les fondements adéquats des dispositifs juridiques à mettre en place, dans un souci de cohérence et d'efficacité (b).

a. L'accord sur les finalités à organiser

764. Un accord sur les finalités à organiser de façon assumée. L'emploi du raisonnement téléologique pour déterminer l'avenir du droit de la propriété intellectuelle a pour intérêt de structurer le processus de choix des finalités à organiser de manière assumée. Penser ce système juridique à la lumière de choix téléologique suggère d'identifier précisément et clairement sa ou ses finalités faisant office de lignes directrices. La réflexion permet aussi et surtout de veiller à leur organisation, afin qu'il en ressorte cohérence et équilibre au stade de leur mise en œuvre. Le raisonnement téléologique doit en effet aboutir à la conciliation de finalités potentiellement concurrentes.

765. Un accord assumé sur les lignes directrices du système de l'intervention en matière juridique. Le choix de la finalité d'un système juridique renvoie à un accord sur ses lignes directrices, les réalités appréhendées et le régime juridique applicable. Pour que les dispositifs juridiques soient adaptés à leurs fins, il est en effet nécessaire que leurs auteurs aient conscience de l'objectif poursuivi, selon une démarche téléologique¹⁶²⁴. Le droit, et les droits subjectifs, répondent à des finalités : ils en sont la fonction. S'intéresser au choix de finalité du système de la propriété intellectuelle renvoie à la définition de ou des fonctions des prérogatives instituées. La fonction « en constitue la justification et la mesure »¹⁶²⁵. Finalités et fonctions doivent être choisies rationnellement et identifiables clairement. Il peut également s'avérer judicieux de la part des auteurs du choix, une fois l'accord sur la finalité de leur intervention arrêté, d'en expliquer la teneur et de communiquer à ce sujet¹⁶²⁶.

766. Les finalités conflictuelles du système à organiser pacifiquement. Il peut être attribué à la propriété intellectuelle une diversité de finalités. Parmi elles, peut être identifiée celle de protection de la rentabilité des investissements intellectuels et/ou économique consentis dans la conception d'un objet immatériel. Une telle finalité peine toutefois à trouver une place paisible

¹⁶²⁴ BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique fondamentale et appliquée*, op. cit., p. 317, n° 185 bis.

¹⁶²⁵ VIVANT (M.), « De la finalité sociale des droits de propriété intellectuelle », loc. cit., spé. p. 15, n° 28.

¹⁶²⁶ Ainsi explique-t-on que « outre sa fonction normative, la loi a une fonction de légitimation et une fonction "médiatique". En quelque sorte, "la loi explique la loi" », BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique fondamentale et appliquée*, op. cit., p. 342, n° 199. Il serait bienvenu que puissent exister dans des textes législatifs, et notamment au sein de leur exposé des motifs, des déclarations d'objectifs « répond[ant] à une volonté délibérée de montrer la finalité de certains textes et d'en orienter la compréhension » (p. 340, n° 199).

au sein des autres. La situation est susceptible de faire apparaître des conflits. Or, la mobilisation du raisonnement téléologique doit être employée pour organiser ces finalités dans le sens de la conciliation. La situation pourrait certainement trouver un apaisement dans l'exercice d'un choix pour attribuer une place à la finalité de protection de l'investissement. Puisqu'il est relevé que l'investissement se trouve « sur le devant de la scène » en matière de propriété intellectuelle¹⁶²⁷, il est sûrement temps de l'assumer, en faisant de la protection juridique de celui-ci, la finalité officielle et assumée de celle-là.

767. Un accord sur le besoin et le moyen de conciliation des finalités. Pour autant, cette hypothèse n'exclut pas qu'il faille conduire une réflexion sérieuse et plus large sur la nécessité et les moyens de concilier la multiplicité de finalités, au-delà de celle de protection de l'investissement. Il est souhaitable de réfléchir à la conciliation et l'organisation de l'ensemble des finalités poursuivies par le dispositif juridique de la propriété intellectuelle. À cet effet, devrait être choisie une finalité suffisamment supérieure pour être susceptible de permettre la conciliation avec les autres. Il faut donc s'accorder sur l'identité que pourrait recouvrir cette finalité globale, à promouvoir, et sur la base de laquelle construire de façon assumée le système. Nous plaçons dans le sens de la reconnaissance de la finalité globale de protection de l'investissement dans le champ de la création immatérielle. Elle est en effet susceptible de recouvrir elle-même d'autres objectifs sociaux, culturels et économiques.

768. Proposition sommaire. Derrière la finalité globale de protection des investissements, il serait possible d'en identifier une division par degrés. Peut-être pourrait-on s'accorder sur les finalités de la propriété intellectuelle et leur organisation, en déterminant deux degrés de finalités que ce système viserait à poursuivre. Ils tiendraient, d'une part, à une finalité « immédiate » ou « efficiente », et d'autre part, à une finalité « médiate » entendue au sens strict. Cette division, appliquée à l'idée de sécurisation des investissements immatériels et selon une perspective incitative, renverrait, pour le premier degré invoqué, à la recherche d'un environnement juridique favorable à la protection de l'investissement. Le second degré de la division pourrait renvoyer, quant à lui, à la poursuite de l'intérêt général. La protection de l'investissement par le droit positif peut ainsi être analysée comme la cause efficiente des droits de propriété intellectuelle, laquelle constitue un mécanisme incitateur. L'intérêt général, lié à la production de résultats d'investissements, et à sa jouissance par le public et la société, peut être envisagé comme la cause finale de ces droits. Autrement dit, les moyens mis en œuvre pour satisfaire la cause efficiente sont, eux-mêmes, un moyen de satisfaire la cause finale. La finalité

¹⁶²⁷ GAUDRAT (Ph.) et VIVANT (M.), « Marchandisation », *loc. cit.*, spé. p. 40 et s.

immédiate doit être assurée et atteinte, pour que la finalité médiate puisse l'être à son tour. Dans ce cadre, l'attribution d'une finalité de protection de l'investissement au droit de la propriété intellectuelle n'est pas une fin en elle-même, mais seulement un moyen en vue d'atteindre une fin plus sociale, contribuant à la légitimité. En ce sens, le résultat d'un accord sur l'organisation des finalités pourrait prendre la forme d'une hiérarchie, procédant de choix dictés par la poursuite de l'intérêt général.

b. La redéfinition des fondements adéquats

769. Définir les fondements adaptés aux finalités envisagées. L'application de l'outil téléologique permet également de définir les fondements juridiques adéquats servant à la construction du régime juridique, en fonction de la ou des finalités préalablement identifiées par un choix. Il s'agit alors d'évoquer la recherche des sources matérielles du système juridique constituant le soubassement de l'édifice. Il peut être considéré que le fondement tire lui-même sa source de la fonction qu'il a pour tâche d'accomplir. Cependant, le fondement du système dépend également de la conception de ces sources. L'ambivalence des fondements prêtés en l'état du droit à la propriété intellectuelle rend difficile l'identification de son sens et de sa raison véritable. En effet, il est prêté à ce système tantôt des fondements positivistes et utilitaristes, tantôt des fondements idéalistes, de type naturaliste et personnaliste. Ceux-ci se trouvent parfois en conflit pour exprimer ce qu'il est, ou ce qu'il devrait être. De plus, ces fondements peuvent s'avérer en décalage avec les différentes finalités prêtées à l'institution du droit de la propriété intellectuelle, de même qu'avec les réalités évolutives auxquelles elle s'applique¹⁶²⁸. Si la finalité de l'intervention juridique doit être politiquement choisie, il convient également d'identifier parmi les fondements du droit, lequel est le plus apte à assurer la protection de l'investissement par la propriété intellectuelle. Il en va de la légitimité du système, recouvrant des vertus de cohérence et d'équilibre.

770. Le risque de la reconsidération souhaitable des fondements applicables. Dans ce cadre, il ne s'agit pas tant de souhaiter le choix radical d'un seul des fondements mentionnés. Au contraire, avec prudence et lucidité, il s'agit plutôt de souhaiter l'adoption d'un ou de fondements aptes à supporter le système, et à lui permettre de réaliser sa finalité en cohérence et en équilibre. Aussi, le choix de fondements, pouvant ne pas être habituellement ni

¹⁶²⁸ MONELLI (Y.), *op. cit.*, p. 383.

traditionnellement utilisés en matière de propriété intellectuelle, quoique potentiellement plus adaptés à la protection de l'investissement, pourrait bien attirer le risque de critiques¹⁶²⁹.

771. L'hypothèse de combinaison des fondements adéquats. Dans l'exercice de redéfinition des fondements en adéquation avec la finalité de protection de l'investissement, nous estimons qu'il ne convient pas d'exclure radicalement, ni d'adopter complètement, un ou plusieurs des fondements déjà mentionnés. Au contraire, il convient de les mobiliser de manière combinée le cas échéant, en profitant de ce que chacun a de plus vertueux¹⁶³⁰. De façon idoine, il s'agirait de croiser les fondements, pour former celui qui sera adapté à l'environnement à traiter, par des règles juridiques construites à cet effet et selon un choix préalable. L'intervention juridique ne se fonde en effet pas seulement sur des ressorts idéalistes, ou positivistes, ou utilitaristes¹⁶³¹. Elle puise et se construit sur ces différentes sources.

772. Proposition à nuancée. Pour attribuer des fondements adéquats à la construction d'un système protecteur de l'investisseur, nous songeons particulièrement à l'alliance des conceptions positiviste et utilitariste du droit, assortie d'une prise en compte des valeurs sociales à poursuivre. La construction d'un dispositif juridique destiné à la protection des retombées d'une opération économique suggère ainsi, en conséquence, la relative marginalisation des fondements naturaliste et personnaliste. Ceux-ci devraient, pour le moins, être cantonnés à l'organisation des règles juridiques applicables aux schémas de création ne faisant pas intervenir d'opérations d'investissement économique et financier.

B. L'appréhension juridique de la réalité à traiter par des choix

773. Un choix de finalité appliqué à l'organisation des données du réel. Le recours à l'outil téléologique dans la détermination d'une politique juridique n'a d'intérêt que s'il est mis en œuvre sur la base d'une réalité particulière à appréhender et traiter¹⁶³². Dans le but d'appréhender la réalité et de l'organiser juridiquement, il convient de collecter et de trier ses données pertinentes (1). Ces actions pourront aboutir à l'hypothèse de hiérarchisation des intérêts à organiser en fonction de la finalité choisie (2).

¹⁶²⁹ L'engagement d'une telle réflexion est en effet susceptible de remettre en cause le statut des « idées reçues » et des positions dogmatiques fortes. Cf. not. VIVANT (M.), « Pour une épure de la propriété intellectuelle », *loc. cit.*, p. 417, n° 3.

¹⁶³⁰ GAUTIER (P.-Y.), « Vers le déclin de la propriété intellectuelle », *loc. cit.*, spé. p. 15, sur les vertus du positivisme.

¹⁶³¹ BUYDENS (M.), *La propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 293.

¹⁶³² BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique fondamentale et appliquée*, *op. cit.*, p. 308, n° 180.

1) La collecte et le tri des données

774. Le passage du « fait » au « droit ». L'ordre juridique ne résulte pas de sa simple adaptation aux faits. Si son processus d'élaboration est bien plus subtil, il n'en demeure pas moins qu'il doit être étroitement lié à la réalité factuelle qu'il doit appréhender et traiter. Pour aboutir à la détermination et la mise en œuvre d'une politique juridique en matière de protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle, les données de la réalité doivent être identifiées et organisées. La présentation de l'intérêt et des moyens de la collecte des données **(a)** doit être complétée par l'examen de leur tri méthodique **(b)**.

a. L'intérêt et les moyens de la collecte

775. L'enjeu de la collecte des données. Si le droit régit le fait, c'est qu'il tient son existence de l'intérêt porté aux réalités qui l'inspire et en constitue la base. Il se construit à partir de l'appréhension de données factuelles, dont les plus pertinentes sont sélectionnées pour intégrer le raisonnement juridique, par le biais des processus de conceptualisation. L'appui sur les situations des faits aboutit ainsi à la qualification, à la catégorisation juridique et à la création ainsi que la mise en œuvre d'un régime juridique. La collecte des faits nous intéressant est donc déterminante pour aborder le choix d'une protection des investissements par le droit de la propriété intellectuelle. Elle laisse place à leur analyse dans le but d'une sélection permettant la construction des règles les régissant. Le recensement et l'analyse des données extra-juridiques entourant notre sujet d'étude permet de sourcer et fonder l'opportunité d'une évolution de la législation s'y appliquant¹⁶³³. L'enjeu de l'intérêt porté à la réalité à appréhender juridiquement n'est pas de faire en sorte que le droit s'y adapte aveuglement¹⁶³⁴. Il réside dans son analyse, afin de déterminer les fins du système qui l'appréhendera et la traitera, puis les moyens d'y parvenir en termes de technique juridique. La réalisation de choix politiques, dans l'organisation sociale qui transparaîtra dans la consistance des règles juridiques, est un processus arbitraire résultant de l'application de méthode et d'outils. Le choix est un phénomène conscient qui doit être transparent. La méthode à mettre en œuvre, mobilisant des outils, passe aussi et surtout par l'appréhension d'une situation factuelle qu'il s'agit de réguler juridiquement. Pour déterminer par des décisions politiques comment doivent s'organiser la

¹⁶³³ À ce titre, ce sont en particulier des données de nature économique qui doivent être prises en compte. Cf. not. LAPOUSTERLE (J.), « Le droit d'auteur, droit économique », *loc. cit.*, p. 53 et s.

¹⁶³⁴ Cf. not. ATIAS (Ch.) et LINOTTE (D.), *loc. cit.* ; ATIAS (Ch.), *Devenir juriste, op. cit.*, p. 89, n° 168.

réalisation matérielle des attentes des justiciables, il s'agit de s'efforcer à la collecte de ces données sociales, puis à leur tri. Le jugement social et politique de valeur entre alors en jeu¹⁶³⁵.

776. Le processus de collecte et d'identification des données. Le recensement des données intéressant le sujet doit faire, de la part des autorités destinées à élaborer les politiques juridiques, l'objet d'une fine et fidèle étude. Dans cette tâche, le législateur sait se faire aider d'autres entités et acteurs comptants et concernés, faisant remonter les informations pertinentes qui traduisent la réalité¹⁶³⁶. L'examen des faits intéressant notre problématique a pu nous conduire à mettre en avant l'utilité d'une protection des investisseurs, spécialement économiques, par le droit de la propriété intellectuelle. Selon les aspects sociaux et économiques de ces faits, nous sommes parvenue à la conclusion selon laquelle une telle protection est souhaitable, quoique demeureront toujours des positions contestataires à ce sujet. Les données factuelles recensées sur le sujet renvoient aux réalités d'investissements intellectuels et économiques dans la conception d'objets immatériels. Elles indiquent tout à la fois une aspiration des investisseurs à une sécurisation juridique de leurs opérations, ainsi qu'à un désir des tiers d'accéder librement aux résultats de ces opérations. Les données indiquent également un besoin de ces activités devant parvenir à la garantie de l'intérêt général, dans une perspective d'incitation. Ces données et intérêts variables pouvant avoir des positions contradictoires et conflictuelles, l'intérêt de l'intervention juridique réside dans leur organisation cohérente et équilibrée, finalisée et choisie, à l'appui de choix politiques. À ce titre, les données pertinentes font l'objet de processus de sélection et de conceptualisation juridique¹⁶³⁷.

b. Le tri méthodique des données pertinentes

777. Un tri politique outillé par le raisonnement téléologique. Toutes les données collectées ne sont pas destinées à retenir l'attention. Après analyse, seules les plus pertinentes sont conservées. Celles-ci seront susceptibles d'orienter le champ, la consistance et la portée de l'intervention politique en matière juridique. Une telle analyse constitue la manifestation de la mise en œuvre de l'outil téléologique, ayant pour objectif la sélection et l'organisation des fins du droit. L'étape du tri et de la sélection des données pertinentes participe à la fois de la recherche de détermination d'une finalité de l'intervention politico-juridique, mais aussi de

¹⁶³⁵ ATIAS (Ch.), *Devenir juriste*, op. cit., p. 88, n° 167 ; BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique fondamentale et appliquée*, op. cit., p. 308, n° 180.

¹⁶³⁶ BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique fondamentale et appliquée*, op. cit., p. 311, sur l'opportunité du recours aux études sociologiques, et p. 312 sur les méthodes d'investigations extra-juridiques.

¹⁶³⁷ BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 186, n° 141.

celle de l'objet auquel s'applique l'outil téléologique. L'application de ce dernier coïncide avec la sélection des données factuelles pertinentes¹⁶³⁸, parmi lesquelles figurent des situations et intérêts à protéger. Les données sélectionnées conduisent à construire des catégories juridiques, des qualifications, et des régimes, en vue de remplir les objectifs choisis. Elles font à ce titre l'objet d'une hiérarchisation. Au travers d'un processus de tri organisé par le législateur en fonction des choix de but de son action, certaines données pourront être appréhendées selon leur nature et leur fonction directive ou corrective¹⁶³⁹. La collecte et le tri des données pertinentes interviennent dans la phase d'avant dire droit, qui doit nécessairement laisser place, tôt ou tard, à l'étape du dire droit. Cette dernière est au cœur de la mise en œuvre du choix de finalité. De ce choix de politique finalisée doit découler une organisation des intérêts en jeu à satisfaire selon un ordre hiérarchique.

2) *La hiérarchisation des intérêts*

778. L'aboutissement du tri des données collectées : la hiérarchisation des intérêts, appuyée sur une finalité choisie. L'enjeu ultime d'exercice de choix politique à l'appui de l'outil téléologique réside dans une organisation hiérarchique des intérêts conflictuels devant aboutir à la satisfaction de l'intérêt général¹⁶⁴⁰. Le processus de collecte, puis de tri, des données pertinentes conduit à suggérer la priorisation de l'intérêt de l'investisseur jugé le plus légitime (a), et l'aménagement des intérêts alternatifs jugés secondaires (b).

a. La priorisation de l'intérêt de l'investisseur jugé le plus légitime

779. Le processus de priorisation. Le choix d'une finalité à attribuer au système juridique de la propriété intellectuelle permet de contribuer au classement des données de la réalité collectées, en leur attribuant un statut directif, ou correctif. Le classement doit aboutir à une organisation conciliatrice des intérêts en jeu. L'organisation présente les traits d'un processus de hiérarchisation fondé sur un mécanisme de pesée des intérêts. La hiérarchisation implique de définir des rangs d'importance qui seront attribués aux intérêts à départager¹⁶⁴¹. L'intérêt à

¹⁶³⁸ Sur la sélection, ATIAS (Ch.), *Devenir juriste, op. cit.*, p. 90, n° 171 : « La distinction du fait et du droit suppose une sélection. Certains faits sont traités différemment des autres. C'est l'une des significations des règles de droit que de classer, de qualifier les faits ».

¹⁶³⁹ ATIAS (Ch.) et LINOTTE (D.), *loc. cit.*, spé. p. 255-256.

¹⁶⁴⁰ Sur l'arbitrage en faveur de certains intérêts particuliers au sein d'une hiérarchisation justifiée par la recherche de l'intérêt général, RANGEON (F.), *op. cit.*, p. 23.

¹⁶⁴¹ LESUEUR (J.), *op. cit.*, p. 280, n° 456, sur les « choix législatifs » à opérer au travers d'une « hiérarchie par la prééminence des droits subjectifs primaires ».

satisfaire de manière prioritaire se verra attribuer un rang supérieur et bénéficiera de règles juridiques de valeur et de portée adéquate. Les autres intérêts à traiter, se voyant attribuer un rang inférieur, jouiront de moyens juridiques de défense de valeur et de portée correspondants. L'attribution respective des rangs n'est pas fortuite, mais arbitraire. Elle correspond au meilleur moyen d'atteindre la finalité choisie dans le cadre de la mise en œuvre d'une politique juridique. La satisfaction simultanée des intérêts par l'attribution de rang de considérations identiques n'est pas tenable. Il est nécessaire de faire des choix pour déterminer quel intérêt doit et peut être satisfait de façon immédiate, puis pour déterminer des correctifs et des limites.

780. La réception du processus de priorisation. Il convient de faire en sorte que le processus soit accepté. Il est alors des réflexions à mener sur la légitimité du sens du choix qui sera effectué. La légitimité du choix trouverait une assise sur la prise en compte d'un intérêt général justifiant et dirigeant le processus de hiérarchie dans le traitement des intérêts conflictuels. L'équilibre à assurer au sein de la hiérarchisation doit être recherché au regard de l'intérêt général. S'il est atteint, celui-ci est susceptible de fédérer et satisfaire les autres intérêts en conflits, au-delà de la satisfaction de l'intérêt prioritaire. Dans une perspective de socialisation du droit, le statut prioritaire conféré à un intérêt doit permettre de contribuer à la réalisation de la finalité choisie, dont le droit n'est que l'instrument.

781. Fondement et justification de la priorisation de l'intérêt de l'investisseur jugé le plus légitime. Dans le champ des investissements immatériels, au sein duquel des intérêts divergents combattent, l'intérêt de l'investisseur nous apparaît le plus légitime à être satisfait prioritairement. Une telle proposition peut se fonder sur la recherche d'atteinte de valeurs sociales. Ainsi, la conception distributive de la justice en référence au mérite appliquée à la protection de l'investissement peut justifier cette priorisation. La proposition n'exclut pas l'application d'une justice corrective *a posteriori*, afin de traiter les autres intérêts en jeu. Aussi, elle nous semble socialement la plus utile. La protection prioritaire de l'intérêt de l'investisseur peut se justifier dans une perspective d'intérêt général. Elle doit être conditionnée pour être équilibrée, et donc pour être acceptée. À terme, elle se révélerait bénéfique pour tous.

782. Application de la priorisation de l'intérêt de l'investisseur. La priorisation de l'intérêt de l'investisseur doit se manifester à la fois dans son aspect objectif et dans son aspect subjectif. Dans le champ des activités d'investissements créatifs, l'intérêt de l'investisseur, dont la réalisation conditionne l'incitation à mener de telles activités, est confronté à différents types d'intérêts. Par commodité, nous avons réduit ces intérêts à deux catégories essentielles : l'intérêt de l'investisseur économique à la création est possiblement confronté, d'une part, à celui du public entendu largement, et d'autre part, à celui de l'investisseur intellectuel, sous la

figure de l'auteur. Dans chacune des hypothèses conflictuelles, nous pensons que la satisfaction de l'intérêt de l'investisseur doit être priorisée de manière directe. C'est en toute logique, à ce raisonnement que conduit le choix d'attribution d'une finalité de protection des investissements créatifs au système juridique de la propriété intellectuelle.

b. L'aménagement des intérêts alternatifs jugés secondaires

783. Le processus d'aménagement des intérêts des tiers à l'investisseur. Le souci d'atteinte de la valeur supérieure d'intérêt général ne peut tout à fait se contenter d'un traitement prioritaire et de préférence de l'intérêt jugé le plus légitime à être satisfait dans l'immédiat. La garantie de l'intérêt général doit aussi pouvoir compter sur l'attribution d'un rang pour les autres données et intérêts qui, s'il est inférieur, ne suggère pas moins la mise en place de mesures correctives. Ces dernières se fondent à leur tour sur les valeurs sociales réalisées au travers de la réaction juridique. À ce titre peut intervenir la conception de la justice corrective appliquée de façon *a posteriori*. Celle-ci est en effet susceptible de rétablir une dose d'équité, en rééquilibrant la balance. Il s'agit alors de conférer aux intérêts alternatifs jugés secondaires des moyens de protection et de défense. Le souci d'équilibre dans la protection des investissements immatériels par le droit de la propriété intellectuelle commanderait, en effet, d'aménager une place à la satisfaction des intérêts alternatifs à celui de l'investisseur économique. En définitive, la mise en place d'une hiérarchie, appuyée sur le recours initial à l'outil téléologique, est un moyen d'atteindre une fin choisie. Elle implique cependant de ne pas négliger de façon absolue des données et intérêts positionnés selon un rang inférieur. Elle nécessite, au contraire, de prioriser les intérêts jugés socialement les plus impérieux et légitimes, tout en différent dans le temps ou par d'autres voies, la satisfaction des intérêts alternatifs jugés plus secondaires.

Conclusion du Chapitre 1

784. Le présent chapitre visait à démontrer en quoi et comment il est nécessaire d'exercer un choix de protection en faveur ou en défaveur de la protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle. Une réflexion sur l'avenir de la protection à repenser impliquait, en effet, d'identifier les tenants et aboutissants d'une direction claire et franche en la matière. À cet effet, ont pu être présentés les motifs de l'exercice nécessaire d'un choix, ainsi que son processus. Il s'est avéré que l'état mitigé de la protection en droit positif, ainsi que l'existence d'arguments contestant et justifiant cette dernière, commandaient l'exercice d'un choix politique. L'enjeu est d'assurer un avenir de la protection qui soit légitime. Dans ce cadre, le choix à opérer pourrait permettre de dépasser les difficultés.

785. L'étude des motifs du besoin d'exercice d'un choix a révélé que l'absence d'une décision ferme en matière de protection de l'investissement, par ce système juridique, tendait à provoquer des vices. Ceux-ci renvoient à des incohérences au sein du système, ainsi qu'à des déséquilibres entre les intérêts et dans leur traitement juridique. Les raisons de l'absence préjudiciable de choix ont également pu être sondées. La recherche nous a indiqué que les instances en charge de mener une politique juridique n'assurent pas de réflexion suffisamment globale sur le sujet en tant que tel. Par ailleurs, il est apparu qu'un choix en la matière était souhaitable, dès lors qu'il serait gage de vertus, et de nature à neutraliser les vices. En effet, un choix tendrait à garantir la cohérence et l'équilibre du système, assurant des enjeux de sécurité, de justice et d'utilité, et donc, la légitimité de la protection.

786. Il s'agissait ensuite de s'inscrire dans une démarche processuelle, pour examiner de quelle manière le choix de politique juridique devrait s'opérer. La décision politique en faveur ou en défaveur de la protection est un processus suivant des modalités particulières, ainsi qu'une méthode outillée. L'enjeu est d'identifier la rationalité de l'intervention. Le choix à exercer est intimement lié à la mise en œuvre de processus législatifs. Il doit être issu d'une véritable volonté des autorités en ayant la compétence. L'exercice renvoie également à la mobilisation du raisonnement téléologique en vue de déterminer quelle sera la finalité de l'intervention politique en matière juridique. L'outil téléologique a vocation à être appliqué à la situation factuelle à régir. L'intérêt de cette application réside dans l'élaboration d'une réflexion sur le sens et la consistance de l'intervention envisagée. Une fois la finalité de l'intervention choisie, et que nous envisageons devoir être favorable à la protection effective de l'investissement, la démarche doit laisser place à celle d'une traduction juridique des conséquences dudit choix.

Chapitre 2 – La traduction juridique du choix de protection

787. L’aboutissement d’un exercice de politique juridique. À la recherche des fins à satisfaire, doit succéder celle des moyens à mettre en œuvre¹⁶⁴². L’objet du chapitre est ainsi d’examiner les moyens de la technique juridique pouvant être mobilisés pour repenser la protection de l’investissement par la propriété intellectuelle dans une démarche prospective¹⁶⁴³. Traduisant un choix de politique juridique, les propositions qui seront formulées s’inscrivent dans l’hypothèse d’un choix en faveur de la protection des investissements immatériels au sein du système juridique de la propriété intellectuelle. Le choix se traduira, en termes de technique juridique, par la recherche de physionomie prospective d’une protection rationnelle et conditionnée, garante de sa légitimité.

788. L’étude des voies d’une protection prospective en termes de technique juridique. L’objectif de fond de la recherche commande d’identifier le moyen de satisfaire, de manière équilibrée et cohérente, une diversité d’intérêts mêlés aux processus d’investissements immatériels. L’enjeu est en effet de protéger l’investisseur économique, sans spolier le créateur intellectuel, et au bénéfice du public. Pour résoudre l’équation, il s’agira de rechercher les pistes d’une meilleure législation assumée dans le sens de la protection et de la promotion de l’investissement par le système juridique de la propriété intellectuelle. Une telle recherche s’appuie sur des ressorts scientifiques et méthodologiques. Ainsi, tant les aspects substantiels que formels de la protection prospective reposent sur un exercice de recatégorisation juridique des réalités, dirigée par les finalités à poursuivre, en fonction des moyens juridiques disponibles¹⁶⁴⁴.

789. Plan. La traduction juridique du choix politique de protection prospective de l’investissement peut être exposée à la fois sous l’angle de son contenu, et sous celui de son contenant. Il s’agira d’envisager les aspects substantiels de la protection (**Section 1**), ainsi que ses aspects formels (**Section 2**).

¹⁶⁴² BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique fondamentale et appliquée*, op. cit., p. 22, n° 15 ; DOM (J.-Ph.), loc. cit., spé. p. 20 et s.

¹⁶⁴³ BARRAUD (B.), *La prospective juridique*, Coll. Logiques juridiques, Paris : L’Harmattan, 2019, p. 10.

¹⁶⁴⁴ L’exercice consistera dans la mise en ordre du dispositif de protection déjà existant en droit positif. Le dispositif pourra par ailleurs être complété, modifié ou amputé de certaines mesures. *A minima*, il s’agira, tout en ne remettant pas fondamentalement en cause le système tel qu’il est, de proposer une nouvelle clé de lecture des réalités et de leur appréhension et traitement juridique. Plus *audacieusement*, il pourrait s’agir de poser les bases d’un droit prospectif, non plus de la propriété intellectuelle, mais des investissements immatériels, qui pourrait ensuite être davantage pensé et éprouvé, en termes de technique juridique.

Section 1 - Les aspects substantiels de la protection

790. Repenser l'équilibre et la cohérence des protections objective et subjective. L'étude des aspects substantiels de la protection prospective renvoie à l'analyse de ce qui constituera, sur le fond, son régime¹⁶⁴⁵. Ce dernier sera accueilli dans un système juridique dédié à l'atteinte de la finalité préalablement choisie. La construction des aspects substantiels de la protection a pour tâche de répondre aux problèmes posés par deux sortes de conflits qu'emportent les processus d'investissements immatériels entre les intérêts des différents acteurs concernés. Les problèmes se manifestent dans le cadre des approches *objective* et *subjective* de l'investissement et de leurs traductions juridiques. Les deux types de conflits sont liés. Ils renvoient, d'une part, à la situation de conflit entre intérêts des investisseurs et du public, au stade de *l'existence* de la réservation d'un objet résultat d'investissement(s). D'autre part, ils renvoient à la situation de conflit entre intérêts des investisseurs intellectuel et économique, au stade de *l'exercice* du droit de réservation sur un résultat d'investissements combinés. Le traitement juridique de ces intérêts conflictuels doit s'opérer en équilibre et en cohérence, à l'appui du choix de finalité attribué au système juridique, assorti d'un exercice de recatégorisation juridique des réalités.

791. Recatégoriser juridiquement les réalités. La démarche s'inscrit dans une recherche de schéma d'un système juridique voué à la protection de l'investissement, sous l'aspect d'une théorie générale du droit des investissements immatériels. La reconstruction de la protection en équilibre et en cohérence doit reposer sur un exercice méthodique. Les réalités d'investissements immatériels, variées et évolutives, doivent servir de base à l'actualisation des catégories juridiques existantes. La variété des schémas d'investissement immatériel invite de façon liminaire à mettre en place une typologie des phénomènes, conduisant à des qualifications juridiques idoines, en vue de la conception et de l'application de régimes juridiques adaptés. L'exercice de catégorisation permet en effet de simplifier l'appréhension unitaire des réalités diverses, en leur attribuant une place et un régime dans l'ordonnement juridique¹⁶⁴⁶.

¹⁶⁴⁵ La recherche des voies d'une protection prospective de l'investissement justifie que soient d'abord étudiés les aspects substantiels, avant d'en venir, logiquement, à l'examen des aspects formels qui contiendront cette protection de façon officielle et dans sa forme.

¹⁶⁴⁶ Le droit de réservation protecteur de l'intérêt de l'investisseur serait ainsi potentiellement applicable à différentes sortes d'objets immatériels issus d'opérations d'investissement(s). Les réalités variables appréhendées, présentant néanmoins des dynamiques communes, renverront d'abord globalement à un concept et une catégorie générique de « résultats d'investissement(s) » réservables. L'exercice de catégorisation des réalités nous conduira ensuite et plus précisément à retenir trois types de catégories de résultats d'investissements assortis de régimes adaptés, et au sein desquels pourront être traités les conflits dits externe et interne. À l'appui de l'abstraction et de la fiction, nous concevons les prérogatives de réservation dans le cadre d'un droit unique. Celui-ci serait déclinable à la carte, et applicable à tout type de résultats d'investissements, en fonction de ses généralités et particularités. Les hypothèses formulées à titre de propositions reposeront, parfois, sur des mécanismes déjà existants, qu'il s'agira de conserver et/ou d'aménager. Des hypothèses pourront également reposer sur une appréhension et une

792. Plan. La protection prospective de l'investissement sera d'une part exposée dans son aspect objectif (I), et d'autre part dans aspect subjectif (II).

I. L'aspect objectif de la protection

793. La résolution du conflit externe entre intérêts des investisseurs et du public. Pour assurer en équilibre et cohérence le traitement des conflits entre intérêts concernés, il s'agit de veiller à l'institution conditionnée d'un droit de réservation sur le résultat d'investissement. Le droit en question doit ainsi être limité dans son existence (A). Le régime de sa mise en œuvre doit à son tour être limité dans son exercice (B).

A. L'institution du droit de réservation limité dans son existence

794. Les conditions d'existence du droit de réservation d'un résultat d'investissement. La recherche d'institution du droit subjectif de réservation invite, d'abord, à identifier sa source, son objet et son titulaire¹⁶⁴⁷(1). Puis, il convient de déterminer sa nature, sa portée et sa composition (2).

1) Identifier la source, l'objet et le titulaire du droit de réservation

795. Éléments de base du droit subjectif de réservation du résultat d'investissement(s). L'institution d'un droit de réservation privatif sur le résultat d'investissement commande d'évoquer, d'abord, sa source ainsi que son fait générateur (a). Il convient, ensuite, de déterminer précisément l'objet du droit. La réservation de cet objet doit répondre à certaines conditions en lien avec sa nature et sa source (b). Enfin, il s'agit d'identifier logiquement la personne titulaire du droit (c).

a. La source et le fait générateur du droit

796. La source législative du droit subjectif de réservation d'un résultat d'investissement. L'institution d'un droit subjectif ressort de la compétence législative. La réservation privative d'un objet immatériel, à titre d'exception au principe de liberté en la

traduction juridique nettement plus audacieuses et controversées des réalités des schémas d'investissements.

¹⁶⁴⁷ À l'exclusion du régime de réservation et de valorisation d'un résultat d'investissements combinés en tant que tel, qui fera l'objet de développements ultérieurs dédiés à la spécificité de l'opération d'investissements de nature différentes, mais combinés, pour aboutir à un même objet : le résultat d'investissements. Cf. *infra*, n° 853.

matière, doit en effet être assumé sur le fondement de la loi, et ce de manière spéciale. Nous privilégions donc un fondement alternatif de celui de la propriété du Code civil, quoique le modèle soit à adopter, puis à adapter. La spécificité du modèle tient au pouvoir de maîtrise conféré au titulaire du droit sur un objet. L'existence effective du droit de réservation conduit à envisager plus spécialement les modalités de son déploiement, au travers de l'étude de son fait générateur.

797. Le fait générateur du droit de réservation. Si la source du droit subjectif de réservation trouve sa place dans une disposition législative spéciale, encore faut-il déterminer concrètement de quelle façon le droit pourra naître sur un résultat d'investissement, afin que son titulaire puisse s'en prévaloir. Différentes hypothèses sont possibles, telles qu'on les retrouve aujourd'hui en matière de droits de propriété intellectuelle. Le droit peut naître d'un fait de création ou d'une autre nature¹⁶⁴⁸, et aussi d'un acte de volonté. Ces modalités sont constitutives du droit. Le premier mode est celui mobilisé dans le champ aujourd'hui de la propriété littéraire et artistique, tandis que le second est utilisé dans celui de la propriété industrielle. Ainsi, le droit d'auteur, le droit de l'artiste-interprète et les différents droits voisins des producteurs culturels naissent d'un simple fait de création, d'interprétation personnelle, de prise de risque, ou même d'un fait d'investissement de différentes natures en vue de la réunion et de la présentation de données. Les droits de brevet, de dessins et modèles, de marque et autres protections périphériques naissent d'un acte de volonté. Celui-ci consiste dans la démarche d'une personne auprès d'une autorité administrative, manifestant sa volonté d'obtenir la délivrance d'un titre de propriété sur un objet. Cette procédure est soumise à des conditions particulières qui doivent respectées, en plus de la réunion des conditions de fond de la protection. En termes d'avantages et d'inconvénients, les enjeux de ces deux modes essentiels de naissance des droits de propriété intellectuelle, sur des objets immatériels de nature plus ou moins créative, sont stratégiques. Ils se manifestent notamment sur le terrain probatoire, et sur celui de l'assurance et de l'effectivité de l'existence du droit¹⁶⁴⁹.

¹⁶⁴⁸ Par exemple, éventuellement un fait d'apport dans un objet en vue d'obtenir en retour un profit ; CARON (Ch.), *op. cit.*, p. 102, n° 114 et s. ; LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *op. cit.*, p. 63, n° 43 et s.

¹⁶⁴⁹ Le fait générateur du droit en matière de propriété littéraire et artistique n'implique pas de procédure ni de coût particulier, le fait à l'origine de l'objet immatériel suffisant. En matière de propriété industrielle, la démarche d'une demande de dépôt en vue de l'obtention d'un titre semble présenter davantage de sécurité, dès lors que le titre, une fois délivré, jouit d'une existence plutôt certaine, et garantit de manière générale sa publicité. En revanche, en matière de propriété littéraire et artistique, la naissance du droit dépendant du seul exercice d'un fait complique la preuve de son existence et de l'antériorité. En matière de propriété industrielle, les mesures procédurales et de publicité pourraient paraître à certains égards inconfortables pour la satisfaction de l'intérêt du titulaire du titre.

798. Le choix du fait générateur du droit. Au regard de ces différents modes de naissance du droit actuel, de leurs avantages et inconvénients, lequel choisir pour le droit sur un résultat d'investissement(s) ? Les deux hypothèses sont envisageables. La situation implique l'exercice d'un choix de technique juridique. Le choix du mode, s'il est nécessaire et même indispensable, n'en est pas moins relatif par rapport à l'importance de la nécessité d'identifier les conditions de fond de la protection d'un résultat d'investissement(s). Ces deux éléments se trouvent par ailleurs liés. L'hypothèse de la naissance du droit sans soumission à une procédure, à un coût, ni à des formalités, est séduisante et attractive. Au demeurant, s'il convenait d'opter pour l'option de la naissance du droit en rapport avec le simple exercice d'un fait juridique, il conviendrait que le fait générateur soit en relation étroite, logique et cohérente, avec l'objet et les conditions de la réservation envisagés. L'absence de condition de formalités impliquerait de se concentrer, en effet, davantage sur les conditions de fond de la réservation. Quand bien même la considération seule d'un fait à titre de constitution du droit est intéressante, l'adoption du mode de l'acte de volonté pourrait à son tour présenter des avantages, à la fois pour le titulaire du droit, ainsi que pour les tiers, utilisateurs et concurrents.

799. Proposition. À la question de savoir s'il faut s'en remettre à une procédure de demande de protection à titre constitutif du droit, ou au contraire au simple exercice d'un fait d'investissement, la réponse que nous privilégions tient à cette dernière option. Dès lors, ce fait constitutif du droit, s'agissant de la reconnaissance d'une réservation de nature privative sur le résultat d'investissement(s), pourrait renvoyer à *un fait d'apport d'une valeur dans la conception d'un objet considéré dans son immatérialité. L'apport de la valeur serait de nature intellectuelle et/ou économique, et exercé en vue de la perception d'un retour sur investissement, lequel est incertain. L'opération révèle donc une démarche de prise de risque d'investissement, autrement dit, de risque de non-retour sur investissement, c'est-à-dire de perte de la valeur initialement apportée. Pour être réservé, le résultat d'investissement devra présenter un caractère de nouveauté ou plus largement, constituer une plus-value sociale.* Ce faisant, le mode de naissance du droit de réservation serait bien en lien avec le fait d'investissement, et en cohérence avec la finalité choisie du droit nous intéressant : protéger l'investissement¹⁶⁵⁰. À retenir l'hypothèse du fait générateur du droit consistant dans l'existence d'un fait d'investissement, il faudrait inviter les investisseurs aspirant à la réservation du résultat de leur opération à se ménager des preuves du fait en question. Pour être en mesure de jouir de

¹⁶⁵⁰ Ce droit, au-delà d'exercer une fonction de réservation, pourrait être vu comme un droit au retour sur investissement, ou comme un droit de rémunération d'un apport risqué.

ce droit, encore faut-il que le résultat d'investissement en constituant l'assiette réponde bien à certaines conditions.

b. L'objet du droit de réservation et la condition de protection

800. L'identification de l'objet du droit subjectif de réservation et de sa condition de protection privative. Le droit subjectif de réservation permettra la jouissance exclusive de son objet incarné par le résultat d'investissement. L'enjeu de cette réservation tient en effet à la faculté d'une utilisation exclusive de l'objet, en vue de faciliter la rentabilité de l'opération mise en œuvre. La justification du droit trouve donc sa cause dans le souci d'une valorisation paisible et favorisée du résultat d'investissement, dont il découlera un retour sur investissement au bénéfice de son auteur, l'investisseur. Au-delà de la satisfaction immédiate de l'intérêt de l'investisseur, et dans une démarche d'incitation à l'investissement, le bénéfice de cette opération pourra également à plus long terme profiter à la société en général. Dans ce but, la réservation doit être conditionnée.

801. La consistance de l'objet du droit. L'objet de la réservation qu'il convient d'identifier, constituant un résultat d'investissement(s), peut présenter différents aspects. La notion peut recouvrir des réalités faisant l'objet de qualifications juridiques variées en l'état actuel du droit de la propriété intellectuelle. Nous nous intéressons essentiellement à des résultats d'investissement(s) constituant un bien de nature immatérielle, traditionnellement nommé « création » en notre domaine. Le terme de création est en vérité apte à recouvrir de nombreuses et variables réalités. La création, en tant que résultat d'investissement, renvoie plutôt ici à un objet présentant en général un caractère de nouveauté, c'est-à-dire à un objet singulier qui n'existait pas auparavant, et ne résultant pas de copie d'un autre préexistant. Le résultat d'investissement peut alors être considéré comme ayant un caractère créatif à intensité variable. Ce faisant, nous sommes tentée de traiter du régime juridique de réservation des résultats d'investissements créatifs. Cependant, le résultat d'investissement pourrait aussi être envisagé, moins comme objet créatif au sens strict, que comme objet immatériel considéré en tant qu'apportant à la société une utilité nouvelle, un progrès, et une plus-value sociale. Ainsi pourrait-il en aller de résultats procédant de faible apport intellectuel, ou même d'apport de moyens essentiellement matériels, techniques, financiers et donc, économiques. Cependant, la protection de tout résultat d'investissement plus ou moins créatif tendrait à repousser trop loin les frontières du champ de la réservation des objets immatériels présentant un caractère de nouveauté en général. Cette réservation exclusive risquerait bien de mettre en péril les principes

de libertés. Il pourrait en découler une perte pour la société, car la logique initiale d'incitation se transformerait, devenant contreproductive. Dès lors, si l'objet de la réservation peut se présenter sous les traits génériques d'un résultat d'investissement(s) en tant que tel, encore faut-il entourer sa réservation de conditions. Ainsi, il faudrait que ce résultat d'investissement soit bel et bien issu d'un acte d'apport d'une valeur intellectuelle et/ou économique, assorti de prise de risque. Il faudrait qu'il présente une forme de nouveauté, de manière à retenir que sa conception représente une forme de plus-value, un bénéfice pour la société, et qu'il satisfasse l'intérêt public et général.

802. Identifier précisément l'objet de la réservation et ses conditions de protection au travers de l'exercice de recatégorisation selon des critères d'intégration. L'identification précise de l'objet du droit subjectif de réservation, ainsi que le choix des conditions adéquates de la protection impliquent, d'abord, de travailler à une catégorisation des réalités d'investissements et des résultats immatériels auxquels elles donnent naissance. Les catégories juridiques et les critères du droit de la propriété intellectuelle, tels qu'ils existent actuellement, doivent être remodelés. Le remodelage doit être mené au regard du fondement et de la finalité choisis en perspective de la protection de l'investissement, et cela dans un souci de cohérence et d'équilibre, qui servira de guide. Pour être légitime, la protection de l'investissement, au travers de la réservation de son résultat, doit en effet être conditionnée. Les résultats d'investissements prétendant à la réservation doivent être examinés au regard de leur nature et de leur source, pour identifier des points communs et divergences éventuels, afin d'établir une typologie désignant des catégories d'objets auxquelles seront attachés des qualifications et des régimes juridiques pertinents¹⁶⁵¹. Aussi, au sein de chaque catégorie ou sous-catégorie identifiée, pourrait être opérée une distinction entre les objets qu'elles accueillent, et les objets qui seront effectivement protégés s'ils répondent à des conditions particulières. Ainsi, un résultat d'investissement figurant dans une catégorie ne sera réservé que s'il répond aux conditions fixées. Avant même d'intégrer une catégorie ou sous-catégorie, le résultat d'investissement devra néanmoins répondre au critère de son intégration¹⁶⁵².

¹⁶⁵¹ BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique fondamentale et appliquée*, op. cit., p. 110 et s. n° 59.

¹⁶⁵² Il est d'ailleurs envisageable que la teneur des conditions de la réservation aboutissant à une protection effective coïncide avec les critères d'intégration des catégories. Ce serait alors poser l'hypothèse d'une assimilation du critère de la catégorie à celle de la condition de réservation de l'objet en question. L'hypothèse d'une absence de coïncidence entre le critère de la catégorie et la condition de réservation de l'objet présente l'intérêt d'apporter un filtre supplémentaire à la question de savoir quels résultats d'investissement(s) pourront, ou non, être protégés. En revanche, l'hypothèse d'assimilation du critère et de la condition, si elle présente l'avantage de faciliter l'identification des résultats d'investissements réservables, tendrait à conférer aux investisseurs des protections plus faciles et plus larges de leurs opérations.

803. Exposé de la démarche de (re)categorisation des réalités d'investissements et de leurs résultats, en fonction de leur nature et de leur source. Avant d'envisager strictement l'exercice d'identification des conditions de la réservation des résultats d'investissements, il convient d'abord de s'afférer au classement des différents types de résultats d'investissements dans des catégories idoines, à l'appui de critères significatifs¹⁶⁵³. De nombreux résultats d'investissements prétendent à la réservation privative par des droits exclusifs. Ils présentent différents profils, non seulement au regard de leur nature, mais aussi de leur source, quoiqu'ils partagent des traits communs. Ces derniers nous autorisent à les placer, dans un premier temps, au sein d'une catégorie générique que nous qualifions de catégorie des résultats d'investissement(s) intellectuel et/ou économiques. Leurs différences invitent, dans un second temps, à classer ces différents types d'objets dans des sous-catégories particulières, voire dans des catégories dites mixtes ou hybrides.

804. La valeur et la portée de l'exercice et des hypothèses. L'idée d'un projet de reconstruction du système juridique du droit de la propriété intellectuelle, pour le faire évoluer vers un droit des investissements immatériels, découle d'un constat. Il s'agit de celui selon lequel, au sein des différents régimes de la propriété intellectuelle, les objets et les conditions de la réservation renvoient tous, plus ou moins implicitement ou explicitement, à la considération que la réservation en question est liée au souci de protection de l'investissement. Le constat nourrit la volonté de rechercher s'il ne peut pas, là, s'agir d'une approche unitaire du champ d'étude, laquelle pourrait ou devrait être promue. En effet, les qualifications des différents objets des droits de propriété intellectuelle¹⁶⁵⁴, ainsi que leurs conditions de protection¹⁶⁵⁵, nous semblent intimement liées au processus d'investissement. L'utilité, c'est-à-dire la valeur et la portée de l'exercice de recatégorisation, peut être davantage précisée¹⁶⁵⁶. D'une part, l'exercice peut présenter un intérêt, assez restreint, en termes d'apport

¹⁶⁵³ BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique fondamentale et appliquée*, op. cit., p. 115, n° 62.

¹⁶⁵⁴ Les différentes formes et qualifications sous lesquelles sont appréhendés juridiquement les résultats d'investissements créatifs et/ou immatériels sont notamment l'œuvre de l'esprit, l'interprétation, la fixation matérielle, l'investissement, l'invention, le dessin ou modèle. Le dénominateur commun à ces différents objets réservés par un droit de propriété intellectuelle tient à ce que leur conception et/ou leur exploitation implique des apports de natures différentes en vue d'un retour d'une certaine nature.

¹⁶⁵⁵ Les critères et conditions de réservation d'objets immatériels par les droits de propriété intellectuelle sont notamment l'originalité d'une forme, le caractère personnel de l'interprétation, la première fixation, le caractère substantiel de l'investissement, l'activité inventive – la nouveauté – le caractère industriel, le caractère nouveau et le caractère propre. Ils ont pour dénominateur commun d'être tous plus ou moins liés à la source de ces objets, tels qu'ils sont appréhendés juridiquement et réservés à ce titre. Ils renvoient à la source, implicitement ou explicitement, de l'existence des objets prétendant à la réservation exclusive au bénéfice de l'investisseur, en vue de faciliter la perception d'un retour sur investissement. Ils semblent également traduire la prise en compte du besoin de satisfaction des intérêts de toute la société, dès lors que transparaît une exigence de plus-value ou de valeur ajoutée de ces objets, dont la réservation doit être filtrée.

¹⁶⁵⁶ BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique fondamentale et appliquée*, op. cit., p. 118, n° 63.

d'éléments de compréhension des réalités d'investissements dans la conception d'objets immatériels présentant une dimension créative. Ces éléments pourraient être utilisés dans le but de systématiser, à un seul niveau doctrinal, les réalités et leur besoin de conceptualisation et traduction juridiques. Cet exercice peut s'avérer utile pour rechercher, en l'état du droit positif, voire même dans l'avenir d'un droit prospectif, de quelle manière les réalités peuvent se voir appliquer un régime juridique, et lequel. D'autre part, l'exercice peut présenter un intérêt plus audacieux et ambitieux, en termes de réflexions prospectives, quant à l'avenir de l'appréhension et du traitement juridique des situations de la réalité nous intéressant.

805. Première approche de la réception du résultat d'un exercice de recatégorisation.

Le premier apport de l'essai de recatégorisation pourrait tenir à l'hypothèse consistant en une volonté de reconnaissance, de ce que le souci de protection d'investissement dans des objets immatériels innerve déjà le droit de la propriété intellectuelle dans son unité. Selon cette hypothèse et sa valeur, il ne serait pas nécessaire de transformer profondément la cartographie des droits de propriété intellectuelle telle qu'elle existe. Il suffirait déjà d'accepter d'assumer l'hypothèse selon laquelle ces droits ont pour fonction de protéger des investissements. Il n'empêche que l'exercice didactique consisterait déjà en une recatégorisation des objets actuellement réservés par les différents régimes de propriété instinctuelle. Nous pourrions alors nous contenter d'identifier différentes catégories et leurs critères. Il faudrait déjà identifier une nouvelle catégorie juridique générique, dont le point commun entre les objets appréhendés serait leur qualification en tant que « résultat d'investissement(s) » immatériel. Il s'agirait alors de tenir compte de la nature et de la source de cet objet.

806. Seconde approche de la réception du résultat d'un exercice de recatégorisation. Le second apport de l'exercice de recatégorisation, qui aurait des portées et valeurs plus importantes, s'avérerait plus périlleux à mettre en œuvre. L'exercice s'appuierait sur une prise de hauteur plus grande vis-à-vis des différentes catégories et régimes de propriété intellectuelle existant actuellement. Il s'agirait de tout décloisonner, pour ensuite recloisonner. Certaines spécificités actuelles des divergences entre catégories, certes, s'en trouveraient gommées. Il s'agirait de pousser la réflexion en essayant, au sein de chaque sous-catégorie identifiée, de définir des conditions de protection effective des résultats d'investissement par un droit subjectif privatif. Cet exercice pourrait aboutir à la traduction de son résultat sur le terrain légal. Actuellement, certains régimes de propriété intellectuelle semblent répugner à tenir compte du processus de conception du résultat, pour déclencher la protection par la réservation. Les réalités de résultats d'investissements(s) auxquelles nous nous intéressons ne sont pas toutes juridiquement appréhendées et traitées par les droits de propriété intellectuelle en tant que telles.

Ce faisant, en pratique, le système juridique est susceptible de manquer de lisibilité et de sécurité. Nous pensons que le système gagnerait en cohérence et en sécurité, s'il était reconstruit et pratiqué avec pour cap la conscience de l'importance que représentent les investissements dans l'existence de certains objets réservés ou prétendant l'être, au bénéfice non seulement de leurs créateurs, mais aussi à celui de la société. Il ne s'agit pas de remettre en cause la protection de certains résultats d'investissements déjà protégés et dont la protection ne prête pas réellement, ou plus, à discussion, ni critique. Ainsi, les œuvres de l'esprit dont la forme est originale et évoluant dans le champ littéraire et artistique ne souffriraient pas *a priori* de remise en cause de leur protection. Elles seraient rangées dans une sous-catégorie des résultats d'investissements essentiellement intellectuels. Il en va également ainsi s'agissant des objets de droits des autres catégories juridiques qui seraient plus volontiers appréhendées au sein d'une sous-catégorie des résultats d'investissements essentiellement économiques. En effet, les différents objets de droits déjà appréhendés dans les régimes de propriété intellectuelle peuvent d'ores et déjà, selon nous, être interprétés comme des résultats d'investissements. L'enjeu de la construction d'un régime sur un modèle de protection de l'investissement immatériel et créatif sera effectivement, non spécialement d'exclure certains objets de droits du champ de leur protection, mais au contraire, d'étendre le champ de la protection à des objets ne l'étant pas encore, et qui pourraient légitimement l'être, au regard de leur nature et de leur source. Il n'en demeure pas moins qu'il faille veiller à poser des conditions pour limiter de façon juste et utile la protection. L'intérêt de l'appréhension et du traitement des réalités par des catégories repensées, serait d'éviter les problèmes de qualification et de protection pour certains objets particuliers dont la protection prête à discussion¹⁶⁵⁷. En somme, l'exercice de recatégorisation permettrait d'intégrer des objets qui ne trouvent plus ou pas leur place dans les catégories traditionnelles, au sein de catégories adaptées.

807. Les nouvelles différentes catégories et sous-catégories de résultats d'investissement(s) et leurs critères. Les issues de l'exercice de recatégorisation juridique des réalités nous intéressant ne s'imposent pas d'elles-mêmes. Elles découlent d'une analyse méthodique, menée dans le but d'identifier et de comprendre les réalités qui devraient être appréhendées par le droit et recevoir un traitement juridique¹⁶⁵⁸. Tendant vers un objectif,

¹⁶⁵⁷ Cette démarche ne devrait pas étonner dans l'absolu, car elle n'est pas originale, et présente des avantages. En effet, il est possible de constater des phénomènes d'objectivisation des conditions de protection des objets immatériels par des régimes de propriété intellectuelle, sous l'influence de l'évolution des figures et modes de conception de nouveaux objets et de la réponse juridique donnée aux aspirations de leurs producteurs. Cf. GRUNDELER (G.), *op. cit.*, p. 297, n° 278 et s.

¹⁶⁵⁸ BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique fondamentale et appliquée*, *op. cit.*, p. 118, n° 63.

l'exercice contient en effet une rationalité. La reconsidération des catégories s'opère au regard de la finalité choisie d'un système juridique. La construction d'une catégorisation juridique des réalités d'investissements dans des objets immatériels et créatifs est réalisée avec la conscience qu'il s'agit d'aboutir, en termes de technique juridique, à l'élaboration d'un régime juridique de réservation et de valorisation de ces objets. Par un processus d'induction, les nouvelles catégories qui seront présentées peuvent émerger de l'observation des réalités qu'il s'agit de classer selon leurs généralités et spécificités¹⁶⁵⁹. Une catégorie représente une unité conceptuelle au sein de laquelle est rangé un ensemble d'éléments répondant à des points communs, quoiqu'il soit susceptible de réunir des objets présentant des particularités¹⁶⁶⁰. Des règles identiques devront être définies et appliquées à des situations similaires. En revanche, des situations différentes devront faire l'objet d'un traitement juridique différencié¹⁶⁶¹. L'étude des points communs et des divergences dans les réalités contribueront à ériger un régime juridique, assorti de règles communes et de règles spéciales. Il faudrait ainsi penser une catégorie générique de résultats d'investissement réservable selon des lignes, critères et conditions communs, lesquels seraient déclinables en fonction des spécificités, si nécessaire, de ces objets. Ce faisant, nous identifierons une catégorie générique de résultats d'investissement(s), ainsi que des sous-catégories.

808. La catégorie générique des résultats d'investissement(s) et son critère : réunir et organiser une diversité à partir de points communs. La qualification de résultats d'investissement(s) renvoie à des réalités qui peuvent être très nombreuses et variables. Pourtant, celles-ci ont en commun d'identifier des fruits d'un apport d'une valeur en vue de la conception d'un objet immatériel présentant une nature tout du moins nouvelle, voire créative. Aussi, l'objet présente en lui-même une certaine valeur convoitable, ce qui justifie le souci des apporteurs de bénéficier de sa réservation exclusive. Le rangement de ces objets peut être effectué en les plaçant dans un ensemble, au regard de leur *nature*, et de leur *source* commune. La nature, autrement dit la consistance de l'objet qu'est le résultat d'investissement, est d'ailleurs tirée de sa source d'existence : l'exercice d'un apport en vue de sa conception, dans l'espoir de pouvoir en tirer en retour un profit. Les aspects objectifs et subjectifs de l'opération d'investissement se reflètent ainsi dans l'objet en lui-même qui aspire, au travers de l'intérêt de jouissance exclusive et opposable à tous au bénéfice de l'investisseur, à la réservation privative.

¹⁶⁵⁹ *Id.*, p. 118, n° 64, sur le processus de détermination des catégories juridiques.

¹⁶⁶⁰ *Id.*, p. 117, n° 63 sur l'utilité des catégories juridiques.

¹⁶⁶¹ BERGEL (J.-L.), « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, p. 255, spé. p. 257, n° 3 et s.

D'abord, les résultats d'investissement(s) ont en commun, au regard de leur consistance, et d'après l'approche *objective* de l'opération d'investissement, d'être considérés dans leur dimension incorporelle, ou encore immatérielle. Ces objets, sous la qualification de résultats d'investissements, au-delà de présenter une nature immatérielle, ont également la particularité de présenter des caractères créatifs, distinctifs, voire informationnels. Par ailleurs, ils ont la particularité de constituer une plus-value sociale. Autrement dit, non seulement l'investisseur, mais aussi chacun dans la société, est susceptible de retirer un avantage de son utilisation quelconque. *Ensuite*, s'agissant de la source des résultats d'investissement(s), d'après l'approche *subjective* de l'opération d'investissement, ils ont en commun d'être des objets immatériels dont l'existence dépend d'une activité d'apport de valeur en vue de sa conception, motivée par des perspectives, incertaines, de rentabilité. À cela, il convient d'ajouter que la valeur engagée, ainsi que le retour escompté, peuvent respectivement être de natures différentes, autant intellectuelles qu'économiques. L'activité partage en revanche une caractéristique essentielle : l'incertitude. En effet, l'existence du résultat, ainsi que le retour escompté grâce à la valorisation sont incertains, car soumis à des aléas. Le résultat projeté, de même que le profit attendu, peuvent ne pas se manifester.

809. Proposition du critère générique. Si les résultats d'investissements pouvaient intégrer une catégorie générique en vue d'une protection effective et conditionnée, il conviendrait pour le moins d'identifier à ce titre un critère générique d'intégration¹⁶⁶². Celui-ci pourrait tenir à l'existence d'un apport de la part d'une personne physique ou morale en vue de la conception d'un objet, conjugué à une prise de risque. Plus précisément, le critère renverrait à la preuve de l'existence d'un *apport d'une valeur de nature économique ou extra-économique dans la conception d'un objet immatériel représentant lui-même une valeur, en vue de sa valorisation par des actes d'exploitation, et pouvant présenter un risque de non-retour sur investissement économique ou extra-économique*. Par ailleurs, si l'existence de divergences, dans les objets *a priori* similaires rangés dans cette catégorie générique, justifie la construction de sous-catégories, il serait judicieux que ce critère générique puisse lui-même constituer un indice de référence pour identifier ensuite les critères d'intégration des sous-catégories. Il serait sans doute possible, dès lors, de conserver le second aspect du critère semblant immuable, pour faire varier le premier aspect lié à la nature de la valeur engagée.

810. Les sous-catégories de résultats d'investissements et leurs critères : identifier des sous-catégories à partir des points divergents dans une situation commune. Les

¹⁶⁶² BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique fondamentale et appliquée*, op. cit., p. 118, n° 64.

particularités présentées par les différents résultats d'investissement au sein de la catégorie générique justifient que ces objets puissent être plus spécialement classés dans des sous-catégories prévoyant des critères distinctifs d'intégration. En termes de technique juridique, cela se traduira par la constatation d'une forme de droit commun applicable aux différents résultats d'investissements, tandis qu'émergeront des formes de droits spéciaux des résultats d'investissements particuliers. La prise en compte des divergences, entre les résultats d'investissements présentant des natures et sources variables, révèle en effet son intérêt sur le terrain de leur régime juridique. Dans un souci de justice, il faut considérer qu'à une différence de nature, doit être assortie une différence de régime, là où, à une identité de nature, doit correspondre une identité de régime. Si la catégorie générique peut être subdivisée en sous-catégories, il est aussi envisageable de trouver des déclinaisons du critère générique, en recherchant éventuellement des sous-critères d'intégration des sous-catégories demeurant en lien avec le critère générique. À ce stade, l'identification des sous-catégories et de leurs critères n'impliquera pas de considérer que ces derniers coïncident avec les conditions de protection des objets rangés dans les sous-catégories. Il faut ajouter qu'un objet de la catégorie générique pourra figurer dans deux sous-catégories particulières. Dès lors, il sera envisageable de recourir à l'identification d'une catégorie hybride ou mixte.

811. La distinction entre les sous-catégories de résultat d'investissement intellectuel et de résultat d'investissement économique, et la sous-catégorie mixte de résultat d'investissements combinés. Nous distinguerons les résultats d'investissement intellectuel et les résultats d'investissement économique, des résultats d'investissements combinés, qui constitueront les deux grandes sous-catégories essentielles. Au sein d'une catégorie générale peut en effet être construite une classification des objets selon deux sous-catégories particulières¹⁶⁶³. La raison tient au fait que ces objets, bien que partageant des points communs au regard de leur nature et de leur source, présentent tout de même des spécificités. Ainsi, un résultat d'investissement peut trouver sa source, éventuellement, dans un seul investissement intellectuel ou dans un seul investissement économique assumé par une seule personne, voire même dans des investissements intellectuels et économiques combinés, et assumés par une seule personne ou par des personnes différentes. La source du résultat d'investissement(s), du point de vue de la nature de l'apport initial, diverge donc selon les cas. Il y a d'une part un rapport alternatif, et éventuellement d'autre part, un rapport cumulatif en fonction de la nature de l'apport engagé. Aussi, tandis qu'un résultat d'investissement intellectuel ou économique

¹⁶⁶³ *Id.*, p. 131, n° 71, sur les catégories alternatives ou cumulatives.

peut faire l'objet d'un apport de la part d'une seule personne, de manière indépendante, un résultat d'investissement peut procéder d'apports de différentes natures, consentis par des personnes différentes, qui seront combinés pour donner naissance à l'objet. Il existe donc, au regard des sources de ces résultats, des réalités variables de résultats d'investissement(s). Ces schémas variables d'investissements tendent à recouvrir des enjeux différents du point de vue des intérêts des auteurs de l'opération aspirant à la protection juridique. Ainsi, s'agissant d'un résultat d'investissements combinés, au-delà de la question de sa réservation, se posera celle de l'identité de la personne à qui il faudra octroyer la titularité du droit. En effet, le régime de réservation des résultats d'investissements combinés doit être différent de celui des simples résultats d'investissements intellectuel ou économique assumés de façon indépendante par une seule personne. Il en va également ainsi s'agissant du régime de réservation d'un résultat d'investissements combinés, dont les apports de différentes natures sont réalisés par une seule et même personne. Dans cette dernière situation, le régime de réservation devra être calqué sur celui des résultats d'investissement intellectuel ou économique assumé par une seule personne. Les critères de distinction entre les sous-catégories de résultats d'investissement intellectuel, économique, ou de résultats d'investissements combinés, tiennent alors, d'une part, au fait que les premiers font l'objet d'apports de différentes natures de façon alternative et de la part d'une personne unique, de façon indépendante, tandis que d'autre part, les seconds font l'objet d'apports intellectuel et économique de manière cumulative et par des personnes différentes. Ces distinctions entre les situations constitueraient donc la base des critères d'intégration de chacune de ces grandes sous-catégories.

812. La sous-catégorie des résultats d'investissement intellectuel et des résultats d'investissement économique. Au sein de cette sous-catégorie peuvent être identifiés deux types d'objets différents. En effet, d'une part, il faudra identifier des résultats d'investissement revêtant un caractère intellectuel, car n'ayant fait l'objet que d'un apport de nature intellectuelle, ou essentiellement d'un apport de cette nature. Il n'est pas exclu que cet objet puisse avoir fait l'objet d'un apport aussi de nature économique en vue de sa conception. Pourtant, cette circonstance ne devrait revêtir qu'une importance marginale, dès lors que l'apport essentiel et l'apport marginal auront été engagés par une personne unique. Le même raisonnement pourra être appliqué s'agissant des objets revêtant un caractère et une valeur davantage économiques. Il n'est pas exclu que ces résultats puissent également avoir fait l'objet d'un apport intellectuel marginal. À ce titre, la qualification n'en serait pas changée, car l'apport économique essentiel et l'apport intellectuel marginal auront été exercés, là aussi, par une seule personne. Les résultats d'investissements intellectuel ou économique figurant dans cette

sous-catégorie partageront donc le critère lié à leur source, consistant en un apport indépendant de la part d'une seule personne, qu'il ait été de nature intellectuelle, ou économique.

813. Les résultats d'investissement intellectuel et le critère d'intégration de la sous-catégorie. La spécificité des objets de cette subdivision de sous-catégorie tient à leur source essentiellement intellectuelle. Il serait alors cohérent de reconnaître que seule une personne physique ait pu exercer cet apport¹⁶⁶⁴. Le critère d'intégration de cette sous-catégorie pourrait consister en l'existence d'un apport en intelligence ou en humanité dans la conception d'un objet immatériel, en vue d'un retour économique et/ou extra-économique. Il pourrait être précisé en insistant sur l'existence d'une prise de risque¹⁶⁶⁵. En l'état du droit positif, certains objets semblent déjà protégés à raison du critère de l'apport intellectuel. De manière prospective, tel pourrait être le cas pour d'autres objets ne jouissant pas encore de ce statut.

814. Les résultats d'investissement économique et le critère d'intégration de la sous-catégorie. L'autre partie de la subdivision, au sein de la sous-catégorie des résultats d'investissement intellectuel ou économique, renvoie au cas des résultats d'investissement économique. C'est essentiellement à la source économique du résultat qu'il s'agit de s'intéresser. À l'instar de l'hypothèse précédente, une personne, cette fois-ci physique ou morale, aura placé une valeur économique directement financière, ou indirectement s'il s'agit de l'apport de moyens matériels et techniques, dans un objet qui sera ensuite considéré, au titre de sa réservation, dans son incorporelité. Le critère d'intégration de cette partie de la sous-catégorie pourrait dès lors renvoyer à l'existence d'un apport de nature économique dans la conception d'un objet considéré dans son incorporelité, en vue d'en obtenir un retour économique et/ou extra-économique. À nouveau, le critère pourrait être précisé en lui ajoutant la recherche d'identification d'une prise de risque, clairement de nature économique. Actuellement, certains objets sont déjà admis dans le champ de la réservation privative à raison des investissements économiques que leur conception a nécessité, et ce, de façon plus ou moins explicite. Cette partie de la sous-catégorie aurait vocation à accueillir des objets en effet aujourd'hui réservés par certains droits voisins du droit d'auteur, ainsi que par certains régimes de propriété industrielle. Elle accueillerait également d'autres objets ne l'étant pas encore.

815. La sous-catégorie mixte du résultat d'investissements intellectuel et économique combinés et son critère. La seconde sous-catégorie est relative aux réalités de résultats d'investissements intellectuel et économique combinés, et réalisés par deux personnes

¹⁶⁶⁴ Ce faisant, nous pourrions douter de la pertinence de la qualification de résultat d'investissement intellectuel, pour un objet généré par une intelligence artificielle...

¹⁶⁶⁵ La question qui se poserait alors serait de savoir quelle est la nature de la prise de risque envisagée.

différentes. Les apports de valeurs de natures différentes à la conception d'un même objet, et ce par des personnes différentes, constituent les éléments permettant de justifier une sous-catégorie particulière, détachable de la précédente. La sous-catégorie de résultat d'investissements combinés aura la spécificité de contenir des objets partageant les traits communs de tout résultat d'investissement du point de vue de sa source, mais s'avérant particuliers, dès lors que des apports de natures différentes et de la part de personnes distinctes auront été engagés. Le fait que ces deux personnes différentes puissent présenter des intérêts de nature divergente, confinant à un potentiel conflit, justifiera un régime de titularité du droit particulier¹⁶⁶⁶. Cependant, cette problématique accessoire et particulière n'empêche pas de considérer que cet objet, fruit d'apports combinés, puisse être qualifié, *a fortiori*, de résultat d'investissement. Cette sous-catégorie pourrait être spécialement qualifiée de mixte ou hybride¹⁶⁶⁷. La notion d'hybridation ou de mixité renverrait au fait que l'objet considéré est le fruit à la fois d'un apport intellectuel et d'un apport économique. Le critère d'intégration de cette sous-catégorie doit pouvoir tenir dans l'identification d'un apport intellectuel et d'un apport économique réalisé par des personnes différentes et dont le coût de l'apport intellectuel est assumé par l'investisseur économique. L'existence d'une prise de risque économique de la part de l'investisseur intellectuel ou économique peut également préciser l'étendue du critère.

816. La réalité visée par les objets de cette sous-catégorie est potentiellement celle appréhendée sous l'expression de la création réalisée par une personne physique dans un lien de dépendance, qu'il soit juridique ou économique. Le problème posé, et qui justifie que la réalité soit traitée dans une sous-catégorie particulière, tient à l'existence d'un conflit sur la titularité du droit de réservation sur ce résultat. Si la circonstance de la conception d'un objet potentiellement dans un rapport de dépendance ne pose pas de difficulté particulière quant à sa réservation, tel n'est pas le cas au stade du régime de titularité du droit de réservation. Le champ des objets ayant vocation à intégrer cette sous-catégorie est lui aussi très vaste, et peut-être d'avantage que pour la sous-catégorie précédente. En effet, plus que jamais, il semble que de nombreux objets immatériels à dimension créative impliquent, pour leur conception, non seulement des investissements intellectuels, mais aussi économiques. Aussi, l'intérêt de la construction de cette sous-catégorie réside dans la nécessité d'une réflexion quant au contenu du droit de réservation¹⁶⁶⁸.

¹⁶⁶⁶ Cf. *supra*, n° 853 et s.

¹⁶⁶⁷ BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique fondamentale et appliquée*, op. cit., p. 133, n° 73-74 sur le cas des hybrides et de l'objet mixte en droit.

¹⁶⁶⁸ Il s'agira en effet de déterminer s'il convient de reconnaître une prérogative de réservation unique et indivisible sur le résultat, à attribuer à une seule personne, ou s'il faut plutôt consentir des droits concurrents et de nature

817. Le choix de détermination des conditions de protection des différents types de résultat d'investissement(s). Tout type de résultat d'investissement identifié ne saurait être effectivement réservé sur la seule base de sa réponse à un critère d'intégration d'une catégorie. Ainsi, à l'exercice de catégorisation doit succéder la détermination d'une condition de protection effective. L'objet du droit identifié, pour être réservé, devra répondre à une condition retenue en fonction de la nature et de la fonction de ces objets. Puisque tout résultat d'investissement ne peut faire l'objet d'une réservation effective au seul motif que son producteur a assumé un risque d'investissement, il convient d'identifier une condition qui déclenchera la réservation. La conception distributive de la valeur justice commande que puisse seul être réservé un résultat d'investissement le méritant. En l'occurrence, le mérite ne peut être identifié au travers de la seule référence à un risque d'investissement assumé. Un souci d'équilibre et de conciliation entre les intérêts, ainsi que de poursuite de l'intérêt général, implique d'intégrer les intérêts de tous dans le choix de la condition de protection. Ainsi, ne serait protégeable qu'un résultat d'investissement issu d'une prise de risque, présentant un avantage à être réservé au bénéfice immédiat de l'investisseur, et à l'avantage ultérieur de tous. Il s'agit ici d'exposer de quelle façon le besoin de compromis peut être mis en œuvre de façon satisfaisante en modifiant, si besoin, et pour l'avenir, l'état du droit positif sur cette question. La condition de protection à retenir doit par ailleurs être en cohérence avec le fait générateur du droit déterminé. À considérer que le fait générateur du droit réside dans la constatation de l'existence d'une opération d'investissement, il faudra en plus que s'ajoute à ce fait, la condition exigée. Cette dernière pourrait consister dans un caractère de plus-value sociale, de nouveauté, que présenterait le résultat d'investissement(s). La condition de nouveauté, plus précise que celle de plus-value sociale, pourrait demeurer encore trop large. À ce titre, il pourrait être intéressant de sonder si, dans chaque sous-catégorie, pour des résultats d'investissements méritant à nouveau d'être distingués, ne pourraient pas être conservées certaines conditions de réservation déjà existantes en l'état du droit positif. Aussi, en considération de cette condition générique, il pourrait être envisageable de rechercher si elle ne pourrait pas faire l'objet d'une déclinaison en fonction des différents types de résultats qui ont été identifiés, ou même en fonction de leur contexte¹⁶⁶⁹. L'essentiel est d'exercer des choix tenant compte d'un souci de

différente à chacun des investisseurs dont les intérêts en jeu peuvent être divergents.

¹⁶⁶⁹ Ainsi, les notions de plus-value sociale ou de nouveauté pourraient être déclinées sur les terrains notamment culturel, scientifique, technique, numérique et économique. La condition de réservation tenant à l'identification d'un caractère de nouveauté, pourrait aussi être appréciée dans les registres des formes ou des techniques. La condition de nouveauté découlant de l'idée d'exigence d'une plus-value sociale de l'objet pourrait aussi faire l'objet de degrés d'appréciation en fonction de sa source, qu'elle soit plutôt intellectuelle ou économique.

cohérence et d'équilibre, afin que le système de réservation soit reçu pour légitime. À cette condition positive pourrait s'ajouter, comme cela est déjà le cas dans la plupart des régimes de propriété intellectuelle, des limites selon lesquelles certains résultats d'investissements ne pourraient être réservés. Ainsi, pourraient être exclus du champ de la réservation des objets issus d'investissements et assimilables à des idées, ou encore à des découvertes, de laisser la porte ouverte à la conception de futurs et utiles résultats d'investissements. Après avoir identifié l'objet du droit et la condition de sa réservation, il convient d'en identifier le sujet, et donc, de déterminer qui sera la personne juridique titulaire. L'objet du droit et la condition de sa réservation, ainsi choisis, seront nécessairement en lien avec l'identité de la personne reconnue titulaire par la loi.

c. L'investisseur titulaire du droit

818. Enjeu et règle générale de titularité du droit de réservation d'un résultat d'investissement. Le concept de titularité désigne le lien juridique entre l'objet et le sujet du droit. Le droit trouvant sa raison d'être dans le besoin de permettre au producteur de l'objet d'investissement d'exercer un pouvoir sur lui, il est cohérent que celui-ci jouisse du droit. À cette condition, l'investisseur pourra envisager une valorisation paisible du résultat d'investissement, au travers des modalités de réalisation du retour sur investissement, cette perspective motivant l'initiative d'une telle opération. L'engagement d'un apport de valeur dans un objet en vue d'un retour guide non seulement l'identité de l'objet et la condition de sa réservation, mais permet aussi d'identifier le titulaire de ce droit. Il s'agit ici de choisir l'identité du titulaire *ab initio* du droit¹⁶⁷⁰. La règle de désignation de la titularité de ce droit doit, pour être en cohérence avec l'ensemble du régime et sa finalité, établir que par principe, sera titulaire initial du droit la personne physique et/ou morale, selon les cas, qui aura apporté une valeur à la conception d'un résultat d'investissement, en vue d'en tirer un profit incertain. Autrement dit, par principe, sera titulaire initial du droit, la personne qui assume la charge du coût de l'apport engagé ainsi que, au regard de la nature de l'opération, une éventuelle prise de risque. Cette règle de principe doit pouvoir s'appliquer de façon générale pour établir un lien entre tout résultat d'investissement à réserver, et la personne apportant une valeur en prenant un risque. La généralité de la règle trouve sa source dans le fait que tous les résultats d'investissements trouvent des éléments communs dans leurs sources.

¹⁶⁷⁰ Cela n'exclut pas que la titularité puisse être ensuite dérivée par de aménagements contractuels autorisés par la loi, ou du simple fait d'exceptions légales prévues, si cela s'avérait utile et juste.

819. Déclinaison de la règle générale de titularité initiale aux différents types de résultats d'investissement(s). Les différences existantes entre les types de résultats d'investissement commanderont, en bonne logique, que l'identité du titulaire du droit de réservation varie en fonction des cas. Ainsi, le titulaire du droit de réservation sur un résultat d'investissement intellectuel sera la personne physique qui apporte, de façon indépendante, une valeur de nature humaine et intellectuelle dans la conception de cet objet, tout en prenant un risque de non-retour. En revanche, et selon la même logique, sera titulaire du droit de réservation sur un résultat d'investissement économique, la personne physique ou morale qui apporte, de façon indépendante, une valeur de nature financière, c'est-à-dire directement ou indirectement de nature économique.

820. Le problème de la titularité du droit de réservation d'un résultat d'investissements combinés. L'application d'une telle règle de principe risque cependant d'être bousculée au sujet de l'identification du titulaire du droit de réservation sur un résultat d'investissements combinés. En effet, cet objet étant le fruit d'apports de différentes natures de la part de deux personnes différentes, chacune d'elle prétendra à la titularité totale ou partagée du droit. Il faut donc arbitrer, et choisir en faveur de qui, et ce de manière prioritaire¹⁶⁷¹. Cette problématique est par ailleurs posée dès lors que l'on raisonne sur la base d'un droit de réservation unique sur le résultat d'investissements combinés. Une autre solution consisterait dans le découpage du droit, ou dans l'octroi de prérogatives différentes et concurrentes. Pourtant, nous ne souhaitons pas envisager cette piste, dès lors que la concurrence des droits serait susceptible de compliquer la phase d'exploitation de l'objet réservé en vue de l'obtention de retours qui pourraient être de nature différente, selon les intérêts particuliers en jeu des deux investisseurs¹⁶⁷².

2) Déterminer la nature, la portée et la composition du droit de réservation

821. Un régime juridique adapté à sa fonction de protection de l'investissement. L'outil de protection de l'intérêt de l'investisseur réside dans l'existence d'un droit subjectif de réservation ayant pour objet un résultat d'investissement. À l'examen de la nature, de la portée, et de la composition des différents droits de propriété intellectuelle, peuvent actuellement être relevées des dynamiques communes, tendant à la protection de l'investissement. L'on pourrait y voir un indice de l'unité du système qui pourrait être promue et servir de base dans le cadre

¹⁶⁷¹ La solution pourrait être commandée par un motif d'efficacité économique, compte tenu du fait que la charge du coût de l'apport de nature intellectuelle est souvent assumée par l'investisseur économique, au regard de l'existence d'un lien économique ou juridique de dépendance entre ces deux personnes.

¹⁶⁷² À ce stade, il convient de renvoyer le traitement de la question à des développements dédiés, cf. *infra*, n° 853 et s.

de l'institution de droits de réservation sur des résultats d'investissements transcendant les catégories et régimes actuels. Dès lors, la construction d'un régime juridique prospectif adapté à la protection de l'investissement implique d'envisager la nature et la portée du droit subjectif de réservation à instituer **(a)**. Le contenu de la prérogative doit également être examiné **(b)**. L'efficacité et l'équilibre de ce droit conduisent par ailleurs à la recherche de sa durée adéquate **(c)**, ainsi qu'à l'identification d'une sanction efficace en cas d'atteinte **(d)**.

a. La nature et portée du droit

822. Un droit subjectif de réservation du résultat d'investissement assimilable à un droit réel. L'institution d'un droit subjectif, au bénéfice d'un investisseur, pour assurer la réservation et la gestion de l'exploitation d'un résultat d'investissement, implique d'en préciser la nature et la portée. En effet, un droit subjectif peut présenter une nature et une portée variables. Ainsi, le droit réel semble plus attractif que le droit personnel, au regard de leurs régimes, pour satisfaire l'objectif de protection de l'investissement. En comparaison des fondements contractuel ou délictuel des obligations civiles, le fondement du droit privatif est en effet plus intéressant compte tenu de sa nature et de sa portée, pour assurer la protection juridique de l'intérêt de l'investisseur¹⁶⁷³.

823. Nature du droit. À l'instar de la nature reconnue aux différents droits de propriété intellectuelle, quoique le sujet face l'objet de discussions doctrinales¹⁶⁷⁴, le droit subjectif de réservation d'un résultat d'investissement devrait présenter une nature réelle. Le droit réel est considéré comme le droit subjectif par excellence, conférant à son titulaire le plus large pouvoir sur la chose réservée, de façon exclusive et opposable à tous. Il est souhaitable que l'investisseur puisse jouir d'un pouvoir juridique direct sur sa chose objet du droit. Le choix de cette nature se fonde par ailleurs sur la considération de la fonction recherchée pour cette prérogative. Se détachant des débats quant à la nature véritable des droits de propriété intellectuelle, la doctrine tend à relever que l'attrait du droit est de permettre un pouvoir attractif de « maîtrise » sur une chose¹⁶⁷⁵, autrement dit, de maîtrise de sa valeur notamment économique. Le droit subjectif réel, comme le droit de propriété, par leurs effets, tendent à créer au bénéfice de son titulaire, un effet de monopole exclusif sur les usages de la chose réservée. Tel est précisément l'objectif recherché par l'investisseur sur son résultat d'investissement. Le droit permettra à son titulaire

¹⁶⁷³ Cf. *supra*, n° 418 et s.

¹⁶⁷⁴ À ce sujet cf. VIVANT (M.) et J.-M. BRUGUIÈRE, *op. cit.*, p. 50, n° 32 et s.

¹⁶⁷⁵ *Ibid.*

de se réserver un marché qui constituera l'environnement de la phase de rentabilisation de son opération. Le choix de la nature réelle du droit découle également de l'attrait que représentent ses caractères, attributs et portée potentiels.

824. Portée du droit. Le titulaire d'un droit subjectif réel jouit en effet d'un pouvoir de maîtrise de la chose potentiellement très étendu. D'abord, le titulaire du droit sait qu'il peut jouir d'une grande prévisibilité dans la protection juridique de ses intérêts. L'existence du pouvoir institué est portée à la connaissance de tous, et implique que chacun doive le respecter. Le droit est opposable *erga omnes*. Ensuite, en cas d'atteinte au droit, le titulaire bénéficie d'un mode facilité de sanction prévue légalement. Il n'aura qu'à invoquer l'existence de son droit et alléguer de son atteinte, pour être ensuite replacé dans son rapport d'exclusivité. Aussi, le droit réel permet à son titulaire de bénéficier d'un pouvoir *a priori* absolu sur l'objet du droit. Ainsi, il peut user et disposer de la chose, ainsi que des fruits de son exploitation. Grâce au caractère exclusif de son droit, il pourra se défendre plus facilement contre les attaques des tiers susceptibles d'entacher la perspective de rentabilité de l'opération. Il sera en mesure d'assurer la gestion paisible de la valorisation de son résultat pour en espérer en retour un profit. Si le droit réel de propriété de l'investisseur permet un grand pouvoir sur son résultat, il n'en demeure pas moins que celui-ci doit tout de même être limité. L'étendue du droit, tout comme son exercice, doivent en effet être circonscrits pour ménager les intérêts des tiers, quand bien même ceux-ci sont supposés être pris en compte dans la justification de l'existence du droit, selon une démarche sociale. À ce titre, si de manière générale en droit civil, est prêté au droit de propriété le caractère perpétuel, le droit de réservation du résultat d'investissement devra, lui, être limité temporellement. Puisqu'il s'agit du mode de réservation d'une valeur le plus complet, le droit subjectif de nature réelle devrait assurer la réservation du résultat d'investissement(s). Encore faut-il songer au contenu particulier de ce droit, en identifiant plus précisément la teneur des prérogatives à instituer.

b. Le contenu du droit

825. Identifier les prérogatives au regard de la fonction du droit, et selon les types de résultats d'investissements. La réservation du résultat d'investissement trouve son utilité dans l'organisation de la phase de gestion du retour sur investissement, ce dernier constituant le mobile de l'action d'engagement d'un apport en vue de la naissance du résultat d'investissement exploitable. Afin de pouvoir jouir de façon exclusive des utilités et de la valeur du résultat d'investissement réservé, ce droit doit prévoir des prérogatives précises qui serviront

effectivement la réalisation de sa fonction. Aussi, la consistance des prérogatives devra être adaptée à chaque type particulier de résultat d'investissement réservé¹⁶⁷⁶. L'enjeu est d'être en mesure d'en *autoriser ou d'en interdire toute utilisation*, dans les limites de ce que la loi prévoira¹⁶⁷⁷.

826. Nature variable des prérogatives en fonction de la nature du retour attendu. La prérogative exclusive, contenue dans le droit de réservation, est l'outil utilisé par le titulaire pour déclencher et gérer la phase de rentabilité de l'opération d'investissement. Dès lors, si le retour attendu est essentiellement de nature économique, il conviendra d'octroyer une prérogative de nature patrimoniale. Elle prendra les traits d'un droit patrimonial d'exploitation exclusive de l'objet du droit, dont la mise en œuvre permettra de percevoir les fruits de la valeur exploitée de cet objet, ou du droit lui-même. Il s'agira d'un *droit d'autoriser ou d'interdire n'importe quelle utilisation lucrative et commerciale* de l'objet du droit. Il peut également être judicieux d'envisager l'opportunité de l'institution d'une prérogative de nature extrapatrimoniale au bénéfice de l'investisseur, dès lors que ce dernier attendra de la valorisation du résultat, ou du droit lui-même, un retour sur investissement de nature extrapatrimoniale¹⁶⁷⁸. Cette prérogative ressemblera à ce qui existe déjà sous la figure des droits moraux. Cependant, les attributs des prérogatives patrimoniales ne devraient pas être conférés à la réservation de tout objet, mais seulement à celle de certains d'entre eux, afin que ceux-ci restent connectés à une fonction précise et non poursuivie dans le cadre général de la réservation de tout résultat d'investissement.

827. Mise en œuvre contractuelle des prérogatives, entre liberté et limitation. Les prérogatives trouvent leur utilité et leur raison d'être dans la possibilité pour l'investisseur

¹⁶⁷⁶ Ainsi, par exemple, la prérogative assortissant le droit de réservation d'un *résultat d'investissement intellectuel* ne sera pas la même que s'agissant du droit de réservation d'un *résultat d'investissement économique*. L'apport en personnalité et en humanité de l'investisseur économique dans un objet en vue d'en obtenir un retour, lequel ne sera potentiellement pas exclusivement économique, impliquerait sans doute de lui consentir des prérogatives de nature également extrapatrimoniales. En cette hypothèse, il faudrait veiller à ce que l'exercice de ces prérogatives par l'investisseur intellectuel ne soit pas susceptible d'être de nature à entraver le processus de rentabilité d'un investissement économique, qui serait consenti en vue de l'exploitation économique du résultat par un tiers. Aussi, dans l'hypothèse de la réservation d'un *résultat d'investissements combinés*, la circonstance que cet objet découle en partie, d'un apport intellectuel, nécessiterait certainement l'existence d'une prérogative extrapatrimoniale, ayant pour fonction la défense de la personnalité de cet apporteur, ainsi que l'exercice d'une fonction de défense d'une forme de progrès culturel ou scientifique. L'enjeu sera de veiller à ce que l'attribution de l'exercice de cette prérogative, par exemple à l'apporteur intellectuel, ne soit pas susceptible d'entraver la recherche paisible d'un retour sur investissement de la part de l'investissement économique. En revanche, s'agissant de la réservation d'un simple *résultat d'investissement économique*, on peut interroger l'utilité de l'existence de prérogatives de nature extrapatrimoniale.

¹⁶⁷⁷ En effet, le droit exclusif de devra pas faire l'objet d'un exercice abusif préjudiciable aux droits et libertés des tiers. Par ailleurs, il ne pourra pas être invoqué dans certaines situations exceptionnelles et prévues précisément par le législateur.

¹⁶⁷⁸ En termes par exemple, d'image, de notoriété, de renommée...

titulaire, de jouir de façon paisible d'un moyen d'espérer un retour de son investissement par l'exploitation de ces droits. L'exploitation des droits patrimoniaux est leur finalité, car il est censé en ressortir un profit bénéficiant au titulaire. L'exploitation s'opère à l'appui de l'outil contractuel. Le titulaire jouit à ce titre d'une certaine liberté contractuelle en droit positif, tout du moins en fonction des différents régimes de droits de propriété intellectuelle. Il faut souhaiter la garantie d'une certaine liberté en droit prospectif, dont il ne pourrait résulter d'effets trop dévastateurs quant à la préservation des intérêts des tiers. Le recours à l'exploitation contractuelle peut néanmoins être limité et conditionné pour tenir compte des autres intérêts dans une démarche d'équilibre¹⁶⁷⁹. L'exercice des prérogatives patrimoniales d'exploitation du résultat d'investissement par le biais de l'outil contractuel implique d'envisager le rôle et l'importance de la contrepartie à l'autorisation d'exploitation du droit de réservation pour le titulaire. En effet, il s'agit là, de la source du retour sur investissement. Ainsi, l'exploitation du droit ou de son objet à l'appui du contrat et d'une certaine liberté contractuelle permettra au titulaire de construire la relation contractuelle en des termes propres à favoriser la naissance du retour attendu.

828. Hypothèses de consistance des prérogatives à octroyer au titulaire selon les types de résultats d'investissements. Il est envisageable s'agissant d'abord, des prérogatives de réservation d'un *résultat d'investissement intellectuel* au bénéfice de son auteur, de prévoir qu'elles soient d'une part de nature patrimoniale, et d'autre part de nature extrapatrimoniale. S'agissant ensuite du cas des *résultats d'investissement économique*, il conviendrait d'octroyer à son titulaire des prérogatives essentiellement de nature patrimoniale. Enfin, concernant la réservation des *résultats d'investissements combinés*, tant les prérogatives patrimoniales qu'extrapatrimoniales trouveront leur utilité¹⁶⁸⁰.

c. La durée du droit

829. Déterminer une durée du droit nécessairement adaptée au temps de la rentabilité. En droit positif, il est possible de sonder dans l'existence d'une limitation temporelle des prérogatives exclusives, une volonté et un moyen de permettre la rentabilité de l'opération d'investissement dans la conception d'un objet immatériel¹⁶⁸¹. Si l'existence d'une limitation

¹⁶⁷⁹ Ainsi en va-t-il en matière de restriction à la liberté contractuelle d'exploitation, sous la figure des licences non-volontaires ou forcées, qui pour être imposées au titulaire, négligent son droit à la liberté de ne pas contracter, et à choisir le contenu contractuel.

¹⁶⁸⁰ Il faudra alors identifier qui, de l'investisseur intellectuel ou de l'investisseur économique, sera désigné comme pouvant exercer ces prérogatives. Cf. *infra*, n° 856 et s.

¹⁶⁸¹ La justification de l'existence du certificat complémentaire de protection en matière de brevet pharmaceutique,

temporelle et la détermination de la durée adéquate des droits ont fait l'objet, de tout temps, de débats, c'est qu'il convient de se soucier des intérêts des tiers, au-delà de celui du titulaire du droit. Ainsi, de manière prospective, il est souhaitable d'instituer une durée limitée du droit de réservation d'un résultat d'investissement. Ce besoin de conciliation doit être respecté à l'occasion de la recherche de la durée la plus satisfaisante. À cet effet, la fixation de la durée doit d'une part tenir compte de l'intérêt de l'investisseur a disposé d'un temps suffisamment confortable pour lui permettre de percevoir un retour sur investissement. D'autre part, elle doit aussi tenir compte de l'intérêt des tiers devant, au bout d'un certain temps, jouir d'un accès libre à ces objets. La difficulté tient à l'exercice de choix d'une durée optimale qui ne soit ni trop courte, ni trop longue. Dans la première hypothèse, l'investisseur ne serait pas en mesure de pouvoir totalement satisfaire son souci de rentabilité de l'opération. Dans la seconde, le risque est de créer un effet de rente, et d'entraver la légitime liberté des tiers à pouvoir accéder à l'objet. Il peut aussi être judicieux de s'interroger sur l'hypothèse d'une durée unique pour la réservation de n'importe quel type de résultat d'investissement, ou sur celle de la pertinence de durées différentes en fonction des types de résultats d'investissement déjà identifiés. En ce sens, il faudrait faire intervenir les apports de l'analyse économique¹⁶⁸², notamment quant aux effets incitatifs de la durée limitée du droit.

830. Justification et fonction de la durée limitée du droit patrimonial. La durée limitée trouve sa fonction et sa justification en des valeurs de justice, d'utilité, et d'intérêt général. Ainsi, par exemple, si la justice distributive commande la réservation, son aspect correctif implique le régime temporairement limité de l'exclusivité, et ce pour tenir compte des intérêts des tiers. Une fois le terme temporel de l'exclusivité atteint, les tiers pourront accéder plus librement au résultat d'investissement, sans avoir à respecter une prérogative exclusive leur empêchant certains usages non-autorisés du résultat, qui n'existera alors plus. L'objet du droit devra en effet intégrer un domaine public, à l'instar de la solution existant de longue date en droit positif. L'hypothèse d'absence de limitation temporelle pour les droits extrapatrimoniaux mérite en effet d'être envisagée au regard des fonctions qu'ils poursuivent. Par ailleurs, l'exercice de ces derniers ne doit pas être dirigé dans le but de reconstituer une forme de réservation exclusive des utilités économiques de l'objet du droit. Aussi, il conviendrait de veiller à rendre impossible une forme de poursuite de la réservation exclusive sur un autre fondement tel que celui de la responsabilité civile délictuelle, lorsque l'objet a déjà été protégé,

en est l'exemple le plus couramment exposé et le plus éclairant en la matière. Cf. TILLOY (C.), *loc. cit.*, p. 150, n° 32 ; ROCHFELD (J.), *op. cit.*, p. 342, n° 39, spé. p. 343 ; MONELLI (Y.), *op. cit.*, p. 33 ; cf. *supra*, n° 215.

¹⁶⁸² Cf. not. MACKAAY (E.), ROUSSEAU (S.), LAROCHE (P.) et PARENT (A.), *op. cit.*, not. p. 602, n° 1793.

mais que le terme de la durée de protection a été atteint. Il faudra alors tenir compte du fait que l'existence temporellement limitée du droit aura déjà *a priori* permis la rentabilité de l'opération¹⁶⁸³.

831. La recherche difficile mais nécessaire d'une durée optimale. La recherche de fixation de la durée optimale du droit est un exercice indispensable autant que difficile, au regard des enjeux sous-jacents¹⁶⁸⁴. Ainsi, au-delà de la prise en compte d'une nécessité de conciliation des intérêts existants, il s'agit également de prendre en compte les effets d'efficacité économique du droit. Cette durée ne doit pas être abusive, pour ne pas ouvrir la porte au bénéfice d'une rente excessive, qui aurait des effets contreproductifs en termes d'incitation. De l'aveu des juristes et des économistes¹⁶⁸⁵, l'exercice est périlleux et donne lieu à des analyses et opinions variables. Le calcul de la durée optimale de réservation est difficile, car la rentabilité dépend en partie du comportement des consommateurs ou potentiels partenaires d'exploitation du résultat d'investissement. De plus, la variété des types de résultats d'investissements, les apports variés de valeurs motivés par des espérances de retours incertains, ainsi que leur réception sur les marchés spécifiques posent la question de savoir si le droit de réservation doit être limité à une durée unique, ou non. L'hypothèse d'une durée unique apparaîtrait notamment comme injuste. Il serait alors plus judicieux d'estimer que les droits de réservation de chaque type de résultat d'investissement devraient avoir une durée différente selon les types d'investissements qu'il s'agit de rentabiliser. À cet égard, la durée devrait être fixée en fonction du temps potentiel pendant lequel l'objet réservé représentera une valeur, une utilité sociale et économique, dans les différents champs d'activités concernés.

d. La sanction de l'atteinte au droit

832. Sanctionner efficacement et en équilibre l'atteinte aux perspectives de rentabilité. L'effectivité et l'efficacité du droit subjectif impliquent l'existence d'une sanction en cas d'atteinte à son caractère exclusif. Ainsi, le droit exclusif de réservation du résultat d'investissement doit contenir une sanction cohérente au regard de sa fonction et de la finalité

¹⁶⁸³ À ce sujet cf. not. BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 713, n° 1070.

¹⁶⁸⁴ Sur ces idées, spécialement en matière de durée des brevets, synthétisant les problématiques et identifiant les solutions et développées à titre de propositions par des auteurs en droit comparé, et concluant en formulant ses propres propositions, cf. SCHREPEL (Th.), « Réflexions sur la durée optimale des brevets : un régime au service de l'innovation ? », *Prop. Ind.* mai 2017, Étude 13.

¹⁶⁸⁵ BUYDENS (M.), *La propriété intellectuelle*, op. cit., p. 437, cf. aussi la suite du paragraphe pour des questions similaires au sujet des durées des autres droits de propriété intellectuelle, et p. 473, suggérant la réduction des durées des droits ; MOUREAU (N.) et MARCIANO (A.), « Durée optimale de protection : les économistes battent la mesure », *loc. cit.*, p. 22 et s.

de son institution. Tout comme le caractère temporaire du droit, les modalités de sanction de son atteinte contribuent, en droit positif de la propriété intellectuelle, à favoriser la rentabilité de l'opération d'investissement¹⁶⁸⁶. Ainsi, un comportement d'atteinte au droit de propriété intellectuelle, de la part de tiers non-autorisé à l'utilisation de l'objet du droit légalement prévue, et tendant à perturber le processus normal de rentabilité de l'investissement, est et doit être sanctionné par l'action en contrefaçon. La sanction a pour objectif de dissuader, par crainte de la répression, ou à traiter par la réparation, un comportement empêchant ou entravant le bénéfice d'un retour sur investissement légitimement attendu. Les modalités de la sanction d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle en droit positif devraient être reconduites ou servir de source d'inspiration. Les grandes lignes pourraient être adoptées dans le cadre de la sanction de l'atteinte au droit de réservation d'un résultat d'investissement. Dans cette perspective, nous souhaiterions que le souci de lutte contre la faute lucrative soit plus explicitement mis en avant. L'objectif de rentabilité de l'investissement, soutenu par l'intervention juridique, ainsi assumé, emporterait davantage de sécurité, de justice et d'utilité dans le dispositif.

833. Une sanction efficace à limiter dans un but de garantie de l'équilibre entre les intérêts. Un régime efficace de protection de l'investissement devrait reposer sur une sanction efficace de la faute lucrative apte, toutefois, à assurer un traitement équilibré de l'intérêt des tiers. Au stade du traitement de l'atteinte au droit de réservation, le souci de protection de l'investissement se trouve confronté à la circonstance qu'il existe un principe de liberté, empêchant que puisse être sanctionné un comportement jugé *a priori* normal en termes concurrentiels. Dès lors, le droit privatif ayant une nature et une existence exceptionnelles, la réaction juridique doit être légale, précise et mesurée. Cela justifie que tout acte ne puisse être sanctionné, ou seulement dans certaines limites et selon des cas prévus explicitement par la loi. Aussi, il est possible de limiter la sanction de certains comportements par la loi, si elle déclare que certains actes, dont on pourrait s'attendre à leur caractère illicite, ne seraient licites que dans des hypothèses particulières. C'est faire référence ici aux hypothèses d'exceptions au respect du droit exclusif, et avant tout à la détermination du champ et des contours de la prérogative exclusive. La limitation de la sanction renvoie à la définition de la mesure dans laquelle la charge du risque d'investissement doit peser sur l'investisseur ou sur le tiers fautif. La sanction remplit en effet une fonction d'attribution de la charge de la réalisation du risque d'investissement sur un tiers contrefacteur¹⁶⁸⁷.

¹⁶⁸⁶ Cf. *supra*, n° 303 et s.

¹⁶⁸⁷ Au risque d'y voir un argument en faveur de la disqualification de l'opération d'investissement qui, par nature, est risquée. Cf. GRUNDELER (G.), *op. cit.*, p. 364, n° 348.

834. Identification de la faute d'atteinte à un droit privatif de réservation d'un résultat d'investissement. Le droit subjectif institue un pouvoir exclusif d'autoriser ou d'interdire certaines utilisations du résultat d'investissement. Le non-respect de ce pouvoir par un tiers sera considéré comme une atteinte fautive justifiant la sanction. Ainsi, tout acte non justifié, renvoyant à un comportement exercé vis-à-vis du résultat d'investissement sans l'autorisation du titulaire, ou au-delà de celle-ci, voire en méconnaissance d'une interdiction, sera susceptible d'être sanctionné. Cet acte devra avoir pour effet de causer au titulaire du droit un dommage de nature à entraver le processus paisible de rentabilité de l'opération d'investissement. Le dommage emporterait en conséquence un possible préjudice, réparable après avoir été constaté et évalué. Il sera, en somme, assimilable au fait de tirer profit indument du fruit de l'investissement d'une personne¹⁶⁸⁸. Le préjudice, quant à lui, s'assimilerait à une absence de perception du retour sur investissement pouvant raisonnablement être attendu.

B. La mise en œuvre du droit de réservation limité dans son exercice

835. Le régime d'exercice limité du droit de réservation d'un résultat d'investissement. La limitation du droit de réservation dans sa seule existence risquerait d'emporter une trop large privatisation des résultats d'investissements. Dès lors, dans une démarche de justice corrective, il convient de rechercher les termes d'une limitation du droit au stade de son exercice. Celle-ci devra précisément être de nature à neutraliser les critiques d'une trop grande privatisation, permettant justement de tenir compte de l'intérêt des tiers au stade de l'exercice du droit¹⁶⁸⁹. Tout en assurant la résolution du conflit externe, le but est de prévoir des hypothèses permettant de neutraliser, ou de combattre la force du droit subjectif reconnu, lorsque son exercice tend à empêcher la réalisation des intérêts des tiers. D'une part, il s'agit d'imposer au titulaire une obligation d'exploitation, ainsi qu'un usage du droit qui ne soit pas antisocial, devant respecter le cadre de sa fonction (1). D'autre part, il s'agit de prévoir des exceptions légales et contrôlées au respect du droit, dont les conséquences pour l'investisseur ne pourront donner lieu, sous certaines conditions, à une sanction (2).

¹⁶⁸⁸ La sanction de ce comportement n'est pas sans évoquer celle du parasitisme sur le terrain de la responsabilité civile délictuelle. Cf. *supra*, n° 101 et s.

¹⁶⁸⁹ Cf. *Supra*, n° 503 et s.

1) *L'obligation d'exploiter et de respecter le cadre de la fonction du droit*

836. Neutraliser le caractère discrétionnaire de l'exercice du droit. La nature et la portée d'un droit exclusif de réservation emportent la conséquence qu'il est susceptible d'être exercé de façon discrétionnaire. Pourtant, puisque le droit subjectif, selon une vision sociale du droit, ne saurait être conçu comme un droit purement égoïste au stade de son existence, il ne peut non plus en être ainsi au stade de son exercice. L'admission d'un tel comportement négligerait le fondement même de son existence. Aussi, en dépit de son caractère exclusif et absolu, l'exercice du droit doit faire l'objet de limites légales et d'un contrôle. En ce sens, sera d'abord traitée l'hypothèse d'une obligation d'exploitation du droit assortie de sanctions utiles **(a)**, puis celle d'une sanction de l'exercice abusif et antisocial du droit **(b)**.

a. Une obligation d'exploitation assortie de sanctions utiles

837. Une restriction à la liberté contractuelle d'exploitation. Les droits de propriété intellectuelle, comme tout droit subjectif, permettent à leur titulaire une large possibilité de mise en œuvre, afin de satisfaire juridiquement leur intérêt. La nature et la portée du droit permettraient même au titulaire un exercice discrétionnaire. La mise en œuvre des droits de réservation d'un résultat d'investissement renvoie à l'exercice effectif d'un acte d'exploitation. Un tel acte est essentiellement encadré par l'outil contractuel, ce qui permet notamment au titulaire de jouir d'une grande liberté¹⁶⁹⁰. Si la liberté de l'acte d'exploitation de l'objet du droit, ou de la prérogative elle-même, par le titulaire, ressort de son seul pouvoir, de ses seules volontés et initiatives, cela implique qu'il puisse justement choisir de l'exercer ou non. Or, la légitimité *a priori* de cet exercice négatif du droit par son titulaire, s'illustrant par l'absence délibérée d'acte d'exploitation, serait potentiellement préjudiciable pour les intérêts des tiers et pour la société en général. Dès lors, il faut songer à l'hypothèse d'une exploitation à la charge du titulaire rendue légalement obligatoire, et assortie d'une sanction¹⁶⁹¹.

838. Les motifs. Conformément à leur finalité, les prérogatives instituées ont pour fonction de contribuer à la naissance du retour sur investissement, à l'appui de l'outil contractuel. L'exercice doit donc être effectif. La raison tient à la réalisation du but immédiat de l'intérêt de l'investisseur. Elle tient aussi, et plus indirectement, à une inscription dans une démarche

¹⁶⁹⁰ En dehors des quelques règles limitant précisément cette liberté dans un souci de protection de l'intérêt du titulaire ou des tiers. Cf. not. BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, p. 1148, n° 1148.

¹⁶⁹¹ Sur cette idée, avancée par BUYDENS (M.), *La propriété intellectuelle, op. cit.*, p. 473 ; sur cette obligation, cf. not. BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, p. 807, n° 1211 et s.

incitative et d'efficacité économique, dont le public et la société doivent tirer des bénéfices sociaux. L'hypothèse d'une obligation d'exploitation positive se justifie au regard des risques qu'une absence d'exercice emporterait. Ainsi, par exemple, l'exploitation forcée permet de garantir l'interopérabilité entre des innovations, au bénéfice plus ou moins direct des intérêts des concurrents et des consommateurs. Si l'absence de mise en œuvre du droit, ou au contraire, sa mise en œuvre, par un refus de concéder notamment une licence, aboutissent à des conséquences anticoncurrentielles, il faut une sanction assez dissuasive pour traiter le mal et en prévenir les manifestations.

839. Les moyens. Déjà connue du droit positif¹⁶⁹², l'obligation d'exploitation est le moyen essentiel pour lutter en amont ou en aval contre les conséquences sociales préjudiciables de la non-exploitation du droit, ou de son exercice négatif. Ce faisant, la liberté d'exploitation du titulaire du droit s'en trouve limitée. Il s'agit de poser une restriction légale à la liberté contractuelle de ne pas exploiter. Aussi, cette obligation, qui devrait prospectivement être explicitement posée et justifiée, devrait aussi être sanctionnée *via* un mode de forçage assorti de conditions et d'un contrôle. En droit positif, ces comportements connaissent déjà des sanctions sous les traits des licences dites de manières générales « autoritaires »¹⁶⁹³, et plus spécialement, de dépendance¹⁶⁹⁴, d'office¹⁶⁹⁵, ou d'ordre public¹⁶⁹⁶. La mise en place de licences légales est une illustration pertinente de la nécessité de concilier les intérêts en jeu, en forçant l'exploitation pour satisfaire l'intérêt des tiers, tout en respectant dans certaines mesures celui du titulaire du droit¹⁶⁹⁷. La réponse juridique pourrait être opportunément généralisée. Le comportement de refus d'exploitation revient parfois à priver un tiers de l'accès conditionné à une innovation réservée et utile pour la société. Il peut également être interprété comme un comportement antisocial voire abusif, dès lors que cette position est motivée par une intention de nuire, ou d'outrepasser son droit, à en dépasser la fonction. Si ce comportement tend déjà à être sanctionné en droit positif, il doit aussi l'être de façon générale en droit prospectif.

¹⁶⁹² En droit des brevets, cf. art. L613-11 et s. CPI (obligation déduite du texte). En droit d'auteur, cf. art. L122-9 CPI ; pour le producteur de l'œuvre audiovisuelle cf. art. L132-27 CPI ; pour l'éditeur cf. art. L132-12 CPI. Cf. LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *op. cit.*, p. 596, n° 710, sur l'abus dans l'usage ou le non-usage des droits d'exploitation ; Cf. AZÉMA (J.) et GALLOUX (J.-Ch.), *op. cit.*, précis, p. 458, n° 670 et s., en matière de droit de la propriété industrielle.

¹⁶⁹³ AZÉMA (J.) et GALLOUX (J.-Ch.), *op. cit.*, p. 458, n° 669 et s.

¹⁶⁹⁴ *Id.*, p. 461, n° 676 et s.

¹⁶⁹⁵ *Id.*, p. 463, n° 682,

¹⁶⁹⁶ BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 858, n° 1280 et s.

¹⁶⁹⁷ *Id.*, p. 833, n° 1250.

b. Une sanction de l'exercice antisocial du droit

840. Prévenir et sanctionner l'usage antisocial du droit de réservation. La légitimité de l'existence du droit de réservation implique que son exercice ne puisse être jugé antisocial. L'exercice du droit tendant à négliger sa fonction sociale peut se manifester dans l'intention de nuire¹⁶⁹⁸. Il se traduit par un abus, ou un détournement de sa fonction de nature à faire naître un préjudice pour le tiers. Un tel comportement devrait être empêché en amont, et sanctionné le cas échéant. La sanction des usages antisociaux du droit peut être analysée au regard des motifs et des voies de limitation de son exercice¹⁶⁹⁹.

841. Les motifs du combat contre l'exercice antisocial du droit. *A priori*, le droit exclusif de réservation de nature privative, au regard de son supposé caractère absolu, ne serait pas susceptible d'abus, dès lors qu'il est considéré comme discrétionnaire. Pourtant, pour différentes raisons, ce droit doit être limité. La limite et le contrôle de l'exercice du droit pourraient être perçus comme empêchant le droit de réaliser sa fonction tendant à la satisfaction de l'intérêt personnel du titulaire. Cependant, ce serait négliger le fait que le droit subjectif est institué non seulement pour satisfaire un intérêt privé, mais aussi pour satisfaire un intérêt général et social¹⁷⁰⁰, impliquant que l'exercice du droit ne puisse, par nature, être antisocial. Il faut alors s'efforcer de trouver un équilibre. La force du droit subjectif trouverait ses limites dans les prévisions de la loi s'agissant des modes possibles d'exercice du droit, déterminés en fonction de sa finalité. Selon des motifs de justice et d'utilité, le droit ne saurait ainsi être exercé en méprisant sa raison d'être¹⁷⁰¹.

842. Les voies du combat contre l'exercice antisocial du droit. Le titulaire doit être invité à exercer son droit conformément à sa raison d'être. Cette dernière tient non seulement à la protection primaire de son intérêt, mais aussi aux bénéfices que peut retirer la société de l'existence et d'un certain accès au résultat d'investissement objet du droit. Ce faisant, le droit ne doit pas être exercé en dehors de sa fonction sociale¹⁷⁰², ni même de façon exclusivement égoïste¹⁷⁰³. L'usage égoïste du droit, ou l'usage dépassant le cadre de sa raison d'être, au point de nuire aux intérêts des tiers, renvoie à un usage antisocial, voire abusif. Il doit être sanctionné à ce titre, et même combattu en amont. Dès lors qu'ils ont une fonction sociale, les droits doivent

¹⁶⁹⁸ JOSSERAND (L.), *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'Abus des droits*, 2^e éd., Paris : Dalloz, 1939, p. 25, n° 21.

¹⁶⁹⁹ *Id.*, p. 10, n° 10.

¹⁷⁰⁰ JALLAMION (C.), « La fortune de Josserand », *Prop. Ind.* oct. 2010, Dossier 2, p. 9, n° 4 et s.

¹⁷⁰¹ JOSSERAND (L.), *op. cit.*, p. 11, n° 10.

¹⁷⁰² JALLAMION (C.), *loc. cit.*, p. 11, n° 14 et s.

¹⁷⁰³ JOSSERAND (L.), *op. cit.*, p. 321, n° 237.

être exercés dans ce cadre. L'exercice limité du droit contribue à sa légitimité. Il s'agira de neutraliser, tant en amont qu'en aval, les conséquences socialement préjudiciables d'un exercice antisocial du droit. Sur le terrain économique, l'enjeu est plus particulièrement de prévenir les comportements anticoncurrentiels en les sanctionnant le cas échéant, ou en les prévenant en amont. La prévention repose sur la précision des contours des règles du régime d'exercice du droit. Pour définir des mesures veillant à l'usage social du droit, il faut d'une part identifier clairement des comportements antisociaux à prévenir et à sanctionner le cas échéant, et d'autre part, établir les modalités du commandement et de la réaction juridiques.

843. Identifier des comportements antisociaux à sanctionner, à partir de la détermination de l'objet et de la fonction du droit. Un droit sera considéré comme exercé de façon abusive et antisociale s'il est employé dans un but étranger à sa fonction. Le droit ne doit pas pouvoir être employé pour servir une autre cause que celle qui lui est attribuée, auquel cas il s'agirait d'un détournement de fonction¹⁷⁰⁴. Ainsi, pour déterminer le cadre de l'exercice du droit, il faut identifier clairement l'objet spécifique du droit de réservation, ainsi que sa fonction essentielle, à l'instar, par exemple, des efforts développés en ce sens par la jurisprudence de l'Union européenne¹⁷⁰⁵. Un droit de réservation protecteur de l'investissement ne devrait pas être constitué, ni exercé, sans tenir compte de sa fonction sociale¹⁷⁰⁶, c'est-à-dire du bien fait que son existence et son exercice sont susceptibles d'apporter à la société. Il conviendrait de souligner clairement que l'objet et la prérogative spécifique du droit de réservation existent comme outil de rentabilité de l'investissement, et ce non dans un seul mobil égoïste de l'investisseur, mais dans un but social d'incitation à l'investissement. Ce faisant, devrait être sanctionné tout comportement visant, par exemple, à bloquer un processus de progrès ou d'innovation sociale, ou encore à empêcher la libre et loyale concurrence sur les marchés¹⁷⁰⁷.

¹⁷⁰⁴ *Id.*, p. 395, n° 292.

¹⁷⁰⁵ BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 930, n° 1401 et s., et p. 931, n° 1402, sur l'objet spécifique et la fonction essentielle des différents droits de propriété intellectuelle.

¹⁷⁰⁶ VIVANT (M.), « De la finalité sociale des droits de propriété intellectuelle », *loc. cit.*, spé. p. 15, n° 29, et p. 11, n° 15 ; du même auteur, cf. égal. « Intellectual Property Rights and their Functions : determining their legitimate 'enclosure' », in ULRICH (H.), DRAHOS (P.) et GHIDINI (G.) (dir.), *Kritika: Essays on intellectual property*, vol. 3, Edward Elgar Pub., 2018, p. 44.

¹⁷⁰⁷ Ces comportements trouvent des illustrations, plus précisément, dans la constitution de droits de réservation privatifs, aux fins de bloquer les activités des concurrents, dans l'engagement d'actions en contrefaçon motivées par la menace et la rançon, spécialement dans le cadre de la pratique des « patent trolls », mais aussi, comme cela a déjà été relevé, dans le refus de concéder une licence à un concurrent sans motif légitime autre que celui de l'intention de nuire. À ce sujet, cf. not., CARON (Ch.), « Les mauvaises actions en contrefaçon », *CCE* avr. 2019, n° 4, Étude 8 ; LE STANC (Ch.), « L'abus dans l'exercice du droit de brevet : les "patent trolls" », *Prop. Ind.* oct. 2010, Dossier 8, et du même auteur, « Les malfaisants lutins de la forêt des brevets : à propos des patent trolls », *Prop. Ind.* févr. 2008, Étude 3.

844. Établir les modalités du commandement juridique à titre de prévention et celles de la réaction juridique à titre de sanction. Afin de lutter en amont ou en aval contre l'exercice antisocial du droit de réservation, le droit positif de la propriété intellectuelle n'est actuellement pas démuné d'outils¹⁷⁰⁸. Ceux-ci devraient être employés et généralisés de façon prospective, pour limiter le cadre de l'exercice du droit de réservation d'un résultat d'investissement. En amont, il conviendrait d'abord de préciser clairement dans la loi, l'objet spécifique et la fonction essentielle du droit, autrement dit sa finalité et son caractère opératoire. En aval, en cas d'exercice antisocial du droit conduisant à des situations préjudiciables pour les tiers mais également, par exemple, pour la garantie du principe de la liberté de la concurrence, des sanctions efficaces doivent être prévues. L'exercice antisocial du droit de réservation d'un résultat d'investissement doit pouvoir être sanctionné par les mécanismes existants¹⁷⁰⁹.

2) L'institution d'exceptions au respect du droit

845. La recherche d'équilibre par des exceptions légales et contrôlées. Doit être envisagée une démarche de permission et de liberté d'accès des tiers à l'objet de la réservation, sans que le titulaire n'ait à être consulté. Le but est en effet de réduire la portée du droit au stade de son exercice. Cette conséquence est nécessaire, dans un objectif de conciliation des intérêts. Toutefois, il conviendrait de veiller à ce que l'intérêt de l'investisseur ne soit pas pour autant tout à fait négligé à ce stade. La limitation de l'exercice du droit de réservation d'un résultat d'investissement doit passer par l'institution légale d'une zone d'exceptions contrôlées au respect du droit de l'investisseur par les tiers, tout en veillant à limiter ces effets à l'égard du titulaire¹⁷¹⁰. D'abord, les tiers doivent pouvoir être légalement dispensés dans certains cas du

¹⁷⁰⁸ Il suffit de songer par exemple au concept de l'abus de droit, sur le sujet cf. not. CARON (Ch.), *Abus de droit et droit d'auteur*, Coll. Droit des affaires, Propriété intellectuelle, t. 17, Paris : Litec, 1998 ; du même auteur, « Abus de droit et droit d'auteur. Une illustration de la confrontation du droit spécial et du droit commun en droit civil français », *RIDA* avr. 1998, n° 176, p. 3 et s., spé. p. 54 ; CARREAU (C.), « Propriété intellectuelle et abus de droit », in *Mélanges André FRANÇON*, *op. cit.*, p. 7.

¹⁷⁰⁹ Basés sur la théorie par exemple des infrastructures essentielles, cf. AZÉMA (J.) et GALLOUX (J.-Ch.), *op. cit.*, p. 540, n° 783 et s. et aussi sur celle de l'objet spécifique et de la fonction essentielle du droit. Il est également possible de renvoyer aux mécanismes employés en matière de droit de la concurrence interne (art. L420-1 et L420-2 du Code de commerce) et de l'Union européenne (notamment sur les fondements des articles 101 et 102 TFUE, cf. à ce sujet not., BENABOU (V.-L.), « Propriété intellectuelle et libre concurrence : le jeu de l'article 101 TFUE », in *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 151 et s., et du même auteur, dans le même ouvrage, « Propriété intellectuelle et libre concurrence : le jeu de l'article 102 TFUE », *op. cit.*, p. 165 et s.), ainsi que directement en matière de propriété intellectuelle (AZÉMA (J.) et GALLOUX (J.-Ch.), *op. cit.*, p. 473, n° 695), ou sur le terrain du droit commun (CARON (Ch.), *Abus de droit et droit d'auteur*, *op. cit.* ; JALLAMION (C.), *loc. cit.*, p. 11, n° 19). Ainsi, par exemple, des situations d'abus de position dominante découlant de l'exercice d'un droit de réservation peuvent donner lieu à des licences autoritaires (AZÉMA (J.) et GALLOUX (J.-Ch.), *op. cit.*, p. 517, n° 760 et s.).

¹⁷¹⁰ À l'instar des mécanismes existants de manière diffuse dans le champ des régimes de propriété intellectuelle.

respect des droits patrimoniaux du titulaire (a). Puis, l'effet de la dispense du respect du droit à l'égard du titulaire doit être limité à son tour, afin que le droit de réservation ne soit pas vidé de sa substance (b).

a. Dispenser les tiers du respect des droits

846. L'utilité d'un système d'exceptions : motifs et moyens. Le principe de respect du droit exclusif de réservation du titulaire investisseur doit céder de la place aux intérêts des tiers. La justice corrective implique la nécessité de permettre aux utilisateurs et concurrents un certain accès intellectuel et/ou matériel à l'objet réservé économiquement, participant ainsi de la jouissance du progrès qu'apporte le résultat d'investissement. L'une des méthodes à cet effet tient à l'institution, de manière exceptionnelle, d'hypothèses dans lesquelles le tiers n'aurait pas à solliciter l'autorisation du titulaire pour accéder au résultat d'investissement. Ainsi, la possibilité pour un tiers d'invoquer une exception aura pour effet de neutraliser le principe d'autorisation ou d'interdiction d'usage ou d'accès à l'objet réservé, et donc, une éventuelle sanction. L'opportunité d'un système d'exceptions ressort en effet de la prise en compte d'un besoin d'accès facilité à l'objet du droit, pour des raisons pratiques, ou selon des considérations pouvant être qualifiées de plus politiques, et reposant sur la garantie des libertés et droits fondamentaux¹⁷¹¹. L'institution et la détermination d'un champ des exceptions témoignent d'un exercice de recherche d'équilibre devant être mené par le législateur, au travers d'une mise en balance des intérêts des titulaires du droit et des tiers¹⁷¹².

847. Proposition de définition et de contenu d'un champ des exceptions. La définition des contours et du contenu des exceptions au respect du droit est déterminante pour que le système soit à la fois équilibré et cohérent. Nous n'entrerons pas ici dans le détail de ce que pourraient être ces exceptions. Il convient toutefois de préciser qu'elles pourraient exister dans différents domaines, et poursuivre des finalités variées, soient-elles de nature publique ou privée¹⁷¹³. Il s'agira ainsi, essentiellement, de permettre la garantie par exemple, de la liberté d'expression, du droit à l'information, du respect à la vie privée, des libertés économiques, de

À ce sujet, cf. not. les art. L122-5, L211-3, L342-3, L513-6 et s. L613-5, L623-4-1 et L713-6 CPI.

¹⁷¹¹ Cf. LUCAS (A.), « Droit des auteurs. – Droits patrimoniaux. – Exceptions au droit exclusif », *J.-Cl. PLA*, fasc. 1248, 2018, n° 21.

¹⁷¹² ALLEAUME (Ch.), « La mise en balance du droit d'auteur », *RIDC* 2010, vol. 62, n° 2, p. 423, spé. p. 432.

¹⁷¹³ Envisageant, au sein des exceptions à usage public en droit d'auteur, des exceptions fondées sur les libertés fondamentales et celles fondées sur des finalités culturelles, cf. GALOPIN (B.), *op. cit.*, p. 116, n° 151 et s. ; CARRE (S.), « Des exceptions d'usage privé : le cas de la copie privée », in *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 327, et du même auteur, dans le même ouvrage, « Des exceptions d'usage public », *op. cit.*, p. 346.

la liberté de création. Les exceptions devraient pouvoir être invoquées seulement dans des situations dans lesquelles l'usage commercial ne serait pas recherché¹⁷¹⁴. Une hypothèse contraire serait trop fortement de nature à conduire l'investisseur à affronter un risque d'investissement. Les droits de nature patrimoniale constituent en effet l'outil essentiel de l'investisseur en vue de la perception d'un retour de son investissement. En somme, les exceptions devraient permettre à un tiers d'être dispensé de solliciter l'autorisation du titulaire du droit, afin d'user ou d'accéder à l'objet réservé, dès lors qu'il n'envisage pas une destination commerciale ou lucrative.

848. Mise en œuvre des exceptions : conditions et effets. Soumis à des cas d'exceptions, le droit de réservation se retrouve en quelque sorte inopposable aux personnes exerçant des actes permis à titre d'exception par la loi, ne pouvant ainsi encourir une sanction pour atteinte au droit¹⁷¹⁵. De nature à réduire la portée du droit de réservation de l'investisseur, la mise en œuvre des exceptions légales doit être d'interprétation stricte. Il en va non seulement de la garantie de l'intérêt matériel du titulaire du droit, mais également de la sécurité juridique. Les exceptions devraient être listées de manière exhaustive, dans une forme de *numerus clausus*¹⁷¹⁶. Par ailleurs, les effets recherchés par le système d'exceptions et même, plus largement, la dynamique dont il procède, pourraient être perturbés par des phénomènes tendant à les négliger et véhiculant des conséquences négatives en termes de sécurité matérielle et juridique. En effet, il est fait usage des droits fondamentaux pour limiter la protection conférée par un droit de la propriété littéraire et artistique, ou pour contourner le droit exclusif lui-même. Ainsi, la jurisprudence a pu être amenée à faire prévaloir un droit fondamental sur un droit subjectif, en négligence de l'existence légale et limitative d'un champ des exceptions¹⁷¹⁷. L'utilité de

¹⁷¹⁴ Sur le critère de l'usage commercial en matière d'exceptions en droit d'auteur, cf. not. LAPOUSTERLE (J.), « L'usage commercial en droit d'auteur : indifférence véritable ou déni ? », in LAPOUSTERLE (J.) et LATIL (A.) (dir.), *L'usage commercial des biens intellectuels*, Presses universitaires de Sceaux, Paris : Éditions mare & martin, 2020, p. 63.

¹⁷¹⁵ Évoquant à ce titre un effet de « paralysie du monopole », cf. CARRE (S.), « Des exceptions d'usage privé », *loc. cit.*, spé. p. 334, n° 2.

¹⁷¹⁶ Se pose néanmoins la question d'une nécessaire évolution des exceptions qui suivraient les évolutions des besoins et des techniques de divers ordres. Par exemple, la production des œuvres dites « transformatives » ou « transmatrices » semble appeler un statut juridique particulier, et éventuellement la création d'une exception adaptée (à ce sujet cf. not. BENABOU (V.-L.) et LANGROGNET (F.), *Rapport de la mission du CSPLA sur les « œuvres transformatives »*, 2014, https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewiWrIX6vZPuAhXM4lUKHTE_Ca8QFjABegQIARAC&url=https%3A%2F%2Fwww.culture.gouv.fr%2Fcontent%2Fdownload%2F107727%2F1258065&usq=AOvVaw2MZiFMpI8-XWZhjfusXz3- ; LÉGER (P.), *La recherche d'un statut de l'œuvre transmatrice, Contribution à l'étude de l'œuvre composite en droit d'auteur*, Coll. Bibl. de droit privé, t. 584, LGDJ, 2018).

¹⁷¹⁷ À l'occasion de conflits entre droit de propriété intellectuelle – droit subjectif – et droit fondamental – à la liberté d'expression ou droit à l'information. Cf. par exemple Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 2015, n° 13-27.391, *Alix Malka c/ Peter Klasen* : *Bull. civ. I*, n° 116 ; *D.* 2015, p. 1094, obs. A. T, p. 1672, obs. BENSAMOUN (A.) et SIRINELLI (P.), et p. 2189, obs. GAUTIER (P.-Y.) ; *RTD com.* 2015, p. 509 et p. 515, obs. POLLAUD-DULIAN (F.) ;

l'existence des exceptions risque de se trouver contournée et même vidée. La conception d'un système d'exceptions est susceptible de jouer plusieurs rôles dans la recherche d'équilibre entre intérêts. Ainsi, sa mise en œuvre par le législateur invite à exercer un test de proportionnalité, en mettant en balance les intérêts en présence¹⁷¹⁸, en vue de leur pesée, de leur valeur, en termes de justice et d'utilité sociale, mais peut-être également, par la jurisprudence. On peut se demander, avec d'autres auteurs, à quoi peut bien servir la prévision par le législateur de champs d'exception au respect du droit, face au comportement de la jurisprudence. En effet, certaines juridictions sont amenées à placer dans la balance des intérêts, le droit subjectif et une liberté fondamentale, pour finalement faire prévaloir cette dernière. Il en résulte ainsi une négligence de la force du droit subjectif et l'utilité du champ des exceptions prévu également. Il faut alors insister sur le caractère légal de l'institution de ces exceptions, et leur interprétation jurisprudentielle stricte. La balance des intérêts par la jurisprudence entre un droit subjectif de propriété intellectuelle, entouré de la valeur également du droit fondamental de propriété, et un droit ou une liberté fondamentale, est une bonne chose. Or, l'existence d'exceptions légales au respect du droit patrimonial révèle déjà qu'une balance des intérêts a été mise en œuvre par le législateur, pour trouver un équilibre et limiter la portée de l'exercice du droit subjectif¹⁷¹⁹, dont le résultat doit être respecté.

b. Limiter l'effet de la dispense à l'égard du titulaire

849. Les effets nuisibles de la dispense de respect du droit sur la rentabilité de l'investissement. Dans un souci de conciliation entre les intérêts de l'investisseur titulaire et des tiers, le recours à un système d'exceptions légales au respect du droit patrimonial est susceptible d'affecter le rôle et l'efficacité de ce dernier. Quand bien même les exceptions ne pourraient être invoquées que si le tiers envisage un usage non lucratif, ni commercial de l'objet

Juris art. etc. oct. 2016, n° 39, p. 28, note TREPPOZ (E.) ; *Légipresse* 2015, p. 474, note VARET (V.) ; *JCP G* 2015, 902, obs. GAUTIER (P.-Y.), et 967, obs. GEIGER (Ch.) ; *CCE* févr. 2016, Chron. 4, n° 2, obs. RANOUIL (M.), et juill. 2015, Comm. 55, note CARON (Ch.) ; *Gaz. Pal.* 2015, p. 3673 note MARINO (L.) ; *LPA* 18 janv. 2016, n° 12, p. 4, note DAVERAT (X.) ; *LEPI* juill. 2015, p. 1, obs. LUCAS (A.) ; *PI* 2015, n° 56, p. 281, note LUCAS (A.), et p. 285, note BRUGUIÈRE (J.-M.), et 2016, n° 58, p. 89, obs. VIVANT (M.) et GEIGER (Ch.) ; *RLDI* 2015/116, n° 3724, obs. COSTES (L.). V° égal. VIVANT (M.), « La balance des intérêts... Enfin », *CCE* oct. 2015, Étude 17 ; ZOLLINGER (A.), « Droit d'auteur et liberté d'expression. Comment procéder à la balance des intérêts in concreto ? », *CCE* avr. 2017, Étude 7 ; MARÉCHAL (C.), « Les exceptions au droit d'auteur sur les œuvres d'art », *CCE* oct. 2015, Étude 18.

¹⁷¹⁸ AZZI (T.), « La balance des intérêts en droit de la propriété littéraire et artistique », in BARBÉ (V.), GUILLERMINET (C.) et MAUCLAIR (S.) (Dir.), *La notion d'intérêt(s) en droit*, Coll. « Colloques & Essais », Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, Bayonne : diffusion LGDJ – Lextenso éditions, 2020, p. 191.

¹⁷¹⁹ ZOLLINGER (A.), « Propriété littéraire et artistique et droits fondamentaux », *J.-Cl. PLA*, fasc. 1970, 2019, n° 26.

réservé, il n'empêche que cet usage ne dépendant pas d'une autorisation serait susceptible d'affecter l'intérêt du titulaire. L'usage de l'objet réservé par le tiers pourrait en effet influencer sur le niveau du retour attendu de l'investissement par le titulaire. Cette circonstance pourrait non seulement être préjudiciable à l'investisseur, mais également au public, qui pourrait être privé de nouveaux résultats d'investissements. Ce faisant, le système d'exceptions pourrait à son tour être vu comme manquant d'équilibre.

850. Les moyens de limitation des effets. La portée du système d'exceptions doit être limitée en entourant la mise en œuvre des exceptions d'un contrôle de ses effets ou d'une contrepartie, en amont et/ou en aval. À l'instar de certaines solutions mises en place en propriété intellectuelle, et surtout en propriété littéraire et artistique, il conviendrait d'envisager des modalités permettant de limiter les effets possiblement préjudiciables de l'invocation de l'exception par un tiers, sur l'intérêt de l'investisseur. Le premier moyen de limitation des effets tient à la prévision d'une liste légale et limitative des exceptions d'interprétation stricte. Aussi, à l'occasion d'une mise en balance jurisprudentielle d'un droit subjectif et d'un droit fondamental, la pesée devrait être prudente au regard de ses effets, au risque de faire perdre son sens au système d'exceptions. Au stade jurisprudentiel, le recours à la mise en balance des intérêts ne doit pas pouvoir perturber l'équilibre décidé par le législateur, ce qui confinerait à un manque de sécurité juridique¹⁷²⁰.

851. Le recours à un dispositif de contrôle de la mise en œuvre de l'exception. Le système de test des trois étapes existant en propriété littéraire et artistique, pour contrôler la mise en œuvre des exceptions aux droits, pourrait être conservé et généralisé aux droits de réservation des résultats d'investissement(s). Il présente en effet un certain intérêt dans la recherche de conciliation des intérêts de l'investisseur et du tiers¹⁷²¹. Les exigences du recours à l'exception nous permettent de croire qu'il s'agit de prendre en compte la rentabilité de l'investissement dans l'objet réservé sans que cela n'emporte certains effets négatifs pour le titulaire¹⁷²². En effet, ce système, au-delà d'exiger que l'exception invoquée soit prévue légalement, invite à contrôler que l'usage exceptionnel ne soit pas de nature à provoquer pour le titulaire du droit un manque à gagner, qui pourrait selon nous correspondre à une forme de non-retour sur investissement¹⁷²³.

¹⁷²⁰ CARRE (S.), « Des exceptions d'usage public », *loc. cit.*, spé. p. 361, n° 30 et s.

¹⁷²¹ ALLEAUME (Ch.), « La mise en balance du droit d'auteur », *loc. cit.*, spé. p. 442 et s., évoquant une balance en faveur de l'auteur, que nous envisagerions comme une balance en faveur de l'investisseur titulaire du droit, dont le tiers se voit dispensé du respect, dans la limite d'actes de nature à entraver l'intérêt de l'investisseur à la rentabilité de son opération.

¹⁷²² Cf. *supra*, n° 335.

¹⁷²³ Il pourrait ainsi être prévu, à l'image des dispositions de l'article L122-5 du Code de la propriété intellectuelle,

852. La mise en place d'exceptions compensées équitablement : l'hypothèse des droits à rémunération. En droit positif, certaines exceptions au respect du droit exclusif sont assorties d'une compensation¹⁷²⁴. Le législateur a été amené à prévoir un mode de compensation dit équitable au bénéfice du titulaire, dans le cadre de l'exception notamment de copie privée, s'assimilant à un droit à indemnisation. Cette rémunération, dont les modalités sont prévues par la loi¹⁷²⁵, a pu entraîner des interrogations quant à sa nature. Il semble qu'elle puisse être interprétée comme une indemnisation d'un préjudice¹⁷²⁶. Une telle exception, assortie d'une rémunération, peut plus largement être lue comme une sorte de licence légale¹⁷²⁷. Cette licence serait donc non-volontaire, et assortie d'une contrepartie. Elle révèle bien la démarche d'équilibre dans la considération des intérêts, à la fois de l'investisseur titulaire du droit exclusif et du tiers, apportant une solution au conflit externe. Aussi, si cette licence non-volontaire est effectivement un mode de limitation de la portée du droit exclusif de réservation, l'existence d'une rémunération – compensation équitable – témoigne tout de même du souci de rentabilité de l'opération protégée. La licence non-volontaire compensée interroge l'opportunité du développement des droits à rémunération. Ceux-ci pourraient néanmoins tendre à un effacement du droit exclusif en tant que tel, pour y substituer une sorte de licence payante dont l'investisseur ne pourrait consentir à tous les aspects. La piste des exceptions compensées équitablement pourrait donc être développée raisonnablement dans un droit prospectif protecteur des investissements immatériels et créatifs.

II. L'aspect subjectif de la protection

853. La résolution du conflit interne entre intérêts de l'investisseur intellectuel et de l'investisseur économique. L'étude de la protection objective de l'investissement a permis d'identifier l'objet et le régime de la réservation, pour solder le conflit dit *externe*.

que l'exception ne puisse être invoquée, dès lors que l'usage fait de l'objet réservé est de nature à « *porter atteinte à l'exploitation normale [du résultat d'investissement], ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de [l'investisseur]* ».

¹⁷²⁴ Cf. ALLEAUME (Ch.), « La mise en balance du droit d'auteur », *loc. cit.*, spé. p. 438 et s., évoquant des exceptions et limitations compensées.

¹⁷²⁵ Art. L311-1 CPI.

¹⁷²⁶ Cf. CJUE, 21 oct. 2010, C-467/08, *Padawan SL* : D. 2010, p. 2646, obs. DALEAU (J.), et 2011, p. 2164, obs. SIRINELLI (P.) ; *RTD com.* 2010, p. 710, obs. POLLAUD-DULIAN (F.) ; *JCP G* 2010, 1256, note MARINO (L.) ; *Europe* déc. 2010, Comm. 434, note IDOT (L.) ; *CCE* janv. 2011, Étude 1 note BINCTIN (N.), et Comm. 2, note CARON (Ch.) ; *Gaz. Pal* 2011, jur. p. 450, note MARINO (L.), et p. 309 note SOULEZ (M.) et TELLIER-LONIEWSKI (L.) ; *LEPI* déc. 2010, p. 1, obs. LUCAS (A.) ; *RLDI* 2010/66, n° 2158, note BOUCHET-LE MAPPIAN (E.). Cf. égal. S. CARRE, *loc. cit.*, p. 327 et s. spé. p. 338, n° 14 et s. au sujet de la rémunération pour copie privée ; GALOPIN (B.), *op. cit.*, p. 204.

¹⁷²⁷ CARON (Ch.), *op. cit.*, p. 355, n° 368.

Indirectement, elle contribue déjà à la protection de l'intérêt de l'auteur de l'opération, et donc en partie, à la protection subjective. L'étude particulière de cette dernière, qu'il s'agit désormais de mener, solde le conflit dit *interne* opposant les intérêts des investisseurs intellectuel et économique. Le conflit devant être résolu se manifeste à l'occasion du régime juridique spécifique de réservation d'un *résultat d'investissements combinés*. Il doit être traité au travers de la définition de règles de titularité du droit de réservation de cet objet particulier, et des règles de partages des suites de l'opération d'investissement. La problématique de la réservation se déplace ainsi vers ses enjeux au stade de la valorisation du droit.

854. La problématique de la titularité du droit sur un résultat d'investissements combinés. Les présents développements seront spécialement consacrés au régime de titularité et d'exercice du droit de réservation d'un résultat d'investissements combinés, assimilable aujourd'hui et de manière large, à une « création de dépendance ». De tels objets, en considération de leur nature et de leurs sources, ne peuvent se contenter des règles génériques du régime de titularité du droit de réservation précédemment présenté. En effet, la circonstance que le résultat d'investissements combinés soit le fruit de l'apport de différentes valeurs, assumées parfois par des personnes différentes, contribue à faire naître la problématique de l'identité du titulaire du droit en assurant la réservation, puis la valorisation. La problématique se manifeste à plus forte raison lorsque le coût de l'apport extra-économique de l'investisseur intellectuel n'est pas assumé par ce dernier, mais de façon croisée, par l'investisseur économique. Plus concrètement, la situation renvoie à celle des créations ou des inventions conçues dans un contexte de dépendance juridique ou économique, telle que des objets immatériels développés dans le cadre d'une relation de travail ou de commande¹⁷²⁸.

855. La nécessité de penser un régime générique à titre prospectif. En l'état du droit de la propriété intellectuelle, les réponses juridiques apportées à ces problématiques ne nous semblent pas satisfaisantes, tant elles manquent d'uniformité et sont même parfois en décalage avec les schémas et attentes des réalités¹⁷²⁹. Cela justifie dès lors de reconstruire, de façon dédiée et assumée, un régime juridique de titularité du droit de réservation d'un objet immatériel conçus dans un contexte de dépendance, capable d'apporter une solution satisfaisante au

¹⁷²⁸ En l'occurrence, chacun des deux investisseurs, qu'il soit employeur ou commanditaire (assumant la fonction d'investisseur économique) ou salarié ou commandité (assumant la fonction d'investisseur intellectuel) entendra être titulaire du droit de réservation, afin de pouvoir gérer comme il l'entend l'exploitation qui devra assurer la naissance du retour sur investissement attendu.

¹⁷²⁹ La problématique se pose surtout en droit d'auteur, sans que les réponses juridiques ne nous contentent, tant elles sont hétérogènes et trahissent selon nous un manque de cohérence. En ce sens cf. not. BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 102, n° 88.

conflit¹⁷³⁰. Nous proposerons donc un régime générique qui s'appliquerait à la titularité du droit de réservation sur ce type d'objet et de manière uniforme. La tâche semble bien ambitieuse, tant de nombreux exercices en ce sens de la part des différentes sources du droit¹⁷³¹, et particulièrement de la doctrine, n'ont pu totalement aboutir à des résultats satisfaisants ni opérationnels¹⁷³². La situation semble au *statu quo*, et la seule possibilité d'en sortir tient, au demeurant, à l'exercice de choix de politique juridique de la part du législateur. Les règles de titularité du droit de réservation d'un résultat d'investissements combinés doivent d'abord être définies (A), avant de déterminer le régime de répartition des suites de l'opération générale (B).

A. Définir des règles de titularité du droit de réservation sur un résultat d'investissements combinés

856. Assurer un équilibre dans les règles de titularité. Les différents types d'investisseurs collaborant par leurs apports à la naissance d'un résultat d'investissements combinés prétendent respectivement à la titularité du droit de réservation sur cet objet. Se pose la question de la détermination de la personne vouée à être reconnue titulaire du droit, ne devant pas pour autant négliger l'intérêt de l'autre. La réponse à cette question tiendra compte de la circonstance que le droit de réservation sera considéré comme unique et essentiellement économique, attribuable à une seule d'entre elles. L'application primaire d'une justice distributive, puis celle conséquente d'une justice corrective, sont les conditions de la sortie du conflit *interne*. Ces applications permettent en effet de concilier les intérêts en jeu par leur hiérarchisation dans un ordre de satisfaction. Ainsi, il s'agira de mettre en place une règle principe de titularité du droit de réservation favorable à l'intérêt de l'investisseur économique (a). Elle devra être assortie de mesures correctives à l'égard de la situation de l'investisseur intellectuel, dont l'intérêt doit également être protégé (b).

1) Un principe de titularité favorable à l'investisseur économique

857. La recherche d'un principe transcendant de titularité du droit de réservation d'un résultat d'investissements combinés. Les particularités du contexte d'existence des résultats

¹⁷³⁰ *Id.*, p. 101, n° 87 ; VIVANT (M.), « Repenser la création en entreprise ? », *loc. cit.*, spé. p. 161 et s.

¹⁷³¹ Cf. not. HADAS-LEBEL (R.), Rapport au Ministre de la Culture et de la Communication, Mission sur la mise en œuvre du droit d'auteur dans le cadre du statut de salarié de droit privé, décembre 2002, <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/024000625.pdf>.

¹⁷³² CARON (Ch.), *op. cit.*, p. 176, n° 202 et s., sur la création de l'auteur dépendant, et p. 181, n° 206 sur les perspectives d'évolution : « *Le droit de la création salariée semble impossible à réformer* ».

d'investissements combinés influent sur la question de la titularité du droit de réservation permettant son appropriation. Chacun des apporteurs intellectuel et économique convoite en effet la titularité du droit de réservation. Dès lors, pour traiter ce conflit potentiel d'intérêts, il convient d'établir une règle de principe de titularité. Cette dernière devra permettre d'identifier qui, par principe, dans le contexte de production dépendante d'un tel résultat, aura le privilège de détenir le droit. L'existence d'un principe permettra l'application d'office de la règle adoptée, afin d'éviter des difficultés dans l'attribution du droit¹⁷³³. Aussi, compte tenu de l'existence de régimes d'appropriation suivant des logiques variées au sein du droit positif de la propriété intellectuelle, il est souhaitable de construire un principe unique et générique de titularité¹⁷³⁴. Il serait applicable aux différents profils de ces objets fruits d'apports de natures variées, qu'ils présentent par exemple une nature culturelle, scientifique ou technologique. L'adoption d'un tel principe dans l'identification du titulaire du droit de réservation doit permettre de gagner notamment en lisibilité du droit, et *in fine* en sécurités juridique et matérielle.

858. Rappel de la composition de la prérogative de réservation d'un résultat d'investissements combinés. Le droit en question renvoie à une prérogative de nature essentiellement patrimoniale. Il s'agit d'un droit exclusif d'utilisation de l'objet réservé, permettant son exploitation, dans le but d'en retirer des profits ayant vocation à intégrer l'assiette d'un retour sur investissement, lequel est espéré à la fois par l'investisseur intellectuel et l'investisseur économique. Il est également envisageable d'assortir cette prérogative exclusive d'exploitation d'un accessoire, sous forme de droit extrapatrimonial, dont l'exercice de certains attributs pourrait être mis en œuvre par l'investisseur économique et/ou l'investisseur intellectuel, compte tenu des fonctions qu'ils devront poursuivre. Ce droit, dont un appendice extrapatrimonial pourrait être octroyé à un des investisseurs, doit être conçu de façon unitaire, et être attribué et exercé par un seul d'entre eux¹⁷³⁵. Ces idées directrices trouvent

¹⁷³³ Un principe pouvant par ailleurs être assorti d'exception(s), il se pourrait que le principe n'ait pas à s'appliquer, selon certains motifs, dans des situations particulières de conception d'un tel résultat dans un contexte de dépendance.

¹⁷³⁴ VIVANT (M.), « Repenser la création en entreprise ? », *loc. cit.*, spé. p. 160, évoquant au sujet de l'hétérogénéité des pratiques et des règles légales de l'appropriation des créations d'entreprise, une « *approche juridique décevante* » ; sur de telles complications au sein même du droit d'auteur, cf. not. BENSAMOUN (A.), « La titularité des droits patrimoniaux sur une création salariée : du paradis artificiel à l'artifice du paradis », *RLDI* janv. 2011/ 67, n° 2210, spé. p. 56.

¹⁷³⁵ L'enjeu de l'attribution d'un droit unitaire à un titulaire unique réside dans le souci d'une simplification de la gestion de l'exploitation. En effet, l'attribution de divers droits de façon concurrente aux deux investisseurs collaborant pourrait conduire à des difficultés pratiques lorsqu'il s'agit de décider des actes d'exploitation du résultat d'investissement.

leur justification dans le souci de faciliter l'exercice du droit, dans le but d'une gestion de l'exploitation du résultat qui soit la plus paisible et efficace possible.

859. La priorisation de l'intérêt de l'investisseur économique désignant un principe de titularité. Le principe de titularité du droit de réservation sur des résultats d'investissements combinés doit être favorable à l'intérêt jugé prioritaire de l'investisseur économique. La recherche de justification d'un traitement prioritaire et immédiat de l'intérêt de l'investisseur, en termes de justice et d'utilité, nous a en effet permis de démontrer l'importance d'une telle protection priorisée¹⁷³⁶. Le mérite relatif à la prise de risque économique de l'investisseur économique à la conception d'un résultat d'investissements combinés commande ainsi le régime de titularité.

860. Variété des règles de titularité favorables à l'investisseur économique. En l'état du droit positif de la propriété intellectuelle, il existe différentes manières d'assurer la protection des intérêts de l'investisseur économique collaborant à la conception d'un résultat d'investissements combinés. Certains régimes et modes de titularité favorables semblent nettement plus avantageux que d'autres. Or, ces règles ne sont pas applicables, ni appliquées de manière unitaire. L'enjeu des présents développements est précisément de retenir une règle de principe qui lui soit favorable et ce, de manière transversale. À cet effet, peuvent être mobilisées, à titre d'inspiration, les solutions existant au sein de différents systèmes et modèles de propriété intellectuelle. Il est possible d'identifier différentes règles de principes de titularité au sein des deux grands modèles de la propriété intellectuelle que sont la propriété littéraire et artistique ainsi que la propriété industrielle en droit français¹⁷³⁷. La première est identifiée comme reposant sur un modèle d'appropriation des créations¹⁷³⁸, emportant le principe d'une titularité initiale du droit de réservation sur la tête de l'auteur, notamment lorsqu'elles sont conçues dans un lien de dépendance. En revanche, la propriété industrielle reposant sur un modèle dit d'appropriation des fruits du travail¹⁷³⁹, semble plus favorable à un principe de titularité des objets immatériels et créatifs conçus dans un contexte de dépendance, identifiant l'investisseur comme possible premier titulaire initial du droit de réservation¹⁷⁴⁰.

¹⁷³⁶ Cf. *supra*, n° 778 et s.

¹⁷³⁷ Exposant par ailleurs, l'existence de « droits-modèles » de la propriété intellectuelle, notamment à partir de l'étude des règles de titularité de certains régimes, cf. CHATRY (S.), « Les droits-modèles de la propriété intellectuelle », in *Mélanges en l'honneur d'André LUCAS*, *op. cit.*, p. 139.

¹⁷³⁸ LALLEMENT (A.), *op. cit.*, spé. p. 155 et s.

¹⁷³⁹ *Id.*, p. 69 et s.

¹⁷⁴⁰ Par exemple, en matière de réservation des inventions par le droit de brevet, le titulaire initial du droit peut être par principe l'investisseur économique, dès lors qu'une invention a été conçue dans le cadre d'une mission confiée par l'employeur dans le cadre d'un contrat de travail. Cf. art. L611-7 CPI.

861. L'exemple des solutions variables au sein de la catégorie du droit d'auteur. En matière de droit d'auteur, si le principe annoncé est celui du créateur premier titulaire du droit, l'examen des différentes exceptions au principe, ainsi que leur nombre, peut laisser songer à un renversement des places respectives du principe et des exceptions. Ce faisant, la logique retenue semble être inverse de celle appliquée en matière de droit de brevet. Cette situation ne nous semble pas satisfaisante¹⁷⁴¹. Il conviendrait d'uniformiser les règles de principes de titularité favorables à l'investisseur économique, pour les appliquer de façon générique à la réservation de tout résultat d'investissements combinés. Il convient surtout de retenir une voie uniforme de titularité avantageuse pour l'investisseur économique, entre la titularité initiale ou dérivée. Chacun des deux modes de titularité facilités au bénéfice de l'investisseur économique est intéressant. Il s'agit néanmoins de choisir lequel de deux devrait être retenu et généralisé pour identifier un principe de titularité du droit de réservation sur les résultats de dépendance.

862. Le choix du principe. Après avoir exercé un choix politique en faveur de la protection de l'investissement, il faut choisir le meilleur moyen existant et le plus pertinent pour assurer une protection efficace et équilibrée au sein d'un système devant répondre à sa finalité. Au préalable, il aura fallu identifier les lignes directrices d'un droit apte à remplir sa fonction. Parmi les possibilités offertes, il faudra adopter celle le plus à même de défendre l'intérêt de l'investisseur économique dans un premier temps, et dans un second, qui soit également susceptible de tenir compte de l'intérêt de l'investisseur intellectuel. Parmi les différentes modalités possibles de titularité favorable du droit au bénéfice de l'investisseur économique, une comparaison nous conduit à privilégier le mode de titularité initiale¹⁷⁴².

¹⁷⁴¹ La situation nous semble d'autant plus insatisfaisante qu'au sein même du droit d'auteur, lorsque par exception la titularité du droit sur une création de dépendance revient à la personne jouant le rôle d'investisseur économique, ses modalités divergent. Ce dernier peut d'une part obtenir la titularité de manière *initiale* : c'est le cas de l'œuvre collective voire, même peut-être, du logiciel créé par un salarié. D'autre part, il peut l'obtenir de manière *dérivée*. La titularité du droit de réservation confiée à l'investisseur économique est alors régie par la loi, selon des modalités précises et variables. Ces dernières sont plus ou moins avantageuses pour l'investisseur économique. cf. LUCAS (A.), « Les créations de salariés : présent et avenir », in *Créations et inventions de salariés - Rompre avec les schémas reçus...*, op. cit., p. 21, spé. p. 27, évoquant « l'absolue nécessité d'une réforme législative » des créations de salariés.

¹⁷⁴² Il n'en demeure pas moins que d'autres solutions existent et qui paraissent moins radicales. Ainsi, en matière de droit d'auteur, une solution minimale serait d'abord, dans une démarche de titularité dérivée du droit, d'assouplir les règles de prohibition de la cession globale des œuvres futures, et de formalités de la cession. Également, selon une hypothèse plus modérée, suggérant que le droit naisse d'abord dans les mains de l'investisseur intellectuel, il pourrait s'agir de développer par principe les modes de présomptions de cession du droit, ou de promouvoir le mode de cession dite légale. Enfin, dans une hypothèse maximale qui reçoit notre faveur, il est envisageable de conférer, par principe et directement, la titularité du droit de réservation à l'investisseur économique. Formulant des propositions pour rendre le droit d'auteur économique plus fidèle aux réalités appréhendées, cf. BRUGUIÈRE (J.-M.), « Le "droit d'auteur économique" [...] », loc. cit., n° 42, p. 767-768.

863. Rejet de l'hypothèse de titularité dérivée et adoption de celle d'une titularité initiale. Nous soutenons un rejet de l'hypothèse d'un principe de titularité dérivée du fait de la loi¹⁷⁴³, ainsi que le recours à une titularité dérivée mais facilitée, à titre d'option minimale. Ces modalités de titularité dérivées demeurent en effet encombrantes pour l'investisseur économique¹⁷⁴⁴. Les modes de dérivations facilitées, par présomption de cession, ou cession légale et automatique, ont le mérite de permettre de contourner la prohibition des cessions globales d'œuvres futures ou le formalisme (trop) rigoureux de la cession. Il n'en demeure pas moins que la titularité initiale pourrait être bien plus confortable pour l'investisseur économique. De plus, si l'on quitte la logique personnaliste du droit d'auteur, assurant la réservation d'une œuvre de l'esprit supposée emprunte de la personnalité de l'auteur, pour se diriger vers un droit à finalité explicitement économique, il y a tout lieu d'adopter en bonne logique le mécanisme de principe d'une titularité initiale du droit pour l'investisseur économique. Une déconnexion des fondements naturaliste et personnaliste du droit de réservation implique de se détacher du mode de titularité dérivée, puisque le droit n'aurait plus à naître sur la tête d'un investisseur intellectuel. En matière de conception d'un résultat d'investissements combinés, la circonstance que l'investisseur intellectuel exerce son activité dans un lien de subordination commanderait, d'après les logiques de la propriété civiliste et du droit du travail, que l'employeur assurant la fonction d'investisseur économique jouisse des fruits de la force de travail de l'employé¹⁷⁴⁵. Ce faisant, l'investisseur économique premier titulaire du droit aura d'autant plus de facilités à gérer la phase de valorisation du résultat d'investissement, voire même du droit de réservation, laquelle doit aboutir à la naissance attendue du retour sur investissement. À ce titre, le droit de réservation sur un résultat d'investissement de nature immatérielle, et conçu dans un contexte de dépendance économique devra, par principe et de manière directe¹⁷⁴⁶, être attribué à l'investisseur économique¹⁷⁴⁷.

¹⁷⁴³ *Contra* : GAUDRAT (Ph.), « Les démêlés [...] », *loc. cit.*, spé. p. 213, favorable à cette hypothèse de simplification « du mécanisme de la cession exclusive en faveur des employeurs ».

¹⁷⁴⁴ L'application d'un principe de titularité dérivée et facilitée du droit d'auteur par l'investisseur économique employeur assurant la réservation d'un logiciel créé par un salarié dans le cadre de ses fonctions est assez intéressante. La règle figurant à l'article L113-9 du Code de la propriété intellectuelle prévoit en effet que seul l'employeur est habilité à exercer les droits patrimoniaux sur l'œuvre, en se fondant sur une « dévolution » de ceux-ci. On pourra constater que ce mode de dévolution ne prévoit pas de rémunération ni gratification spécifique qui constitueraient une forme de contrepartie. Ce faisant, ce salarié est le moins bien traité des créateurs ou inventeurs salariés dans l'ensemble des régimes de propriété intellectuelle en droit positif.

¹⁷⁴⁵ Sur le sujet cf. not. REVET (Th.), *op. cit.*, spé. p. 257, n° 240 et s., et p. 555, n° 507 et s.

¹⁷⁴⁶ Mais ce, toutefois, dans les limites de l'exercice effectif du droit de réservation, en vue de l'exploitation. L'attribution initiale du droit à cet investisseur ne pourra être pertinente et légitime, qu'à la condition qu'il l'exerce de manière effective pour en dégager des perspectives de rentabilité des apports économiques et intellectuels.

¹⁷⁴⁷ Développant un raisonnement critique à l'égard de cette hypothèse s'agissant du droit d'auteur, cf. not., GAUDRAT (Ph.), « Les démêlés [...] », *loc. cit.*, spé. p. 121 et p. 211 et s.

864. Construction d'un principe de titularité s'inspirant des régimes de l'œuvre collective et des inventions de mission. Il est volontiers prêté aux régimes de propriété industrielle une fonction économique de protection des investissements économiques dans les objets immatériels et créatifs, justifiant que le droit de réservation soit confié, de façon plus ou moins directe et par principe, à la personne assumant la fonction d'investisseur économique¹⁷⁴⁸. Dès lors, compte tenu de la nécessité de conférer un principe transversal pour la titularité des résultats d'investissements combinés, celui-ci pourrait opportunément épouser les traits du principe de titularité initiale des droits réservant une invention au bénéfice de l'investisseur économique, lorsque celle-ci est conçue dans des liens de dépendance¹⁷⁴⁹. Cette règle, valant pour les objets conçus dans les liens d'un contrat de travail pourrait, dans sa philosophie, être étendue au régime de titularité du droit sur les résultats d'investissements combinés, conçus dans le cadre d'autres modes de dépendance. Aussi, le régime d'appropriation de l'œuvre collective en droit d'auteur s'avère assez intéressant lorsque l'œuvre est plurale, pour conférer la titularité initiale du droit de réservation à la personne à l'initiative et à la direction de la création et de son exploitation. L'adoption d'un principe de titularité initiale du droit par l'investisseur économique, au-delà des arguments qui le justifient, ne devrait pas être appréhendée comme une fatalité préjudiciable aux intérêts des investisseurs intellectuels. En effet, ceux-ci pourraient et devraient tout de même jouir de dispositifs répondant, dans une certaine mesure, à la prise en compte de leurs intérêts.

2) Des mesures correctives favorables à l'investisseur intellectuel

865. Le traitement consécutif de l'intérêt de l'investisseur intellectuel sur un motif de justice commutative. Face à l'attribution du droit à l'investisseur économique justifiée par une justice distributive appliquée *a priori*, l'idée de justice corrective appliquée *a posteriori* invite à prendre en considération l'intérêt de l'investisseur intellectuel, dans un souci d'équilibre. L'attribution initiale du droit à l'investisseur économique sur un objet immatériel, conçu à l'appui d'une prise de risque économique, invite à considérer que l'investisseur intellectuel est réduit à un rôle d'exécutant d'une prestation de nature humaine et intellectuelle. Dans de

¹⁷⁴⁸ En témoignent de la manière la plus significative, les dispositions de l'art. L611-7 CPI.

¹⁷⁴⁹ BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, p. 106, n° 98, suggérant l'adoption *de lege ferenda* d'un régime similaire à celui des droits sur les inventions pour les créations de salariés protégées par le droit d'auteur ; *contra* POLLAUD-DULIAN (F.), « Propriétés intellectuelles et travail salarié », *RTD com.* 2000, p. 173 et s., envisageant l'hypothèse pour préciser qu'elle ne selon lui « pas légitime » ; LALLEMENT (A.), *op. cit.*, p. 768, n° 607 et s., formulant l'hypothèse prospective d'une réconciliation des intérêts entre créateur salarié et employeur investisseur sur la base du modèle de la propriété industrielle.

nombreuses situations de création de dépendance, le fait que le coût économique de l'apport intellectuel du créateur soit assumé par l'investisseur économique, serait même de nature à disqualifier ce créateur de la qualité d'investisseur. Si l'attribution du droit de réservation à l'investisseur économique sur le résultat d'investissements combinés est un moyen de traiter son intérêt d'« amortissement », il convient néanmoins de songer à l'intérêt dit d'« alimentation » de l'investisseur intellectuel¹⁷⁵⁰. Ce créateur, quoiqu'exerçant son activité d'apport intellectuel dans les liens d'un contrat de dépendance, n'en est pas moins à la recherche de revenus, notamment à titre professionnel, dont il tire des moyens de subsistance économique¹⁷⁵¹. Ainsi, la règle de titularité initiale du droit de réservation au bénéfice de l'investisseur économique conduit, dans un souci de justice, à songer à l'octroi d'une contrepartie à l'investisseur intellectuel en considération de son apport intellectuel, quand bien même il n'en supporterait pas la charge économique¹⁷⁵². Pourtant, la notion de contrepartie ou même d'indemnité conduirait à laisser entendre d'une certaine manière, que celui-ci aurait également vocation à cette titularité initiale, dont il serait privé par un arbitrage légitime. Néanmoins, la considération imminente d'une justice distributive, en référence au mérite, sous les traits du risque d'investissement assumé par l'investisseur économique, pourrait neutraliser la pertinence de l'introduction d'une contrepartie. Si une justice distributive commande l'attribution du droit à l'investisseur économique, cela signifie que l'investisseur intellectuel ne peut y prétendre. Pour autant, l'importance du rôle de l'investisseur intellectuel implique de ménager ses intérêts, pour l'inciter à mener une telle activité, soit-elle entreprise sous un statut de dépendance. Dès lors, il s'agit de déterminer quels avantages octroyer à l'investisseur intellectuel pour sa contribution, et sous quelles formes¹⁷⁵³. Sans réintroduire une logique personnaliste, l'avantage octroyé à l'investisseur intellectuel pourrait être vu comme la contrepartie de la privation potentielle d'une éventuelle titularité initiale, qui lui est refusée dans le cadre de l'arbitrage du conflit interne.

¹⁷⁵⁰ L'intérêt d'amortissement pourrait être entendu comme renvoyant à la faveur pour le retour sur investissement ; les expressions d'« intérêt d'amortissement », ainsi que d'« intérêt d'alimentation » employées pour distinguer la nature des intérêts respectifs des industriels culturelles et de l'auteur (ces premières pouvant être assimilées à nos investisseurs économiques), sont empruntées à DIETZ (A.), *in* « Le problème de la durée de protection adéquate du droit d'auteur sous l'aspect de la réglementation des contrats d'auteur », *loc. cit.*, p.110.

¹⁷⁵¹ VIVANT (M.), « Repenser la création en entreprise ? », *loc. cit.*, p. 164, sur la nécessité de prévoir une rémunération du créateur (intellectuel), pour un motif de justice.

¹⁷⁵² Sur la charge économique de l'apport intellectuel dans la création, voit not. GAUDRAT (Ph.), « Les démêlés [...] », *loc. cit.*, p. 97.

¹⁷⁵³ VIVANT (M.), « Pour une épure de la propriété intellectuelle », *loc. cit.*, spé. p. 422, n° 12 et s., et p. 423, n° 13.

866. Options et modalités du traitement correctif. Menant son activité de création intellectuelle sous un statut de dépendance, l'investisseur intellectuel perçoit un salaire¹⁷⁵⁴, ou un prix de prestation¹⁷⁵⁵. Il conviendrait d'aller plus loin dans les bénéfices à lui octroyer à raison de son activité. Aussi, à supposer que soit retenue la règle d'un principe de titularité du droit au bénéfice de l'investisseur économique selon la modalité d'une dérivation, la cession automatique et légale du droit inviterait à consentir à l'investisseur intellectuel une contrepartie supplémentaire au transfert du droit né initialement sur sa tête. La contrepartie ne serait peut-être pas de la même nature, ni de la même teneur, que celle devant être consentie dans le cadre d'un principe de titularité initiale du droit à l'investisseur économique. En retenant l'option de la titularité initiale pour l'investisseur économique, les contreparties à offrir à l'investisseur intellectuel pourraient être de nature patrimoniale et/ou extrapatrimoniale.

867. L'octroi d'une gratification financière pour satisfaire l'intérêt d'alimentation de l'investisseur intellectuel. Des motifs de justice, d'utilité, et d'incitation invitent à traiter de l'intérêt économique de l'investisseur intellectuel exerçant son activité dans un lien de dépendance économique. Il conviendrait ainsi d'ajouter au salaire, ou au prix de la commande¹⁷⁵⁶, une rémunération de l'activité aboutissant à la naissance d'un résultat d'investissements combinés valorisable par des actes d'exploitation. Celle-ci, de nature financière, et à l'instar du mécanisme existant en matière d'invention de mission dans le cadre du droit des brevets, aurait une fonction de récompense, de gratification ou de prime, sous forme de rémunération supplémentaire¹⁷⁵⁷. Il restera encore à déterminer le mode d'évaluation du montant ainsi que sa nature¹⁷⁵⁸. De plus, pourrait s'ajouter à cette gratification, un éventuel intéressement aux recettes de l'exploitation du résultat, à supposer que la prime précédemment

¹⁷⁵⁴ Le salaire doit être considéré comme la contrepartie de la mise en œuvre d'une force de travail sous la forme d'une activité d'apport de nature intellectuelle.

¹⁷⁵⁵ Le prix doit être considéré comme la contrepartie de l'exécution de la prestation intellectuelle dans le cadre du contrat de commande. Sur le contrat de commande en droit d'auteur, cf. not. DENOIX DE SAINT MARC (S.), *op. cit.* ; au sujet de l'idée d'introduction d'un régime du contrat de commande assurant la rémunération en droits d'auteur du temps de travail lié à l'activité créatrice dans le cadre d'un contrat de commande, cf. not. le Rapport RACINE (B.), *op. cit.*, spé. p. 65, et les récents travaux du CSPLA, dont SIRINELLI (P.) et DORMONT (S.), *Le contrat de commande, Rapport de mission*, présenté en réunion plénière du CPLA le 15 déc. 2020, <https://www.culture.gouv.fr/Sites-thematiques/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Travaux/Missions/Mission-du-CSPLA-sur-le-contrat-de-commande>.

¹⁷⁵⁶ Lesquels peuvent d'une certaine manière être considérés comme la cause justifiant l'attribution initiale du droit de réservation du résultat d'investissements combinés dans les mains de l'investisseur économique.

¹⁷⁵⁷ Sur la notion de rémunération supplémentaire et sa distinction avec celle de juste prix, cf. REVET (Th.), *op. cit.*, p. 308, n° 282.

¹⁷⁵⁸ Il convient de choisir s'il s'agira d'un montant forfaitaire, ou d'un montant proportionné, fixé par exemple en référence au salaire ou au prix de la prestation, ou en référence à la valeur du potentiel et des recettes d'exploitations du résultat d'investissements combinés.

envisagée soit fixée en référence au salaire ou au prix de la prestation¹⁷⁵⁹. Si la nature du forfait est retenue, il pourrait être prévu une modalité de révision du montant de la gratification.

868. Le bénéfice résiduel et/ou exceptionnel de la titularité du droit à l'investisseur intellectuel. Une voie du traitement de l'intérêt économique de l'investisseur intellectuel, collaborant à la conception d'un résultat d'investissements combinés, peut également tenir à la possibilité d'une titularité résiduelle ou exceptionnelle du droit de réservation de ce résultat. Ainsi, à supposer que l'investisseur économique ne soit pas ou plus intéressé par la titularité initiale de la prérogative patrimoniale, ou qu'il ne l'exerce pas effectivement, l'investisseur intellectuel pourrait en recueillir la titularité. Cette démarche serait un moyen offert à l'investisseur intellectuel d'assurer lui-même les perspectives de retour sur investissement et d'en assumer la gestion. Il s'agit également d'une voie permettant de garantir une exploitation censée par ailleurs bénéficier au public. En outre, il pourrait être prévu, par des stipulations contractuelles insérées dans l'acte d'engagement de l'investisseur intellectuel à l'égard de l'investisseur économique, que la titularité du droit puisse revenir à ce premier¹⁷⁶⁰.

869. L'attribution d'une prérogative extrapatrimoniale. La construction d'un nouveau système juridique de réservation des résultats d'investissements combinés, reposant sur des fondements plus économiques et positivistes que naturalistes et personnalistes, se traduit par la mise en place d'une règle de principe de titularité initiale du droit de réservation de ces objets, au bénéfice de l'investisseur économique. L'idée et la pertinence de l'octroi d'une prérogative de nature extrapatrimoniale inspirée du droit moral, au bénéfice de l'investisseur économique ou intellectuel, peuvent être mises en doute, compte tenu du recul souhaité du fondement personnaliste du droit. Il convient cependant d'envisager sérieusement l'hypothèse de l'octroi d'une prérogative de nature extrapatrimoniale à l'investisseur intellectuel, en considération de la nature de son activité¹⁷⁶¹. En effet, parmi les mobiles de son apport intellectuel, peut exister une volonté d'en retirer un retour non économique¹⁷⁶². Le créateur intellectuel, même s'il mène une activité dans les liens d'un engagement et d'une certaine dépendance, doit néanmoins pouvoir en retirer un avantage se manifestant par la reconnaissance de sa qualité. Dès lors, il peut être envisagé d'octroyer à cet acteur la jouissance d'un droit à la paternité du fruit de son apport intellectuel, lui offrant la possibilité d'associer son nom à l'existence du résultat

¹⁷⁵⁹ Cf. *infra*, n° 871-872.

¹⁷⁶⁰ À l'instar du mécanisme existant en matière de titularité du droit d'auteur sur un logiciel créé par un salarié (art. L113-7 CPI), ou encore de celui du régime des inventions hors missions non-attribuables (art. L611-7 CPI).

¹⁷⁶¹ Par ailleurs, un souci de dignité de la qualité d'auteur-créateur intellectuel pourrait conduire à la reconnaissance d'une telle prérogative.

¹⁷⁶² Ce dernier se traduirait par un succès en termes de notoriété et par une reconnaissance de son activité influant sur sa réputation, ne serait-ce qu'à titre symbolique.

d'investissements combinés qui sera diffusé au public¹⁷⁶³. Il pourrait également s'étendre à un droit au respect de la qualité d'apporteur intellectuel¹⁷⁶⁴. Nous ne sommes néanmoins pas favorable à l'hypothèse d'octroi d'autres prérogatives extrapatrimoniales à l'investisseur intellectuel, telles que celles existant dans le cadre du droit d'auteur. Cette position pourrait attirer la critique, compte tenu des acquis obtenus par les auteurs à ce titre et poursuivant une fonction de rééquilibrage de leur statut et de protection de leurs intérêts, face à la puissance et la position des intérêts des investisseurs économiques et exploitants¹⁷⁶⁵. En effet, si le droit moral a été développé, puis consacré légalement, dans le but de favoriser les intérêts des créateurs intellectuels, une plus forte protection des investisseurs économiques justifierait *a fortiori*, dans un souci de justice, le maintien voire même le renfort de celui-ci. Cependant, il ne se justifierait plus dans un système tournant le dos à un fondement personnaliste du système de réservation des résultats d'investissements combinés. Par ailleurs, l'hypothèse de reconnaissance de droits extrapatrimoniaux, tels les droits de divulgation, de retrait et de repentir et de respect de l'intégrité et de l'esprit de l'œuvre existant en droit d'auteur, ne permettrait pas de favoriser la gestion de la valorisation du résultat d'investissements par l'investisseur économique¹⁷⁶⁶. En conséquence, l'octroi au bénéfice de l'investisseur intellectuel d'une prérogative de nature extrapatrimoniale doit être mesuré au souci d'une exploitation paisible. La gestion du conflit d'intérêts existant au stade de la titularité du droit de réservation, entre l'investisseur économique et l'investisseur intellectuel, peut également se poursuivre au stade de la gestion des suites de la valorisation du résultat d'investissements combinés. Il s'agit ainsi d'examiner quelles seraient les conséquences des règles de titularité dans la gestion de la phase de retour sur investissement, en termes positifs ou négatifs, à l'égard des intérêts de chacun des investisseurs.

¹⁷⁶³ VIVANT (M.), « Pour une épure de la propriété intellectuelle », *loc. cit.*, p. 426, n° 18.

¹⁷⁶⁴ Cette prérogative pourrait épouser, par inspiration, les traits et des éléments des régimes du droit au respect du nom et de la qualité de l'auteur ou dans l'inventeur dans les systèmes actuels du droit d'auteur et du droit des inventions.

¹⁷⁶⁵ Sur la place du droit moral dans sa fonction de protection du créateur intellectuel, cf. SIIRIAINEN (F.) « Le droit d'auteur à l'épreuve de sa dimension économique [...] », *loc. cit.*, spé. p. 680 ; et sur « *le droit moral, instrument extrapatrimonial d'un rééquilibrage économique* », cf. not. du même auteur, « Déséquilibres économiques et droit d'auteur », *loc. cit.*, spé. p. 152-153.

¹⁷⁶⁶ Celui-ci risquerait en effet de voir son activité de recherche de rentabilité de l'investissement perturbé par l'exercice de ces attributs extrapatrimoniaux. En témoignent les pratiques de « contractualisation du droit moral de l'auteur », visant à contenir les conséquences potentiellement préjudiciables à l'investisseur économique, de l'exercice par l'auteur de ses prérogatives morales, à ce sujet cf. not. RAIZON (H.), *La contractualisation du droit moral de l'auteur*, Thèse dactyl., Université d'Avignon et des pays de Vaucluse, 2014, spé. p. 307.

B. Déterminer le régime de répartition des suites de l'opération d'investissement

870. Assurer un équilibre dans les règles de répartition des suites de l'opération. La détermination des règles de titularité du droit de réservation d'un résultat d'investissements combinés dissimule des enjeux au stade de la valorisation du droit, dont les investisseurs espèrent une rentabilité de l'opération. Se pose ainsi la question des modalités et règles de la répartition des bénéfices espérés et des pertes possibles d'investissements entre investisseurs intellectuel et économique. Si l'existence d'un résultat d'investissements combinés constitue la première motivation des investisseurs, c'est la perspective d'en retirer un retour incertain de la valorisation qui est déterminante dans la décision d'entamer une telle opération. Ceux-ci ont un intérêt commun au retour sur investissement¹⁷⁶⁷, mais des prétentions variables s'agissant de son partage. Chacun entendra jouir du maximum des bénéfices éventuels et se décharger des potentielles pertes redoutées¹⁷⁶⁸. Le conflit doit trouver une issue dans un arbitrage juridique¹⁷⁶⁹. Les règles de partages des bénéfices et des pertes devraient être établies de telle sorte qu'elles reflètent, en proportion, l'importance des apports et des risques assumés par chacun. Seront exposées les pistes du régime, d'une part, de partage du retour sur investissement (1), et d'autre part, de la charge de son non-retour (2).

1) Le partage du retour sur investissement

871. Les motifs de recherche d'un partage juste et utile du retour sur investissement. Afin de déterminer les lignes directrices des règles de partage du retour sur investissement, il convient d'en déceler les objectifs. Pour être légitimes, ces règles doivent tenir compte d'un souci de justice et d'efficacité, lui-même orienté par le choix de finalité de protection des investissements immatériels. Ainsi, les conceptions de justice distributive et corrective, appliquées de manière successive, devront servir de guide. Aussi, ces règles devront avoir une portée incitative¹⁷⁷⁰, garantissant leur utilité et leur conformité à l'intérêt général. La règle de principe de titularité du droit de réservation au profit de l'investisseur économique se justifie

¹⁷⁶⁷ GAUDRAT (Ph.), « Les démêlés [...] », *loc. cit.*, spé. p.140-141.

¹⁷⁶⁸ Sur les outils de protection d'un auteur confronté aux risques de création et d'exploitation, cf. not., BINCTIN (N.), « L'auteur entrepreneur », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, Paris : LexisNexis, 2014, p. 113.

¹⁷⁶⁹ GAUDRAT (Ph.), « Les démêlés [...] », *loc. cit.*, p. 151. Les lignes directrices des termes de l'arbitrage devront être posés par la loi. Les investisseurs pourraient cependant aménager par des stipulations contractuelles leurs règles de partage.

¹⁷⁷⁰ En ce sens, cf. not. GRUNDELER (G.), *op. cit.*, p. 32-33, n° 7.

par le rôle qu'assume cet acteur dans la valorisation du droit devant aboutir au retour à partager. L'investisseur économique engage non seulement des fonds au titre du processus de conception du résultat, mais aussi au titre de son exploitation. À ce stade, il semble que ses apports se doublent. La circonstance que l'investissement économique dans l'exploitation soit assumé par cette personne, et non par l'investisseur intellectuel, doit être également prise en compte dans la répartition des suites positives de l'exploitation. L'investisseur économique semble prendre davantage de risques, ceux-ci pouvant trouver une issue positive ou négative. Dans l'hypothèse d'une issue positive, les profits effectifs doivent non seulement bénéficier à l'investisseur économique, mais aussi à l'investisseur intellectuel. À ce stade, tout indique que l'investisseur économique est en position de prétendre à une large part des recettes d'exploitation. Quand bien même le créateur intellectuel jouirait déjà d'avantages économiques en contrepartie de son apport intellectuel, il pourrait paraître juste qu'il perçoive en plus un intéressement à l'exploitation du résultat, soit-il minimal¹⁷⁷¹. Cet intéressement contribuerait à satisfaire son intérêt alimentaire, puisque son apport intellectuel n'est pas seulement engagé dans l'espoir d'un éventuel retour de nature purement extrapatrimoniale. Les valeurs de justice et d'utilité commandent l'intéressement de l'investisseur intellectuel à la réussite de l'opération à laquelle il a participé, et ce même s'il n'assume pas directement les risques économiques relatifs à son activité.

872. Les voies d'un partage juste et utile des bénéfices patrimoniaux et extrapatrimoniaux. L'investisseur économique assumant différentes fonctions et risques dans le cadre de la conception et de l'exploitation du résultat d'investissements combinés doit, au regard d'une justice distributive appliquée en référence au mérite, pouvoir jouir d'une large part du retour sur investissement. Dirigeant la phase de valorisation du résultat par les actes d'exploitation, il aura vocation à en collecter les recettes. De manière proportionnelle à ces recettes, il aura néanmoins par souci de justice corrective appliquée *a posteriori*, à en distribuer une part à l'apporteur intellectuel, sans l'activité duquel le résultat et les retours n'existeraient pas. Une proportion minimale à attribuer pourrait être exigée légalement, en ouvrant la possibilité de l'augmenter par voie contractuelle. Par ailleurs, la valorisation du droit est susceptible de faire naître également un retour qui présenterait une nature extrapatrimoniale¹⁷⁷². Ce dernier pourrait bien avoir un impact sur le retour économique¹⁷⁷³. Difficilement

¹⁷⁷¹ GAUDRAT (Ph.), « Les démêlés [...] », *loc. cit.*, spé. p. 141, sur le partage des recettes d'exploitation.

¹⁷⁷² Ce type de retour par ailleurs peut être suscité et défendu par l'exercice de prérogatives extrapatrimoniales.

¹⁷⁷³ Le retour extrapatrimonial peut ainsi se manifester par une notoriété, une renommée, une image positive, une réputation des investisseurs et de leurs activités.

quantifiables *a priori*, ces bénéfices non directement économiques pourraient être répartis selon l'appréciation des investisseurs eux-mêmes.

2) La charge du non-retour sur investissement

873. Une charge exclusivement supportée par l'investisseur économique. La phase de rentabilité de l'investisseur peut s'avérer déceptive. En effet, l'opération étant par nature risquée, la manifestation d'un aléa peut aussi bien favoriser des bénéfices, comme des pertes. Dans cette dernière hypothèse, l'investisseur économique se verra privé de la possibilité de compenser ses apports financiers initiaux, et même d'un profit en guise de plus-value. S'agissant de la situation de l'investisseur intellectuel n'assumant pas directement de prise de risque financier, mais apportant simplement une valeur intellectuelle, la privation du retour sur investissement pourra également impacter son intérêt. Dès lors que l'opération d'investissements combinés est l'affaire d'au moins deux agents, la question de la charge du non-retour, autrement dit des pertes, implique de déterminer qui de ces acteurs aura à la supporter d'un point de vue financier. Les réponses à cette question doivent trouver leurs sources dans les mêmes raisonnements que ceux adoptés pour identifier et justifier les règles de partage des bénéfices de l'opération. La répartition de la charge de non-retour doit conduire à la mise en œuvre de règles logiques présentant des caractères de justice, d'utilité et d'incitation. Dès lors, l'investisseur économique devrait seul supporter sa charge.

874. Des règles d'imputation de la charge du non-retour. La recherche des personnes devant assumer la charge du non-retour doit être dictée par des règles de logique et de justice. L'investisseur intellectuel ne prend pas à proprement parler de risque de nature économique dans la conception du résultat exploité. Son apport est intellectuel, et il n'en assume pas le coût. De plus, il revient à l'investisseur économique d'assumer le risque économique de l'exploitation. Dans ce cadre, seul ce dernier devrait supporter la charge des pertes financières. La solution n'exclut pas cependant que l'investisseur intellectuel subisse indirectement les effets de l'absence de rentabilité de l'opération économique. En effet, il pourrait en découler une absence de retour extrapatrimonial¹⁷⁷⁴, tout autant que l'absence de retour extrapatrimonial pourrait occasionner une absence de retour financier. Aussi, l'absence de retour bénéfique à partager peut également être vécue psychologiquement comme une charge. En cas d'échec de l'exploitation, la charge de non-retour pèsera sur l'investisseur intellectuel dès lors qu'il ne

¹⁷⁷⁴ Lequel prendra par exemple, la forme d'une absence ou d'une faible renommée, ou d'un détournement du nom et de la qualité de créateur intellectuel.

percevra pas de bénéfice financier proportionnel aux recettes absentes¹⁷⁷⁵. Il ne percevra pas plus de retour extrapatrimonial correspondant à son risque d'investissement intellectuel. En outre, le choix d'un principe de titularité initiale du droit de réservation au bénéfice de l'investisseur économique, ainsi que la perception d'une part marginale des bénéfices de l'exploitation par l'investisseur intellectuel, le cas échéant, viendraient compenser l'absence de charge de non-retour à supporter pour ce dernier¹⁷⁷⁶.

875. La question de la portée de la charge du non-retour. Au regard des risques économiques pris, il semble presque incontestable que l'investisseur financier, à la conception et à l'exploitation d'un résultat d'investissements combinés, ait à assumer la charge d'un non-retour. La vocation aux bénéfices renvoie en effet intimement à celle des pertes. De plus, au regard de la définition de la notion d'investissement, l'auteur de cette opération est la personne assumant une prise de risque. L'investissement, spécialement économique par nature, est un pari mené par un agent économique optimiste. La réalisation d'un risque d'investissement conduit donc l'investisseur économique à supporter la charge des pertes, et *a priori*, de toutes les pertes. Il est cependant judicieux de poser la question de l'opportunité d'une réduction de la charge du non-retour. L'idée même que l'investisseur n'assume pas l'entièreté de la charge des pertes pourrait pourtant faire douter de la qualification de l'opération. Cependant, l'incitation à l'investissement¹⁷⁷⁷, fondamentale dans un système économique de marché, et la recherche d'efficacité économique rendent cruciale, quoique paradoxale, l'institution de mesures sécurisant l'intérêt de cet agent. La sécurisation passe par l'instauration de modalités qui lui permettront de faire reposer la charge de non-retour, ou une portion de celle-ci, sur les épaules d'un tiers. Ces modalités peuvent être gouvernées, d'une part, par l'existence et le régime du droit de réservation de nature privative d'un résultat d'investissement¹⁷⁷⁸. D'autre part, elles peuvent fondamentalement être régies par les principes de la responsabilité civile. Il convient néanmoins de préciser que sur ces fondements juridiques, toute charge de non-retour ne pourra de façon automatique, ni absolue, être imputée à un tiers. Seule pourrait être imputée à un tiers la charge de non-retour sur investissement provoqué par un type de comportement

¹⁷⁷⁵ BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 768, n° 1154.

¹⁷⁷⁶ Nous soulignons que le refus de faire peser sur l'investisseur intellectuel une charge de non-retour serait susceptible d'être de nature à disqualifier cette qualité. La qualification d'investisseur intellectuel, à ce stade, se révèle limitée. La circonstance que cet acteur apporte une valeur intellectuelle à la conception d'un résultat d'investissement, sans en assumer le coût financier, conduit à réduire sa qualité et son statut, précisément, à un simple apporteur, un simple exécutant, au fond, un travailleur intellectuel, dont les intérêts n'en sont pas pour le moins traités.

¹⁷⁷⁷ GRUNDELER (G.), *op. cit.*, p. 413, n° 399.

¹⁷⁷⁸ C'est d'ailleurs en ce sens que la science économique peut être amenée à justifier l'existence des droits de propriété intellectuelle.

particulièrement malveillant. En effet, il ne s'agit pas de permettre à l'investisseur d'échapper à la responsabilité d'une charge de perte acceptée en amont, et simplement provoquée par l'absence de succès d'un résultat ne s'attirant pas les faveurs du public. La difficulté résidera précisément dans la délimitation des comportements sanctionnables ou non, et justifiant que la charge des pertes repose sur ces autres agents économiques. Le poids de la charge à faire peser sur le tiers, auquel le non-retour serait imputable, reviendrait en quelque sorte à faire assumer à un responsable, la réparation d'un dommage dont le préjudice consisterait dans un non-retour sur investissement. Le régime civil de la contrefaçon offre une illustration du procédé qui devrait être retenu et étendu en droit prospectif.

Section 2 - Les aspects formels de la protection prospective

876. Redessiner la cohérence de la protection sous l'angle de son contenant. Une protection prospective de l'investissement choisie, de façon ferme et claire, doit se traduire par ses aspects formels¹⁷⁷⁹. Ces derniers renvoient à l'idée d'une protection prospective officielle, certaine, se traduisant dans la forme assumée de sa représentation et de son accès. D'abord, la pensée d'une protection prospective formelle implique d'avoir déterminé, et de reconnaître ce qu'est ou sera le droit de la propriété intellectuelle, au regard de sa vocation à la protection des investissements immatériels. Pour assurer l'aspect formel de cette protection, il a fallu préalablement choisir ce que contient le système de façon officielle. Puis, il s'agit de choisir la manière dont sera appréhendé et présenté le système dans sa forme. L'étude des aspects formels de cette protection prospective implique aussi d'avoir fermement et clairement déterminé les aspects substantiels de cette protection, devant avoir été choisis et mis en œuvre de façon assumée. Ce choix de protection et de finalité du système doit avoir été fait et mis en œuvre de façon officielle pour pouvoir ensuite être représenté et praticable grâce à une forme accessible, lisible et donc compréhensible. Il en va de l'effectivité et de l'efficacité de la protection. Nous nous attacherons donc à l'étude des aspects de forme de la protection substantielle proposée. L'objectif conduit à envisager la question du recueil du système, à travers l'existence d'un code

¹⁷⁷⁹ Nous identifions un double aspect dans le terme « formel ». Il peut s'agir de l'idée de *certitude* dans l'apparence extérieure d'une chose et de sa structure, ainsi que de celle de *mise en forme* d'une chose. D'après ses définitions (déf. en ligne sur le site du CNRTL), le terme « formel » renvoie d'une part, à une chose « *qui existe de façon déterminée* » et par extension, « *qui est énoncé[e] de façon déterminée, claire, sans équivoque* » ; d'autre part, le terme « *concerne la forme* » d'une chose. Aussi, le verbe « former » renvoie à l'acte de « *créer, faire exister en donnant une forme particulière* ». De plus, le nom « forme » désigne un « *ensemble de traits caractéristiques qui permettent à une réalité concrète ou abstraite d'être reconnue* », et au sens figuré, il désigne « *[une] modalité, [une] manière, [un] état dans lequel se manifeste une réalité concrète ou abstraite* ».

en compilant et en organisant les règles juridiques¹⁷⁸⁰, de manière logique et donc cohérente. La recherche des aspects formels de la protection prospective implique de réfléchir à l'agencement du contenu et à la dénomination du Code de la propriété intellectuelle. L'organisation de son contenu et son appellation devraient être aménagées pour tenir compte des aspects substantiels de la protection prospective proposée. Le système juridique de la propriété intellectuelle jouissant d'un recueil de ses textes incarné par un code¹⁷⁸¹, il pourrait être judicieux de réfléchir aux éventuelles évolutions du contenu, de l'organisation et de l'appellation de ce dernier, si un droit des investissements immatériels devait s'y substituer. L'éventuelle évolution du droit de la propriété intellectuelle vers un droit des investissements immatériels impliquerait en effet de réorganiser le contenu substantiel et formel du code, puis son nom. Afin de mettre en conformité le système de la propriété intellectuelle aux réalités et attentes du secteur, *a fortiori* si celui-ci est repensé et réaménagé, il est nécessaire de réfléchir à la cohérence et la rationalité du code ayant vocation à rassembler les textes autour d'une unité¹⁷⁸². Une protection substantielle prospective de l'investissement, menant à une recatégorisation juridique du système actuel de la propriété intellectuelle, implique nécessairement une modification du contenant de ce régime. Aussi, il convient de distinguer deux hypothèses de traduction formelle de l'essai de protection prospective substantielle. La traduction varie en fonction de la valeur des propositions de protection¹⁷⁸³.

¹⁷⁸⁰ VAN DE KERCHOVE (M.) et OST (F.), *op. cit.*, spé. p. 111 : « *Le Code est sans doute la représentation la plus tangible de la systématité du droit.* » ; sur la codification en général, cf. not. : OPPETIT (B.), *Essai sur la codification*, Paris : PUF, 1998 ; CABRILLAC (R.), *Les codifications*, Paris : PUF, 2002 ; BEIGNIER (B.) (dir.), *La codification*, Coll. Thèmes & commentaires, Paris : Dalloz, 1996 ; GUYOMAR (M.) (dir.), *Les 25 ans de la relance de la codification, actes du colloque du 13 oct. 2015 organisé au Conseil d'État par l'Institut français des sciences administratives*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2017, spé. CABRILLAC (R.), « Panorama de la codification à la française », p. 13 et s. ; GUESTIN (J.), BARBIER (H.) et BERGÉ (J.-S.), *op. cit.*, p. 312, n° 371 et s.

¹⁷⁸¹ Sur la codification du droit de la propriété intellectuelle, cf. not. : BÉNABOU (V.-L.) et VARET (V.) (dir. FRANÇON (A.)), *La codification de la propriété intellectuelle*, IRPI - La Documentation française, 1998 ; GAUTIER (P.-Y.), « De l'art d'être furtif : le « droit constant » des codes de la propriété intellectuelle et de la consommation... », in *La codification, op. cit.*, p. 107 ; BÉNABOU (V.-L.), « Codification de la propriété intellectuelle 1992-2012... », in *Colloque de l'IRPI, Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?*, 30^e anniversaire de l'IRPI, Paris : LexisNexis, 2014, p. 141, spé. p. 143 ; BÉCOURT (D.), « Réflexions sur le projet de codification des textes sur la propriété littéraire et artistique », *D.* 1992, p. 47 ; et sur l'idée d'une codification générale ou sectorielle de cette discipline à l'échelle européenne, cf. not. BINCTIN (N.), « Pour un Code communautaire de la propriété intellectuelle », in *Liber amicorum Georges BONET, op. cit.*, p. 51 ; CASTETS-RENARD (C.), « *La réforme du droit d'auteur en Europe : vers un code européen ?* », *D.* 2012, p. 955 ; AZZI (T.), « Le projet de code européen du droit d'auteur : une étrange idée », *D.* 2012, p. 1193.

¹⁷⁸² MAULAURIE (Ph.), « Rapport de synthèse », in *La codification, op. cit.*, p. 197, spé. p. 206 : « [...] la raison d'être, la cause de la codification, c'est la rationalisation du droit ».

¹⁷⁸³ À se contenter de l'hypothèse dite doctrinale, il serait sans doute pertinent de réorganiser la structure et le contenu du Code de la propriété intellectuelle, pour trouver plus de cohérence et de lisibilité dans ce qu'est la propriété intellectuelle, et comment la pratiquer. Il s'agit surtout de donner une place claire au souci de protection de l'investissement. Puisque la protection est bien présente, il faut lui consacrer clairement une place, qu'elle soit marginale ou fondamentale. Il faudrait alors réorganiser le contenu de la codification à droit constant déjà existant, sous la forme d'une « recompilation », puis songer à une nouvelle dénomination. En revanche, à considérer une

877. Plan. L'exercice de réflexion sur les aspects de forme de la protection prospective, au travers de l'existence d'un code comportant ses aspects substantiels, doit d'abord passer par l'étude de l'organisation de ce dernier **(I)**, pour ensuite en déduire le nom le plus fidèle **(II)**.

I. L'organisation du code

878. Repenser le contenu et l'organisation du Code de la propriété intellectuelle ou penser le contenu et l'organisation d'un nouveau code. Les deux degrés de proposition de l'essai de droit prospectif substantiel conduisent à opérer une distinction dans les modalités d'organisation du code qui l'accueillera¹⁷⁸⁴. L'essai de droit prospectif substantiel assurant la protection des investissements immatériels pourrait faire l'objet d'une organisation de sa codification soit d'une manière *raisonnable et la plus probable*, ou d'une manière nettement *plus audacieuse* et certainement *moins probable* dans l'immédiat. Sera d'abord envisagée l'hypothèse d'une réorganisation du Code de la propriété intellectuelle accueillant le droit *tel qu'il est* **(A)**, puis celle de l'organisation d'un nouveau code qui accueillerait le droit protecteur de l'investissement immatériel, *tel qu'il devrait être*¹⁷⁸⁵ **(B)**.

future valeur légale des propositions prospectives, à l'instar d'un nouveau droit, il faudrait abroger ledit code, ainsi que son contenu. Il s'agirait ensuite d'y substituer un nouveau, contenant le futur droit des investissements immatériels, dans un souci de cohérence et de sécurité juridique. À ce titre, l'institution légale des nouvelles catégories juridiques esquissées, et assorties de régimes dédiés, devaient être contenue dans un code, dont l'architecture refléterait la nouvelle finalité du système. Aussi, au-delà d'un exercice d'organisation formelle et nouvelle du droit prospectif substantiel, il faudra s'efforcer de trouver un nom au code qui soit fidèle à son contenu.

¹⁷⁸⁴ L'accueil formel du droit prospectif substantiel dans un code invite à envisager d'une part l'hypothèse d'un maintien de l'actuel Code de la propriété intellectuelle et de son contenu, tout en réorganisant ce dernier. La réorganisation des textes de la propriété intellectuelle dans ce code devrait s'opérer en s'efforçant de traduire une cohérence et une unité de la matière, en dépit de ses particularités. Il s'agirait dès lors d'une forme de « *codification-compilation* » du droit tel qu'il existe (employant l'expression, cf. CABRILLAC (R.), « Panorama de la codification à la française », *loc. cit.*, spé. p. 19 ; MAULAUERIE (Ph.), « Rapport de synthèse », *loc. cit.*, spé. p. 202. Il pourrait alors s'agir plutôt d'une « *codification-recompilation* »). Celle-ci ne toucherait en effet pas au fond des dispositions, mais réagencerait simplement la place des règles juridiques, et reformerait les grandes articulations. L'enjeu serait d'attribuer une place plus rationnelle aux dispositions assurant la protection des investissements dans des objets immatériels. D'autre part, l'accueil formel d'un droit prospectif substantiel qui trouverait une consécration légale inviterait à questionner l'utilité du maintien de l'actuel Code de la propriété intellectuelle. L'hypothèse d'adoption de nouveaux textes et régimes, dédiés officiellement à la protection des investissements immatériels et créatifs, commanderait de leur offrir une assise formelle au travers d'un nouveau code. Il s'agirait alors de mener un exercice de codification du droit tel qu'il devrait être, sous forme, non plus d'une codification-compilation, mais plutôt sous celle d'une « *codification-modification* » d'ampleur (employant l'expression, cf. CABRILLAC (R.), « Panorama de la codification à la française », *loc. cit.*, p. 13, spé. p. 16 et s. ; MAULAUERIE (Ph.), « Rapport de synthèse », *loc. cit.*, spé. p. 201). Cette recodification, touchant au fond du droit lui-même, témoignerait de l'existence d'une discipline juridique vouée, officiellement, à la protection des investissements immatériels.

¹⁷⁸⁵ Sur le sujet, employant ces expressions, cf. BRAIBANT (G.), « La commission supérieure de codification », in *La codification*, *op. cit.*, p. 97, spé. p. 97.

A. Réorganiser le contenu du Code de la propriété intellectuelle

879. Nécessité et pistes de réorganisation du Code de la propriété intellectuelle.

L'analyse du contenu et de l'organisation actuelle du Code de la propriété intellectuelle, ainsi que les différents types d'objets réservés dans le champ de la propriété intellectuelle, conduisent à constater la nécessité de réorganiser ce corpus (1). Le résultat de l'analyse, et le souci d'attribuer une place claire à la fonction de protection de l'investissement dans le droit de la propriété intellectuelle, invitent à esquisser des pistes de réorganisation du contenu du code (2).

1) La nécessité de réorganiser le Code de la propriété intellectuelle

880. Garantir cohérence et sécurité juridique. L'analyse du Code de la propriété intellectuelle et de son contenu révèle un état d'insatisfaction de son organisation à plusieurs titres (a). Dès lors, une réorganisation nécessaire sera ainsi une assurance d'atteinte de certains enjeux et vertus, dont un système juridique a besoin (b).

a. Une organisation non satisfaisante en l'état

881. La cohérence douteuse de l'organisation du code. La codification d'un ensemble de règles juridiques poursuit des fonctions, dont leur effectivité dépend en partie de questions de cohérence. Le regroupement organisé des règles juridiques d'un système dans un corpus doit en effet respecter une logique, gage de cohérence. Cette dernière repose sur la mise en œuvre d'un exercice de rationalisation formelle du droit. L'organisation formelle des règles juridiques d'un système supposé unitaire doit permettre d'offrir une clé de lecture optimale de celui-ci, garante de la qualité et de l'effectivité de son fond. Or, l'analyse du Code de la propriété intellectuelle, regroupant formellement les règles juridiques relatives à la propriété intellectuelle, pourrait bien révéler son manque de cohérence, à lier au manque d'unité de la discipline. Ce dernier traduit par ailleurs un manque de logique dans l'organisation du recueil. Il en ressortirait une organisation non-satisfaisante du corpus.

882. Illustrations. Derrière l'apparence d'ordonnancement systémique et formel du droit de la propriété intellectuelle dans son code, une analyse plus poussée révèle des difficultés à en déceler la rationalité. Les choix de positionnement des règles dans le code pourraient être considérés comme illogiques¹⁷⁸⁶. L'unité supposée de ce dernier ne serait par ailleurs

¹⁷⁸⁶ Ainsi, de la place du régime de l'« œuvre logicielle ». À ce sujet cf. not. GAUTIER (P.-Y.), « De l'art d'être

qu'apparente. La cohérence postulée s'en révélerait viciée. Ainsi, il peut être reproché audit Code un découpage confus, des incomplétudes ou lacunes¹⁷⁸⁷, ou au contraire la présence d'intrus¹⁷⁸⁸, révélant une trop grande hétérogénéité¹⁷⁸⁹. Ces reproches renvoient à la problématique même de la définition des contours du droit de la propriété intellectuelle¹⁷⁹⁰. Ces derniers sont en effet assez évolutifs. Ils conduisent à l'insertion compliquée dans le corpus, de règles dont on peut douter qu'elles aient vocation à y figurer¹⁷⁹¹. L'évolution de la matière exige un exercice de maintenance de son code¹⁷⁹².

883. Recherche déceptive de l'unité du système et de son code. Le Code de la propriété intellectuelle ne contient pas de règles absolument communes à tous les régimes de propriété intellectuelle figurant en son sein, ce qui découlerait d'un manque d'unité du système lui-même. Il en va de même des principes et lignes directrices de la matière¹⁷⁹³. Ces règles, lignes directrices et principes communs justifieraient pourtant l'appréhension de la matière de manière unitaire, et sa présence dans un recueil dédié, témoignant ainsi d'une même unité. Par ailleurs, il peut être souligné que l'expression « propriété intellectuelle », à la date de la codification, tout comme aujourd'hui, ne bénéficiait aucunement d'une définition unanime, et encore moins de définition légale. Aussi, il est étonnant d'avoir qualifié un Code de la propriété intellectuelle, alors même qu'avant la loi de codification, l'expression n'existait pas dans la législation, mais n'était qu'employée dans les discours doctrinaux. Le code aurait donc donné à l'expression sa consécration légale, ainsi que l'unité au système, sans même avoir reçu préalablement une définition¹⁷⁹⁴.

furtif [...] », *loc. cit.*, p. 107, spé. p. 110, et p. 112-113, n° 7 et s.

¹⁷⁸⁷ On peut s'étonner de l'absence de certains régimes de réservations privatives d'objets immatériels dans le Code de la propriété intellectuelle, tel le droit de l'organisateur de manifestations sportives (art. L333-1 Code du sport).

¹⁷⁸⁸ On peut s'interroger quant à la raison de la présence de la définition de l'appellation d'origine et de la sanction de l'atteinte à un secret de fabrique dans le Code de la propriété intellectuelle.

¹⁷⁸⁹ GAUDRAT (Ph.), « Pour une propriété intellectuelle épurée », *loc. cit.*, spé. p. 326, n° 3, au sujet du contenu du Code de la propriété intellectuelle : « *Un examen même superficiel révèle une hétérogénéité qui frise la contradiction* ».

¹⁷⁹⁰ Il existe un problème de balisage de la matière juridique transposée dans un Code, balisage pourtant nécessaire. Cf. CABRILLAC (R.), *op. cit.*, p. 255 et s. ; LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *op. cit.*, spé. p. 35, n° 28.

¹⁷⁹¹ Sur une telle difficulté s'agissant de la place du droit *sui generis* du producteur d'une base de données, cf. not. BENABOU (V.-L.), « La codification de la propriété intellectuelle [...] », *loc. cit.*, p. 141, spé. p. 150.

¹⁷⁹² *Id.*, p. 153 : « [...] le Code de la propriété intellectuelle peine à embrasser son objet de manière convaincante. Les vices structurels qui l'affectent n'y sont sans doute pas étrangers [...] ».

¹⁷⁹³ BENABOU (V.-L.) et VARET (V.), *La codification de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, expliquant que l'absence de principes communs aux différents droits de propriété intellectuelle regroupés dans le code est sans doute liée à la méthode imposée de codification à droit constant, à ce sujet cf. p. 74, n° 85 et s., spé. p. 76.

¹⁷⁹⁴ Cf. BENABOU (V.-L.), « La codification de la propriété intellectuelle [...] », *loc. cit.*, spé. p. 150.

b. Les enjeux d'une réorganisation

884. La nécessité de s'accorder sur l'identité et la fonction de la propriété intellectuelle.

Afin de songer à une organisation cohérente du code, il conviendrait de remédier aux doutes entourant la teneur de la propriété intellectuelle. On peine encore aujourd'hui à identifier le critère de la catégorie de la propriété intellectuelle¹⁷⁹⁵, censé lui conférer son unité et sa logique, en référence à sa finalité. La cohérence du système et de son code pourrait être restaurée en considérant que le critère d'unité des régimes de la propriété intellectuelle réside dans leur fonction de protection d'objets immatériels, à raison des investissements que leur conception a nécessitée. Dans ce cadre, il est primordial de sérieusement évoluer vers un accord unanime de ce qu'est la propriété intellectuelle, et de ce que contient le code accueillant ses régimes. Doit être identifiée la place qu'y occupe ou doit y occuper le souci de protection des investissements immatériels. Une meilleure lisibilité du système et du code en dépend¹⁷⁹⁶. Il s'agit également de garantir d'autres enjeux auxquels le système juridique, au travers de l'exercice de codification est attaché, et se donne pour mission de poursuivre. Une organisation du code réservant clairement, soit-elle marginale ou fondamentale, une place aux régimes protecteurs des investissements immatériels devrait être un gage de sécurité juridique. Le souci du principe de sécurité juridique est à la fois la source et la fin de l'entreprise de codification¹⁷⁹⁷, c'est-à-dire de rationalisation formelle du droit¹⁷⁹⁸. Une codification cohérente du droit, passant par son organisation satisfaisante, est ainsi un gage et un moyen de la sécurité juridique¹⁷⁹⁹. L'avantage de cette sécurité du droit tient, par ailleurs, aux autres enjeux qu'elle recouvre. Ainsi, elle révèle le souci d'un droit qui doit être accessible¹⁸⁰⁰, lisible, intelligible, non seulement dans le fond de la règle juridique, mais aussi dans sa forme. Un droit formellement bien présenté conférerait des garanties de prévisibilité juridique, et conséquemment de sécurité matérielle des intérêts qu'il s'agit de protéger. La sécurité formelle du droit rejaille sur la sécurité des intérêts

¹⁷⁹⁵ Sur la catégorie de la propriété intellectuelle, cf. KAMINA (P.), « Brèves réflexions sur la catégorie juridique des propriétés intellectuelles », in *Mélanges en l'honneur d'André LUCAS*, *op. cit.*, p. 441 et s.

¹⁷⁹⁶ LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *op. cit.*, p. 52, n° 38. sur le Code de la propriété intellectuelle, « *qui devient de moins en moins lisible, à mesure que le législateur charge la barque en empilant des lois de circonstance rédigées à la hâte sur des sujets trop techniques pour être accessibles aux citoyens [...]* ».

¹⁷⁹⁷ MOLFESSIS (N.), « Les « avancées » de la sécurité juridique », *RTD civ.* 2000, p. 660, spé. p. 661, au sujet du principe de sécurité juridique, qui « *représente l'alpha et l'oméga de la rationalisation formelle du droit [...]* » ; du même auteur, « Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique », *RTD civ.* 2000, p. 186.

¹⁷⁹⁸ CABRILLAC (R.), *op. cit.*, spé. p. 68 : « *[Le] besoin de sécurité juridique se traduit concrètement dans la recherche de rationalisation du droit dont la codification constitue la forme la plus élaborée* ».

¹⁷⁹⁹ *Id.*, p. 138 : « *Toute codification poursuit un objectif technique fondamental [...] à laquelle elle est censée remédier : assurer une plus grande sécurité juridique* ».

¹⁸⁰⁰ Sur l'accessibilité et la sécurité des droits de propriété intellectuelle au sein d'un Code, cf. BUYDENS (M.), *La propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 478 et s.

juridiquement protégés par les règles de fond du droit, et donc sur l'effectivité et l'efficacité tant du fond, que de la forme du système juridique. Il doit en aller ainsi en matière de droit de la propriété intellectuelle, notamment s'il doit présenter une fonction de protection des investissements immatériels.

2) Les pistes de réorganisation du Code de la propriété intellectuelle

885. Redonner du sens au contenu et à l'organisation du code. La réorganisation du code doit d'abord tendre à la recherche de son unité et de sa cohérence, à l'appui de la logique finaliste du système (a). L'architecture du code doit ensuite être remodelée à partir d'un réagencement des catégories de droits existantes (b).

a. Recherche d'unité et de cohérence du code par la logique finaliste

886. Trouver la place de la protection de l'investissement au sein du droit de la propriété intellectuelle, pour en tirer les conséquences sur son placement formel dans le code. Si l'hypothèse de protection substantielle et prospective de l'investissement ne présentait qu'une simple valeur explicative et systémique, il conviendrait tout au moins de réussir à attribuer une place claire aux dispositions juridiques protégeant l'investissement et figurant dans le code. Que l'on reconnaisse une place marginale ou fondamentale à la protection, cela devrait se traduire dans la forme et l'organisation du code. À défaut de reconnaître que le système a pour fonction absolue la protection de n'importe quel investissement, mais du moins qu'il a pour fonction de protéger parfois un investissement économique ou économique et intellectuel, alors il faudrait réserver une place particulière à de telles dispositions. Autrement dit, si l'on considère que le droit de la propriété intellectuelle n'a pas pour seule fonction la protection de l'investissement, mais que cette dernière est bien présente, il faut sélectionner les mesures y tendant pour les regrouper dans une rubrique spécifique. L'exercice implique d'identifier la ou les logiques du système qui transparaîtraient aussi dans son code, afin d'en redessiner l'unité et donc la cohérence.

887. Recherche de l'unité. Il pourrait s'agir de mettre en avant *l'unité* du corpus de textes de propriété intellectuelle, en identifiant un dénominateur commun à toutes les dispositions et régimes juridiques y figurant¹⁸⁰¹. Il faudra également en dégager la cohérence, en décelant les

¹⁸⁰¹ BENABOU (V.-L.), « La codification de la propriété intellectuelle [...] », *op. cit.*, spé. p. 150, sur l'absence actuelle de dispositions communes aux différents droits de propriété intellectuelle.

spécificités des régimes présents à articuler, qui devront en guider l'architecture. Il pourrait être considéré que toutes les dispositions du code ont en commun d'organiser la réservation exclusive et la valorisation d'objets de nature immatérielle. Ce serait l'occasion de définir clairement ce qu'est aujourd'hui le droit de la propriété intellectuelle, dans un souci de balisage de son périmètre¹⁸⁰², dont le contenu se situe dans le code¹⁸⁰³.

888. Organiser logiquement la diversité des régimes à partir de la diversité de leurs finalités. Aussi, pourraient être identifiés des objets de droits de différents types, se voyant attribuer des régimes spécifiques. Les règles de droits, régissant spécifiquement par catégories d'objets leur régime de réservation et de valorisation, devraient être organisées selon des règles de logique¹⁸⁰⁴. Cette logique pourrait reposer sur les différentes philosophies et finalités de ces régimes particuliers. Ainsi, si l'on estimait, comme il en est le cas de façon dominante aujourd'hui, que tout droit subjectif contenu dans le code n'a pas directement vocation à protéger l'investissement, il faudrait convenir que la logique d'une telle protection ne saurait guider l'entière organisation du code. Il s'agirait donc d'isoler les droits ayant cette finalité plutôt directe, pour les placer dans une catégorie spécifique du code, dont les droits auraient une logique propre. Il s'agit d'une occasion de réunir des questions de logique et de téléologie au sein d'un système juridique, dans le cadre de son aspect formel. Il s'agirait également de songer aux autres catégories qui prendraient place aux côtés de la catégorie des droits protégeant l'investissement, et qu'il faudrait à nouveau identifier. En ce sens, il pourrait être avancé que la propriété intellectuelle tend à poser des règles de réservation et de valorisation d'objets ayant en commun d'être de nature immatérielle¹⁸⁰⁵. Il s'agirait de *re-former* le code en *re-compilant* ses dispositions sur la base des différentes catégories remodelées¹⁸⁰⁶.

¹⁸⁰² Sur l'idée de détermination du périmètre d'une matière contenue dans un code, cf. not. CABRILLAC (R.), *op. cit.*, spé. p. 255 et s.

¹⁸⁰³ Il pourrait certainement être utile d'assortir le code de dispositions communes à ces différents régimes, ce qui en favoriserait la lecture unitaire. Suggérant l'idée d'introduire des dispositions communes, ne serait-ce que sur la nature et la sanction des droits pour faire gagner le code en unité et cohérence, cf. BENABOU (V.-L.), « La codification de la propriété intellectuelle [...] », *loc. cit.*, spé. p. 150 et s.

¹⁸⁰⁴ CABRILLAC (R.), *op. cit.*, spé. p. 138.

¹⁸⁰⁵ Que ces objets soient appréhendés comme des résultats d'actes créatifs, comme des résultats d'association d'un signe à un produit ou un service, ou comme un résultat d'investissements et ce, selon des finalités et logiques variables ; CARON (Ch.), *op. cit.*, spé. p. 21, n° 20.

¹⁸⁰⁶ À cet effet, il faudrait peut-être compter sur l'assouplissement, malgré-lui, du mode de codification « à droit constant » parfois dénoncé... Pour des critiques en ce sens, cf. not. GAUTIER (P.-Y.), « De l'art d'être furtif [...] », *loc. cit.*, p. 107 et s.

b. *Remodelage de l'architecture du code par le réagencement des catégories*

889. Redessiner des catégories contenant des sous-catégories de droits, pour en réorganiser les emplacements dans le code. Il est possible d'opérer des rapprochements des différents objets et régimes actuels de propriété intellectuelle en fonction de la place qu'y occupe le souci de protection de l'investissement. L'option d'une reconnaissance marginale de la place de l'investissement dans le droit de la propriété intellectuelle implique d'abord d'extraire les droits ayant en l'état plus ou moins explicitement pour but la protection d'un investissement économique. Ensuite, il s'agit de les regrouper dans une partie dédiée. L'enjeu est d'expurger les autres catégories et régimes, de dispositions considérées comme intrus. L'architecture du code pourrait être remodelée pour gagner en cohérence et lisibilité, à partir du regroupement des actuelles sous-catégories de droits de propriété intellectuelle en catégories plus larges. L'exercice reposerait sur le constat que leur critère d'unité respectif tient à la nature de leur objet et à la fonction de leur réservation. Il s'incarnerait dans la préservation des droits de propriété intellectuelle déjà existants en droit positif, et figurant dans le code, donc dans une démarche de « *recodification* à droit constant ».

890. Abandonner l'actuelle *summa divisio* du code et en adopter une nouvelle. L'exercice suggère de se défaire de la traditionnelle *summa divisio* sur laquelle repose l'architecture globale du code¹⁸⁰⁷, entre la propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle. Celle-ci nous semble en effet devenue trop artificielle et manquant de pertinence. On peine à déceler les différences d'objets et de régimes entre ces deux modèles de réservation privative. Les expressions respectives de « propriété littéraire et artistique » et de « propriété industrielle » perdent de leur sens, dès lors que la première renvoie à la propriété d'objets immatériels, n'ayant pas nécessairement qu'une nature littéraire ou artistique, et que la seconde renvoie à la propriété d'objets immatériels, pouvant par exemple avoir une nature artistique¹⁸⁰⁸. À l'instar de ce que suggérerait Monsieur le Professeur Philippe Gaudrat¹⁸⁰⁹, le découpage du Code de la propriété

¹⁸⁰⁷ Sur le plan général d'un Code, cf. not. CABRILLAC (R.), *op. cit.*, spé. p. 237 et s., évoquant le plan du Code de la propriété intellectuelle selon une *summa divisio*, cf. spé. p. 238.

¹⁸⁰⁸ Des objets de droit d'auteur peuvent par ailleurs se présenter comme des créations industrielles, conçues et exploitées selon une organisation de type industrielle. Aussi, un modèle ou un dessin protégé par un titre de propriété industrielle peut également, sous conditions, tout à fait l'être par le droit d'auteur. Dès lors, il serait nécessaire de substituer une nouvelle division à celle-ci.

¹⁸⁰⁹ GAUDRAT (Ph.) et G. MASSÉ, *La titularité des droits sur les œuvres réalisées dans les liens d'un engagement de création*, Rapport à Madame la Ministre de la Culture, Madame la Ministre de la Justice et Monsieur le Secrétaire d'Etat à l'Industrie, 2000, synthèse du rapport disponible en ligne, https://cours.unjf.fr/file.php/133/Cours/D122_amblard/res/Rapport%20Gaudrat%20Masse.pdf, spé. p. 9-10, n° 29, envisageant, au sein d'un Code de la propriété incorporelle ou des propriétés incorporelles, le découpage et l'organisation plus rationnels, avec une partie sur la propriété intellectuelle au sens strict avec d'un côté la propriété

intellectuelle en deux parties pourrait reposer sur le constat qu'actuellement il ne contient pas que des régimes de propriété « intellectuelle » au sens restrictif¹⁸¹⁰. Ce faisant, la division du code pourrait prospectivement reposer sur ces différences. L'auteur suggère ainsi de réserver dans le code, une partie aux régimes strictement entendus de propriété intellectuelle. Celle-ci contiendrait les régimes de propriété de natures personnaliste ou industrielle. Il suggère aussi de consacrer dans le code, une autre partie, relative aux régimes de propriétés incorporelles. Ces derniers renverraient aux régimes d'appropriation des autres objets qui ne peuvent être qualifiés de créations intellectuelles, mais qui doivent plutôt être traités comme des droits exclusifs, sur les objets d'investissements et autres droits de clientèle. Nous sommes assez séduite par cette proposition. Nous regrettons néanmoins qu'elle soit restée lettre morte. Celle-ci a en effet le mérite de conférer une place, ne serait-ce que marginale, mais certaine, au souci de protection de l'investissement intellectuel et/ou économique dans des objets immatériels. Même si au sein du droit des propriétés incorporelles, la place conférée à la protection de l'investissement est assez marginale et n'est pas considérée comme une dynamique commune à tous les régimes, elle existe néanmoins. La proposition tendrait donc à conférer à la matière, codifiée, davantage de cohérence, au travers de la restauration d'une unité et le recours à la logique¹⁸¹¹. À adopter la proposition de réorganisation des régimes dans le code du Professeur Gaudrat, l'idée d'un essai de catégorisation des résultats d'investissements, objets de droits de propriété intellectuelle, n'en serait pas moins sous-jacente. En effet, les objets réservés au titre des droits de propriété intellectuelle de nature personnaliste, voire même industrielle, pourraient très bien être considérés comme recouvrant notre qualification de résultat d'investissement intellectuel, voire de résultat d'investissements combinés. De même, les objets réservés au titre des droits sur les objets d'investissement, pourraient recouvrir notre qualification de résultat d'investissement économique. De plus, à conserver et promouvoir les deux parties et quatre sous-parties suggérées par l'auteur, il conviendrait d'aller plus loin dans

personnaliste et d'un autre la propriété industrielle, et une autre partie sur les autres propriétés incorporelles, avec d'une part les droits exclusifs sur les objets d'investissements, et d'autre part, les droits de clientèles.

¹⁸¹⁰ En ce sens, le code contient des régimes d'appropriation d'objets immatériels n'ayant pas pour spécificité d'être toujours de pures créations intellectuelles. Bien au contraire, certains objets s'y trouvant réservés sont appréhendés et protégés comme le fruit d'un simple apport intellectuel non créatif, et même comme le simple résultat d'un investissement plus économique, qu'intellectuel ou créatif. Ces derniers régimes ne renverraient donc pas, à proprement parler, à des droits de propriété intellectuelle, mais plutôt à des droits de propriété incorporelle.

¹⁸¹¹ Dans la même veine, il serait possible d'adopter la lecture tripartite des objets de droits de propriété intellectuelle opérée par Monsieur le Professeur Christophe Caron, au titre de l'illustration des régimes contenus dans le droit de la propriété intellectuelle. L'auteur identifie parmi « les trois grandes familles de droits au sein de la propriété intellectuelle », des « *droits sur les créations* » qu'elles soient artistiques ou industrielles, « *des droits d'occupation* », et des droits « *ayant pour finalité avouée de protéger un investissement* », CARON (Ch.), *op. cit.*, spé. p. 21, n° 20.

cette réflexion, au travers de l'idée d'une nouvelle dénomination des différentes subdivisions, et spécialement de l'attribution d'une nouvelle dénomination de certains types de droits. Par exemple, il est parfois suggéré en doctrine l'abandon de l'expression « droit d'auteur », pour y substituer celle de « droit de l'œuvre »¹⁸¹².

891. Propositions de réorganisation formelle de l'architecture du code. En somme, à s'inspirer des différentes lectures proposées de la variété des objets et régimes juridiques figurant en catégories actuellement dans le Code de la propriété intellectuelle, nous serions favorable à la réorganisation de l'architecture du code selon trois grandes catégories, composées de sous-catégories de droits. Une *première partie* pourrait regrouper les régimes d'appropriation des créations intellectuelles. Parmi ceux-ci seraient réunis les droits procédant de logiques personnaliste et/ou industrielle, mais partageant la spécificité d'organiser le régime d'appropriation d'objets immatériels résultat d'une activité de création intellectuelle¹⁸¹³. Une *seconde partie* pourrait être consacrée au regroupement des régimes d'appropriation d'objets immatériels ayant la spécificité d'être le fruit d'investissement essentiellement économique et empruntant cette même nature¹⁸¹⁴. Une *troisième partie* pourrait enfin contenir les régimes de droits dits d'occupation, tels les droits réservant l'usage des signes distinctifs ou mêmes qualifiés droits de clientèle. En l'état, ces droits ne sont d'ailleurs pas étrangers à la recherche de protection des investissements consentis, en vue de l'association d'un signe à un produit ou un service qui en serait marqué, ou à une origine géographique par exemple¹⁸¹⁵.

892. Les hypothèses accessoires d'ouverture ou d'épuration du code. L'hypothèse d'une ouverture du Code de la propriété intellectuelle à de nouveaux régimes de réservation d'objets immatériels n'y figurant pas à ce jour mérite d'être soulevée. Ces régimes pourraient légitimement y trouver leur place. Cette question peut aussi inviter à envisager l'hypothèse

¹⁸¹² Cf. BENSAMOUN (A.), « Libres propos sur l'existence d'un droit de l'œuvre applicable aux créations issues de l'intelligence artificielle », in *Mélanges en l'honneur de Michel VIVANT*, *op. cit.*, p. 13, évoquant un droit de l'œuvre, sous-catégorie du droit d'auteur. Il est clair que cette substitution ferait perdre au droit son caractère symbolique, sacré et mystique, tendant à renforcer l'importance culturelle de la protection de ces objets. Elle révèle le souci de détacher quelque peu de la conception traditionnellement personnaliste de ce droit. Toutefois, elle aurait au moins le mérite de rendre de la lisibilité et de la cohérence, au regard de la réalité appréhendée et des objectifs de l'intervention politique en matière juridique.

¹⁸¹³ Ces objets pourraient aussi très bien être interprétés comme des résultats d'investissement intellectuel ou d'investissements intellectuel et économique combinés. Plus concrètement, figureraient dans cette partie, pour ne retenir que les principaux, le régime du droit d'auteur éventuellement renommé, le droit des artistes-interprètes, le droit des dessins et modèles, ainsi que le droit des brevets.

¹⁸¹⁴ Ces objets pourraient recouvrir la qualification de résultats d'investissement essentiellement économique. Il s'agirait des actuels droits voisins du droit d'auteur, que sont les droits des producteurs culturels, le droit *sui generis* du producteur de base de données, ayant en commun d'être consacrés en vue de favoriser la rentabilité des investissements consentis dans le cadre de la conception et/ou de la diffusion de certains objets de droits.

¹⁸¹⁵ Une consécration de cette catégorie dans le code appellerait également une réflexion quant à l'opportunité de son extension à d'autres biens incorporels, protégés grâce à un mode de réservation exclusive, tels que le fonds de commerce, les noms de domaine, les noms commerciaux, enseignes, ...

d'une épuration du code de certains régimes, pour les replacer dans un autre corpus *ad hoc* à créer. La réorganisation du Code de la propriété intellectuelle serait l'occasion d'ouvrir sa porte à d'autres régimes de réservation d'objets immatériels déjà existants et se situant en dehors¹⁸¹⁶. Elle serait également l'occasion de le purger de certains régimes, à supposer que l'on souhaite demeurer dans un code strictement voué au rassemblement des règles juridiques relatives à l'appropriation d'un objet procédant d'une création intellectuelle. Une purge du code, des droits de propriété incorporelle ne recouvrant pas strictement la qualification d'intellectuelle, pour les placer dans un code *ad hoc*, nommé par exemple Code de la propriété incorporelle¹⁸¹⁷, serait un moyen de gagner en unité, et donc en cohérence.

893. Vers une codification plus audacieuse d'un droit prospectif protecteur des investissements immatériels. Toucher à l'organisation du système juridique de la propriété intellectuelle dans sa forme, voire même peut-être dans son fond¹⁸¹⁸, révélerait déjà que nous nous dirigeons vers autre chose, un nouveau code, voire une nouvelle branche du droit¹⁸¹⁹. Il serait peut-être plus judicieux et pertinent de faire franchement évoluer le droit de la propriété intellectuelle et son code vers une hypothèse officielle de droit prospectif des investissements immatériels. La protection jouirait dès lors d'une place certaine dans l'ordre juridique. Il s'agit ainsi d'abandonner la dynamique de « codification [re-]compilation » du droit tel qu'il est, pour nous orienter davantage vers une « codification-modification » du droit tel qu'il devrait être.

B. Organiser le contenu d'un nouveau code

894. Penser l'architecture et les principes directeurs du droit prospectif substantiel au sein de l'organisation d'un nouveau code. L'hypothèse de création et d'organisation d'un

¹⁸¹⁶ Il pourrait en aller ainsi par exemple, concernant les droits voisins de la propriété intellectuelle ou de la propriété littéraire et artistique, pouvant eux-mêmes être fondés sur le souci de protection de l'investissement, pas seulement intellectuel, mais aussi économique, tel le droit du producteur de manifestations sportives qui se trouve actuellement dans le Code du Sport. Ce régime aurait vocation à intégrer la partie sur les régimes de protection des objets d'investissements, et/ou plus largement celle relative à la propriété incorporelle et non intellectuelle. On peut également songer à l'intégration dans une catégorie relative aux objets de propriété incorporelle, voire aux objets d'investissements, des droits patrimoniaux de la personnalité sous forme de droit autonome de la notoriété restant à consacrer. Cf. BRUGUIÈRE (J.-M.), « Droits patrimoniaux de la personnalité », *RTD civ.* 2016, p. 1, cf. spé. note n° 129.

¹⁸¹⁷ *Ib.id.*, évoquant cette idée.

¹⁸¹⁸ À l'instar des effets de la codification à droit constant pour le CPI en 1992 ou pour d'autres codes, il se pourrait qu'une réorganisation aboutisse à des modifications du fond du droit, par exemple, en ouvrant la porte à l'interprétation jurisprudentielle des textes à partir de leur repositionnement dans le corpus voire même de la reformulation des titres de subdivisions. Cf. not. BENABOU (V.-L.) et VARET (V.), *op. cit.*, p. 114, n° 128 et s., spé. p. 115, n° 129 et s.

¹⁸¹⁹ Employant l'expression de « novation » au sujet de l'influence de la modification formelle d'un Code sur la substance même du droit, cf. LIBCHABER (R.), « Sur l'effet novatoire de la codification à droit constant », *RTD civ.* 1997, p. 778.

nouveau code accueillant formellement le droit prospectif substantiel de l'investissement immatériel paraîtrait audacieuse¹⁸²⁰. Elle implique en effet une modification du fond du droit et suggère un travail de reconstruction à l'appui d'une méthode de « codification-modification »¹⁸²¹. La cohérence de ce nouveau corpus nécessite de songer d'une part à son organisation, au travers de la définition de son architecture (1). D'autre part, elle invite à réfléchir à l'opportunité d'insérer des dispositions directives (2).

1) Définir l'architecture du nouveau code

895. Inscrire le champ de la protection substantielle dans un corpus formel dédié. Le champ du droit à consigner dans un code irait au-delà du droit actuel de la propriété intellectuelle¹⁸²². Il renverrait plus globalement à un droit de la réservation des investissements immatériels. Repenser un code en réorganisant, voire en augmentant les règles de droit qu'il contient, revient déjà en effet à penser à un autre code singulier et autonome¹⁸²³. Le champ des règles juridiques de protection contenu dans un nouveau code sera bien plus large que celui actuel du droit de la propriété intellectuelle. Il engloberait la réservation de tout objet recouvrant la qualification de résultat d'investissement. Il y aurait alors substitution d'un droit de la propriété incorporelle ou de la réservation d'investissements immatériels, au droit de la propriété intellectuelle. La consécration d'un nouveau code suppose de définir la philosophie et la dynamique de son organisation.

896. Philosophie de l'organisation du code. L'organisation du contenu d'un code accueillant le droit prospectif substantiel de l'investissement immatériel devra être réalisée de la façon la plus harmonieuse possible, afin de renvoyer une image fidèle du nouveau système. L'enjeu sera aussi de pouvoir déceler la philosophie des dispositions, ainsi que la logique et la cohérence du corpus. Les règles juridiques devront en effet pouvoir être recherchées et identifiées de manière aisée. Ce faisant, il s'agira de réunir et d'incorporer dans ce code, des objets faisant aujourd'hui l'objet d'une réservation ou non, que la réservation soit privative ou extra-privative, par la considération de leur source qu'est l'opération d'investissement, et justifiant leur réservation¹⁸²⁴. Il ne s'agirait alors plus de raisonner en identifiant dans le code

¹⁸²⁰ Et moins probable dans l'immédiat.

¹⁸²¹ Excluant le recours à la méthode de codification à droit constant.

¹⁸²² CABRILLAC (R.), *op. cit.*, p. 255.

¹⁸²³ *Id.*, p. 100, sur la valeur symbolique de création d'un code destiné à une matière, dont il en assure la consécration.

¹⁸²⁴ Ainsi en irait-il, par exemple, des régimes juridiques de l'image des biens ou des personnes, de la notoriété, des noms de domaine, des manifestations sportives, des indications géographiques, des secrets, des savoir-faire, des droits voisins, des objets *sui generis*, ...

des objets *créatifs*, *d'investissement* ou des *signes distinctifs*, faisant l'objet d'une réservation en ces qualités. Il s'agirait de raisonner en identifiant des objets à réserver sur des motifs de valeur économique et de progrès à défendre, dans une démarche d'incitation, selon la nature de leur source et en référence à l'opération d'investissement. Les objets protégés auront en commun d'être qualifiés de résultat d'investissement de manière générique, tout en présentant des particularités de nature et de régimes justifiant d'organiser leur place spécifique dans l'architecture du code. Les grandes catégories du nouveau droit substantiel pourraient servir de charpente à l'architecture globale du code¹⁸²⁵, à titre d'élément d'inspiration.

897. Modalités d'organisation générale de l'architecture du code. L'organisation de l'architecture générale du code et de ses articulations pourrait logiquement être construite en fonction des catégories juridiques établies à l'occasion de l'exercice de protection prospective substantielle des investissements immatériels. La protection proposée, construite de manière systémique, transparaîtrait formellement dans le plan du code. Chaque catégorie se verrait attribuer une place logique. Par ailleurs, le plan du code devrait suivre une dynamique reflétant un ordonnancement des règles juridiques allant du général, au spécial¹⁸²⁶. L'éventualité de l'intégration, à titre liminaire, de dispositions communes à la réservation et à la valorisation des différents types de résultats d'investissement, est en ce sens envisageable. À ces règles génériques placées en position liminaire, par exemple dans une partie préliminaire, pourrait ensuite succéder une *summa divisio* renvoyant effectivement aux grandes articulations du droit prospectif substantiel. Chaque partie de cette *summa divisio* serait elle-même constituée de subdivisions plus secondaires, contenant les spécificités des éléments de régimes juridiques d'appropriation des différents types de résultats d'investissements. Une attention particulière devrait aussi être portée à la question des intitulés de ces divisions et subdivisions, lesquels doivent fidèlement introduire et traduire le contenu des textes qui y seront rangés¹⁸²⁷. En somme, l'organisation du nouveau code se ferait en fonction de l'arborescence mise en œuvre pour présenter le régime prospectif et substantiel de protection des investissements immatériels. Dans cet exercice, plusieurs options sont envisageables. Néanmoins, l'objet des présents développements n'est pas de proposer un plan exhaustivement détaillé, mais d'en identifier les principales divisions et articulations.

¹⁸²⁵ De même que les nouvelles qualifications et éléments de leurs régimes juridiques.

¹⁸²⁶ À ce sujet cf. not. CABRILLAC (R.), *op. cit.*, p. 243.

¹⁸²⁷ Les intitulés des subdivisions pourraient en effet être sujets à interprétations, ce qui serait susceptible de modifier le fond du droit.

898. Identification de la *summa divisio*. Une première option conduit à envisager de faire reposer la *summa divisio* sur *trois parties*. Chacune d'elles serait constituée sur la base d'une des catégories, qualifications et régimes de résultats d'investissement(s)¹⁸²⁸. La division des parties serait justifiée en ce que les régimes de réservation et de valorisation de ces objets, présentant des particularités variables, seraient eux-mêmes différents. Une seconde option invite à envisager une *summa divisio* construite en référence aux *deux aspects* présentés d'un droit prospectif substantiel des investissements immatériels, à savoir les protections objective et subjective¹⁸²⁹.

899. Identification des subdivisions. Dans le cadre des deux options de *summa divisio*, chacune des parties contiendrait logiquement des divisions secondaires, faisant état des régimes juridiques de réservation et de valorisation des différents types de résultats d'investissements. Selon la *première option*, dans l'hypothèse d'une *summa divisio* en trois parties, chacune d'elles, relative à la réservation et à la valorisation d'un type de résultat d'investissement en particulier, contiendrait des subdivisions renvoyant aux règles précisant les modalités d'existence du droit en question et de son exercice. La troisième partie, relative aux règles de réservation et de valorisation d'un résultat d'investissements combinés, contiendrait en plus les dispositions ayant vocation à traiter du conflit interne. Ces dispositions traduiraient un régime juridique de protection dite subjective de l'investissement. Quant à l'hypothèse d'une *summa divisio* en deux parties, selon la *seconde option*¹⁸³⁰, dans la première partie relative au régime de réservation d'un résultat d'investissement de manière générique, figureraient également des divisions secondaires. Ces dernières renverraient elles aussi au régime de réservation et de valorisation de tout résultat d'investissement, mais de façon plus générale que dans la première hypothèse. La seconde partie serait composée de subdivisions contenant spécialement les règles de titularité du droit sur un résultat d'investissements combinés, ainsi que celles relatives au partage des suites de l'opération, entre l'investisseur intellectuel et l'investisseur économique.

¹⁸²⁸ Ainsi, une *première* partie renverrait au régime de réservation et de valorisation d'un *résultat d'investissement intellectuel*, une *seconde* à celui d'un *résultat d'investissement économique*, et enfin une *troisième* à celui d'un *résultat d'investissements combinés*.

¹⁸²⁹ Ainsi, une *première* partie traiterait de la protection dite « *objective* » des investissements immatériels et créatifs, renvoyant aux règles juridiques aptes à traiter des conflits d'intérêts entre investisseurs et public, au sujet de la réservation des différents types de résultats d'investissements. Une *seconde* partie traiterait de la protection dite « *subjective* » des investissements intellectuel et économique consentis en vue de l'existence d'un résultat combiné. Cette protection renvoie aux règles juridiques aptes à traiter des conflits d'intérêts entre un investisseur intellectuel et un investisseur économique, collaborant à la conception d'un objet immatériel.

¹⁸³⁰ Les nuances par rapport à la première option sont assez minces. Cependant, cette seconde option a le mérite de mettre en lumière la spécificité du régime de réservation et de valorisation d'un résultat d'investissements combinés, par rapport aux autres régimes des résultats d'investissements seulement intellectuel ou économique. De plus, elle met davantage le projecteur sur le souci d'organiser, dans le fond comme dans la forme, un équilibre entre les intérêts de trois catégories d'acteurs, se rencontrant au carrefour de deux types de conflits distincts.

Nous serions donc davantage séduite par la seconde option. Au demeurant, les deux options ont en commun d'être fondées sur le résultat de l'exercice de recatégorisation juridique des réalités, lequel nous a permis d'identifier des qualifications et des régimes particuliers qui constitueraient l'architecture du nouveau code. Le résultat de l'exercice incite aussi à étudier l'utilité d'introduire des dispositions générales directrices dans une partie préliminaire.

2) L'insertion de dispositions directrices

900. De l'opportunité d'insérer des dispositions directrices soulignant la philosophie du contenu du code. La construction et l'organisation d'un nouveau code, voué à la compilation de règles juridiques de protection des investissements immatériels, pourraient prévoir une place à des dispositions ayant pour objectif de refléter la philosophie et les lignes directrices de ce système juridique. Ces dispositions, placées dans une partie préliminaire du code¹⁸³¹, contribueraient à afficher formellement l'unité, la cohérence et la direction du nouveau système. Il est alors tentant de songer à la qualification de principes directeurs¹⁸³². Pourtant, il convient de vérifier la pertinence de cette qualification. Il est envisageable que ces dispositions générales puissent avoir un rôle de direction du droit compilé dans le code. Ce rôle impliquerait alors une valeur normative supérieure aux autres. Il serait peut-être plus judicieux de leur conférer simplement une valeur pédagogique et symbolique. *A minima*, il conviendrait de leur attribuer la qualification de dispositions générales et liminaires. Une telle qualification n'empêcherait pas qu'elles puissent être utilisées comme référence dans le cadre d'un processus interprétatif des autres dispositions. Ces dispositions liminaires auraient une fonction d'orientation. Compte tenu de la fonction que nous voudrions attacher à des dispositions générales et directives placées au-devant des autres règles, il faudra déterminer si elles recevront une valeur strictement de principe directeur, et donc normative et supérieure, ou simplement informative, pédagogique et symbolique. Le but de ces dispositions serait de témoigner de la philosophie et des lignes directrices du droit prospectif substantiel. Elles constitueraient un outil d'interprétation de l'ensemble du droit que le praticien pourrait mettre en œuvre. À cet effet, pourraient être précisés les fondements et finalités du régime juridique contenu dans la suite du code, ainsi que des règles générales et communes aux différents régimes juridiques plus spéciaux.

¹⁸³¹ Sur les dispositions préliminaires d'un code, cf. not. CABRILLAC (R.), *op. cit.*, spé. p. 245 et s.

¹⁸³² Sur la valeur et la portée des principes directeurs, cf. not. GUESTIN (J.), BARBIER (H.) et BERGÉ (J.-S.), *op. cit.*, p. 133, n° 169 et s. ; LE GAC-PECH (S.), « Principes généraux et droit prospectif », *LPA* 24 juin 2011, n° 125, p. 4 ; MEKKI (M.), « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.* 2015, p. 816 ; DUPICHOT (Ph.), « Les principes directeurs du droit français des contrats », *RDC* 2013, n° 1, p. 387.

901. Comparaisons et exemples des valeurs des principes directeurs et des dispositions liminaires. Certaines disciplines juridiques renvoient à des textes normatifs pouvant laisser penser, plus ou moins explicitement, qu'ils reçoivent la qualification de principe directeur, lorsqu'ils sont placés en position liminaire dans un code ou une de ses subdivisions. Ainsi en va-t-il clairement dans le droit de la procédure civile, dont le code s'ouvre sur la présentation de principes directeurs du procès civil¹⁸³³. Il en va également ainsi, d'une manière un peu plus discutable¹⁸³⁴, s'agissant du nouveau droit des contrats, tel qu'issu de la réforme opérée par l'Ordonnance du 10 février 2016. La réforme n'a en effet pas choisi de qualifier les dispositions en question de principes directeurs¹⁸³⁵, mais simplement de dispositions liminaires. L'objectif était de mettre simplement en lumière les lignes directrices du régime du droit des contrats. Ces dispositions, placées formellement dans leurs codes, en amont des éléments de régimes plus spéciaux du droit de la procédure civile et du droit des contrats, présentent des nuances de valeurs. Elles n'en ont pas moins en commun d'annoncer, notamment pédagogiquement et symboliquement, les lignes directrices des systèmes juridiques concernés¹⁸³⁶.

902. Proposition d'insertion des dispositions directives. Nous souhaiterions que le droit prospectif substantiel des investissements immatériels puisse également jouir de dispositions révélant les lignes directrices du nouveau système. Leur absence en droit de la propriété intellectuelle, et notamment dans son code, peut être regrettée. Un système a en effet besoin d'identification de ses lignes directrices portant son unité, et permettant d'en dégager la philosophie, au travers de ses fondements et finalités. Ces dispositions, représentatives de la rationalité du système juridique, en révéleraient l'esprit. L'idée de l'adoption, en propriété intellectuelle, et de l'insertion dans son code de principes directeurs, lignes directrices, ou de dispositions générales, est régulièrement suggérée en doctrine¹⁸³⁷. Le vœu de telles dispositions

¹⁸³³ Ceux-ci contiennent des dispositions renvoyant aux règles d'organisation de l'instance, aux droits et obligations des acteurs du procès civil. Cf. art. 1 et s. CPC.

¹⁸³⁴ La qualification de ces dispositions en tant que principes directeurs a fait en effet l'objet de discussions, particulièrement au regard de la valeur qui découlerait d'une telle qualification. Le Rapport au Président de la République précise néanmoins que ces dispositions ne présentent pas une autorité supérieure aux autres dispositions suivantes, cf. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JO*, 11 févr. 2016.

¹⁸³⁵ A même été utilisée, pendant un temps, la notion de « principes généraux » du droit des contrats, notamment dans l'article 8 du Titre 1^{er} de la L. n° 2015-177 du 16 févr. 2015, habilitant le gouvernement à réformer par voie d'ordonnance le droit des contrats.

¹⁸³⁶ Elles peuvent servir d'appui à l'interprétation des autres dispositions, possibilité parfois redoutée.

¹⁸³⁷ LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *op. cit.*, 4^e éd., p. 35, n° 28, évoquant l'absence de principe général de propriété intellectuelle ; présentant une réflexion au sujet de « l'adoption de principes généraux en matière de propriété incorporelle [qui] pourraient ainsi figurer dans le Code civil et dans le CPI », cf. BRUGUIÈRE (J.-M.), « Les droits voisins de la propriété littéraire et artistique », *loc. cit.*, p. 171, n° 31, et pour une proposition de principes directeurs, l'auteur renvoie à la contribution de BERGÉ (J.-S.), « Les solutions législatives à l'articulation des droits de propriété intellectuelle ou l'art de légiférer-délégiférer en question », in BRUGUIÈRE (J.-M.) (dir.), *L'articulation des droits de propriété intellectuelle*, Thèmes &

en droit positif de la propriété intellectuelle conduit, *a fortiori*, à souhaiter leur existence et leur insertion dans un nouveau code, ayant vocation à recueillir le droit prospectif substantiel des investissements immatériels. Reste à entamer une réflexion plus précise sur leur fonction, leur valeur et leur teneur. L'issue de cette réflexion dépendra de l'exercice de choix de politique juridique. Pour divulguer une image un peu plus concrète du contenu souhaité de ces dispositions, il pourrait être envisagé de faire référence, d'abord, aux valeurs et fonctions sociales justifiant et donnant un cadre aux régimes de réservation et de valorisation des résultats d'investissements immatériels. Les soucis de justice, d'utilité, d'intérêt général, d'incitation, transparaissant dans les fondements et finalités du système juridique, recevraient une place symbolique. Puis, des définitions des notions, et des délimitations du périmètre du droit des investissements immatériels et de ses catégories, pourraient aussi utilement être consignées. De même, une typologie des réalités d'investissements et des objets de protection pourrait aussi être organisée. Enfin, les grandes lignes générales et partagées des différents régimes pourraient être identifiées¹⁸³⁸.

II. Le nom du code

903. Trouver la dénomination adaptée au Code accueillant un système juridique de réservation d'objets immatériels. L'exercice de réorganisation du Code de la propriété intellectuelle, ou d'organisation d'un nouveau code donnant une place certaine à la protection des investissements immatériels, doit s'achever sur la recherche d'une reformulation ou d'une formulation adéquate du titre du recueil¹⁸³⁹. L'enjeu est celui de l'annonce fidèle d'un contenu, au travers du nom de son contenant¹⁸⁴⁰. Il s'agira, d'une part, de traiter de l'attribution d'un nouveau nom au Code de la propriété intellectuelle, qui se trouverait préalablement réorganisé dans son architecture et son contenu (A). D'autre part, il s'agira d'envisager la nécessité de

commentaires, Paris : Dalloz, 2011, p. 101, spé. p. 111, n° 19 et s., présentant fictivement l'idée et la teneur d'un titre liminaire et transversal sur ce qu'est la propriété intellectuelle, afin d'y faire figurer des règles d'articulation des droits ; FAVREAU (A.), « La valeur sociale des objets de la propriété intellectuelle », *loc. cit.*, p. 69, imaginant et rêvant à l'introduction dans le CPI, de principes directeurs de la propriété intellectuelle ; cf. égal. l'appel à contribution du 4^e colloque des JUSPI, « Le Code de la propriété intellectuelle en 10 articles », du 4 mars 2021, organisé sous la direction de FAVREAU (A.), <https://lesjuspri.wordpress.com/evenements/colloque-2021/>, publication des actes à paraître chez Dalloz.

¹⁸³⁸ Notamment quant à l'objet du droit, son titulaire, son contenu, sa sanction, sa durée, ses conditions de mise en œuvre.

¹⁸³⁹ Sur l'attribution d'un nom à un Code, cf. not. CABRILLAC (R.), *op. cit.*, p. 229.

¹⁸⁴⁰ Tel est le cas, que l'on demeure dans l'hypothèse d'un droit prospectif substantiel à valeur simplement doctrinale et systémique, qui conduirait à une réorganisation du Code de la propriété intellectuelle, ou que l'on évolue vers un droit prospectif de la protection substantiels des investissements créatifs, recevant une consécration légale dans un nouveau Code.

nommer le nouveau code accueillant le régime juridique de protection des investissements immatériels (B).

A. Renommer le Code de la propriété intellectuelle

904. Trouver un meilleur qualificatif au code : motifs et propositions. L'évolution de l'organisation du Code de la propriété intellectuelle impliquerait de songer à l'opportunité de le renommer (1). La recherche de l'appellation adéquate peut aboutir à plusieurs possibilités (2).

1) L'opportunité de renommer le Code de la propriété intellectuelle

905. Un contexte justifiant de renommer le code. La réorganisation du Code de la propriété intellectuelle n'implique pas de changement du droit sur le fond. Il s'agit simplement d'une recherche de réaménagement des catégories et régimes, voire d'intégration dans ce corpus de règles déjà existantes, mais n'y figurant pas. Ce faisant, un souci de cohérence commande de s'assurer que le nom du code est bien en lien avec son contenu. Le nom du code est trompeur en l'état actuel. En effet, l'emploi de l'expression « propriété intellectuelle » suggère que le code contient des dispositions gérant les modalités d'appropriation d'objets de nature exclusivement intellectuelle. Or, tel n'est pas le cas. Le code contient des régimes d'appropriations d'objets devant davantage être considérés en tant que résultats d'investissements. Une modification de l'organisation et du contenu du code, par remaniement des catégories et régimes, afin de donner une place à la protection des objets d'investissement, conduirait donc et à plus forte raison, à mettre en lumière le caractère trompeur du nom du code.

906. Des objectifs de fidélité, de cohérence, d'unité et de logique. À considérer que le droit de la propriété intellectuelle recouvre les régimes de protection d'objets immatériels assimilables à des résultats d'investissements intellectuels et/ou économiques, le code ne pourrait conserver son nom. Par souci d'adéquation et de fidélité entre le contenu et le contenant, rejaillissant formellement sur la sécurité juridique du système, il conviendrait de trouver une appellation ne se contentant pas de renvoyer à la propriété d'objets simplement intellectuels. Le nom du code ne doit pas pouvoir continuer à suggérer que ce dernier renvoie, exclusivement, à des objets n'ayant pour mérite que d'être le fruit d'une activité spirituelle et intellectuelle. Une réorganisation du code, selon trois catégories renvoyant à la protection d'objets créatifs, d'investissement et d'occupations, impliquerait donc une dénomination révélant le point commun de ces objets. L'unité de la matière juridique et des règles de droit

codifiées serait restaurée formellement. Le qualificatif à attribuer au terme propriété devrait être plus large, de telle sorte qu'il appréhende des objets non seulement, ni strictement, intellectuels, mais aussi incorporels ou immatériels. À supposer qu'un choix politique de protection assumée des investissements dans la conception d'objets incorporels, par l'actuel champ de la propriété intellectuelle soit effectué, il s'agirait d'autant plus de trouver un qualificatif de la matière et du code reflétant la finalité et la fonction de ce système juridique. Parce que l'appellation du recueil de textes ne doit pas tromper sur son contenu, il convient de rechercher quelle serait concrètement la formulation adéquate de l'appellation du code.

2) La recherche d'une appellation adéquate

907. Méthode de recherche du nom. Compte tenu des griefs reprochés au titre du code, la recherche d'une appellation plus adéquate implique de s'en remettre à une méthode déductive. Le nom du code doit en effet être défini en fonction de son contenu et de ses articulations. Aussi, puisque le nom attribué à un code n'est pas dénué d'une certaine valeur symbolique, il serait judicieux que celui-ci puisse véhiculer la philosophie et la finalité du système juridique, lequel y serait formellement contenu.

908. Un terme renvoyant aux objets protégés. Le droit contenu dans ce code a pour élément d'unité de consister en des régimes d'appropriation d'objets considérés dans leur incorporalité ou immatérialité. Ces objets sont réservés par des droits exclusifs et opposables à tous, selon le modèle de la propriété. La spécificité des différents droits est d'assurer la réservation d'objets se distinguant par leur source strictement intellectuelle, ou économique, ou par leur source à la fois intellectuelle et économique. Dès lors, le code ne contenant pas que des régimes de réservation d'objets intellectuels, mais également d'objets fruits d'investissements économiques, il conviendrait d'abandonner l'expression de propriété « intellectuelle », pour lui substituer celle de « incorporelle ou immatérielle »¹⁸⁴¹.

909. Un terme renvoyant au moyen de protection. Par ailleurs, la pertinence de l'emploi de la notion de propriété peut être discutée. Certains des droits de réservation peuvent être interprétés comme mobilisant, plus ou moins strictement, le droit de nature propriétaire. Ils se révèlent surtout être appréhendés de façon générique, comme des droits de réservation fondés

¹⁸⁴¹ Sur l'hypothèse de l'accueil, dans un « *Code de la propriété incorporelle* », de « *droits sur l'investissement économique, l'industrie humaine non créative ou innovante* », précisant que « *Certains objets protégés dans le code de la propriété intellectuelle seraient déplacés dans ce code de la propriété incorporelle (comme par exemple tous les droits des producteurs de bases de données, de phonogramme ou de vidéogramme qui sont clairement construits sur l'idée de protection de l'investissement économique)* », cf. BRUGUIÈRE (J.-M.), « *Droits patrimoniaux de la personnalité* », *loc. cit.*, spé. note n° 129.

sur le modèle privatif¹⁸⁴². Ils partagent la spécificité, avec les droits plus strictement propriétaires, d'assurer une maîtrise exclusive de l'objet du droit. Dès lors, à l'expression de « propriété incorporelle », pourrait éventuellement être préférée celle de « propriétés incorporelles »¹⁸⁴³. Aussi, pour aller plus loin, il est possible de songer à l'expression de « réservation incorporelle ». Ainsi, il s'agirait de ne plus traiter du Code de la propriété intellectuelle, mais du *Code de la réservation incorporelle*.

B. Nommer le nouveau code

910. Trouver le nom du nouveau code : objectifs et propositions. La création d'un nouveau code qui contiendrait formellement le nouveau système juridique de protection des investissements immatériels requiert de lui attribuer un nom. Ce dernier doit répondre à certains objectifs, et spécialement à celui de cohérence avec le contenu et l'organisation du recueil (1). La recherche d'un nom adéquate du code s'ouvre sur différentes possibilités. Sera exposé le choix de l'hypothèse d'un Code de la protection des investissements immatériels (2).

1) Une appellation du contenant en cohérence avec son contenu

911. Démarche. L'hypothèse de consécration d'un nouveau système de protection des investissements immatériels inséré dans un nouveau code offre la possibilité de se détacher de l'actuel titre du Code de la propriété intellectuelle. Abandonnant la référence au « droit » et au « Code » de la propriété intellectuelle, nous pouvons désormais évoluer, de manière plus singulière, vers un droit et un code autonomes, voués à la protection des investissements économiques et/ou intellectuels dans des objets immatériels.

912. Objectifs. À nouveau, il convient de veiller à la cohérence et à la fidélité du rapport entre le nom du contenant et son contenu. Le titre du code doit traduire la dynamique de son organisation et laisser apparaître la finalité du droit qu'il contient. La recherche de la meilleure dénomination possible, déterminée par le procédé de déduction, est d'importance car elle s'avèrera garante d'une unité, d'une logique, d'une finalité et donc d'une cohérence de la matière sur le fond. Il s'agirait dès lors d'éviter que ce recueil puisse se voir adresser les mêmes griefs que ceux reprochés actuellement au Code de la propriété intellectuelle. En ce sens,

¹⁸⁴² Certains de ces droits sont davantage qualifiables de droits à rémunération ou de droits *sui generis*.

¹⁸⁴³ Pour signifier qu'il n'existe pas qu'un type de « propriété », mais une pluralité. Proposant l'expression de « propriétés intellectuelles », voire même de « propriétés incorporelles », à la place de celle de « propriété intellectuelle », cf. GAUDRAT (Ph.) et MASSÉ (G.), *op. cit.*, spé. p. 9, n° 29.

l'intitulé ne devra pas tromper quant au contenu. Par ailleurs, et symboliquement, le nom de ce code dédié à l'organisation systémique et formelle du nouveau droit témoignerait de la consécration officielle et assumée d'un droit protecteur de l'investissement.

2) Un Code de la protection des investissements immatériels

913. Autonomie. Ce nouveau droit, gagnant en autonomie dans la recherche de l'appellation adéquate de son code, n'impliquerait plus de se référer aux expressions traditionnelles de « propriété intellectuelle », ni même de « propriété incorporelle » ou de « réservation incorporelle ». Il s'agit de songer à faire figurer dans le nom du code, le terme d'investissement. En effet, ce nouveau droit prospectif étant voué à la protection de cette opération, il serait légitime que cette fonction transparaisse dans le titre de son code. Cette évolution marquerait formellement un changement profond de paradigme en matière de système juridique de réservation des objets immatériels, lesquels sont jusqu'alors officiellement appréhendés par leur qualité de « création de l'esprit ». À l'instar des expressions « droit de la propriété intellectuelle » et « Code de la propriété intellectuelle », il s'agirait alors d'employer désormais, par exemple, les expressions de « droit » et de « Code » de la « réservation des résultats d'investissements immatériels ».

914. Un terme désignant le moyen de la protection. À nouveau, pourrait légitimement se poser la question de savoir s'il est judicieux ou non de conserver le terme de « propriété ». Si notre nouvelle prérogative de réservation des résultats d'investissements est fondée sur la technique privative, c'est davantage le caractère exclusif du droit qui intéresse. Le rejet de ce terme permettrait peut-être ainsi d'atténuer les discussions quant à la nature du droit. Les critiques pourraient dès lors se rejoindre pour accepter de considérer que le droit en question est un droit de réservation exclusive adapté du modèle du droit de propriété. La spécificité de ce droit exclusif étant d'assurer une protection de type privatif, peut-être serait-il pertinent de retenir aussi le terme de « protection » dans le titre du code. Ainsi, ce dernier pourrait être celui de « la réservation » ou de la « protection », des résultats de nature immatérielle des investissements intellectuel, économique, ou intellectuel et économique combinés.

915. Un terme désignant l'objet de la protection. Reste à déterminer s'il est préférable de traiter d'un Code de la réservation ou de la protection « des investissements immatériels », ou « des résultats d'investissements immatériels », ou même « des résultats immatériels

d'investissements économique et/ou intellectuel ». Il faut en effet rechercher la concision¹⁸⁴⁴. Pour le moins, une certitude réside dans la nécessité de faire apparaître dans le titre du code la dimension immatérielle des objets fruits d'investissements réservés.

916. Choix ultime des termes. Le choix se pose entre les expressions d'une « réservation » ou d'une « protection », « des investissements immatériels » ou « des résultats d'investissements immatériels ». À ce titre, il peut être tenu compte du fait que la protection de l'investissement implique la réservation de son résultat, et qu'inversement, la réservation du résultat renvoie à la protection de l'investissement. Pour trancher, à l'instar de l'actuelle dénomination du Code de la « propriété intellectuelle », pourrait être retenue l'expression de Code de la « réservation des résultats d'investissements immatériels ». Ce faisant, la notion de réservation renvoie au moyen de la protection, et celle de « résultats d'investissements immatériels », à l'objet de la protection. Pour nommer le code, rien n'oblige cependant de choisir des termes renvoyant strictement au moyen et à l'objet de la protection. En définitive, une formule plus simple, peut-être aussi plus élégante et plus efficace, pourrait nous conduire à nommer un *Code de la protection des investissements immatériels*. Cette dénomination renverrait implicitement à la finalité de la protection : favoriser la rentabilité des opérations d'investissements dans la conception d'un objet immatériel, selon un souci d'incitation aux activités porteuses de progrès socio-économiques.

¹⁸⁴⁴ Pourtant, une expression détaillée révélerait un souci d'exhaustivité et de justesse dans la définition du périmètre du droit codifié.

Conclusion du Chapitre 2

917. Cet ultime chapitre avait pour objet d'identifier les moyens de la technique juridique permettant de repenser la protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle. L'exercice d'un choix politique de protection invitait à esquisser les voies de sa traduction juridique. Les propositions de reconstruction du système devaient reposer sur une recherche de rationalité, dirigée par les finalités préalablement déterminées et basée sur un exercice de recatégorisation juridique des réalités. Aussi, pour être légitime, la protection prospective devait être entourée de conditions. L'enjeu était en effet de résoudre de manière équilibrée des conflits *externe* et *interne* entre intérêts. La traduction juridique de la protection prospective conduisait à envisager d'abord ses aspects substantiels – le fond, puis ses aspects formels – la forme. Ces deux dynamiques avaient pour enjeu de satisfaire des objectifs d'équilibre entre les intérêts et de cohérence du système juridique.

918. La traduction du choix de protection de l'investissement sous son aspect substantiel avait pour objectif de mettre le droit en conformité avec les évolutions socio-économiques des réalités dans le champ de la production d'objets immatériels. Elle s'attachait à construire une protection équilibrée et cohérente. Il est apparu que les conflits pouvaient être résolus grâce à l'identification des grandes lignes d'un régime générique et spécial de réservation des différents types de résultats d'investissements. L'émergence d'un tel régime reposerait sur l'hypothèse d'un recul de la réservation des objets immatériels en considération, non plus de leurs caractéristiques, mais de leur source qu'est l'opération d'investissement. Cette source dicterait ainsi les qualifications et régimes applicables aux réalités. Le souci de conciliation entre les intérêts impliquait par ailleurs la détermination précise de conditions de protection.

919. La traduction formelle de la protection avait quant à elle pour objectif de véhiculer le nouveau régime au sein d'un contenant reflétant fidèlement son contenu. Les enjeux de cohérence systémique et de sécurité juridique impliquaient de réfléchir aux aspects formels de la protection substantielle insérée dans un code. À cet effet, nous avons pu souligner que l'organisation, ainsi que le nom du code, devaient évoluer. La recherche des pistes de traduction formelle de la protection a été compliquée par l'état insatisfaisant du droit positif de la propriété intellectuelle et de son code. Ce constat est peut-être révélateur de la nécessité de refondre la matière, pour rebâtir un nouvel édifice sur des bases claires et solides. En somme, si la protection de l'investissement immatériel est souhaitable, elle ne devrait peut-être pas être assurée au sein du droit de la propriété intellectuelle tel qu'il est, mais au sein d'un nouveau système juridique.

CONCLUSION DU TITRE II

920. Face au constat perturbant de l'existence d'arguments contestant et justifiant la protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle, l'issue résiderait dans l'exercice d'un choix de protection. L'avenir d'une telle protection considérée comme souhaitable doit résolument ressortir d'un choix de nature politique pour prétendre à l'effectivité. Le choix constitue l'unique solution à l'inconfort de la situation. La démonstration du statut nécessaire d'exercice d'un choix de protection conduisait à identifier les aspects de sa traduction juridique.

921. Pour démontrer la nécessité d'exercice d'un choix de protection ou de non-protection, les motifs et le processus d'un choix ont pu être détaillés. L'existence de vices provoqués par l'absence d'exercice d'un choix de protection ou non justifie la nécessité de son exercice effectif. Les vices en cause pourraient être neutralisés par les vertus de l'exercice d'un choix en faveur ou en défaveur de la protection. Un choix aboutirait ainsi au regain de cohérence du système et d'équilibre entre les intérêts, assurant des valeurs de sécurité, de justice et d'utilité. Pour être effective, la mise en œuvre du choix s'inscrivant dans un processus doit d'abord procéder d'une volonté politique d'intervenir en matière juridique. Ce processus renvoie au respect de certaines modalités et d'une méthode outillée, lesquelles entourent d'une légitimité le résultat du choix. La démonstration a abouti à la formulation de l'hypothèse d'exercice d'un choix politique en faveur de la protection des investissements immatériels par le droit de la propriété intellectuelle.

922. Le choix de politique juridique exercé devait conduire à l'examen des moyens de sa mise en œuvre, au travers des outils de la technique juridique. L'objectif était de traduire juridiquement le choix politique dans un essai de protection prospective de l'investissement immatériel. Cet essai s'est préalablement fondé sur un exercice de catégorisation juridique des réalités d'investissements immatériels, servant de matériau à la construction des aspects substantiels et formels de la protection. Il en est ressorti que la protection prospective substantielle de l'investissement devait être construite en veillant à sa limitation par le biais de conditions, aux fins d'assurer l'équilibre entre les intérêts en jeu, et la légitimité du nouveau système. Les éléments substantiels de la protection prospective de l'investissement pouvaient par ailleurs être intégrés formellement dans un contenant, dont l'organisation et le nom devaient faire ressortir une cohérence sécurisante du système. En définitive, l'exercice d'un choix en faveur de la protection de l'investissement pourrait constituer la clé de l'avenir repensé du droit de la propriété intellectuelle.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

923. Le bilan inconfortable dressé de l'état de la protection de l'investissement par le droit positif de la propriété intellectuelle impliquait de la repenser pour l'avenir. La réflexion s'inscrivait dans le besoin d'offrir une réponse plus claire à la question de savoir si ce système juridique a vocation à la protection de l'investissement dans des objets créatifs et plus largement, immatériels. À cet effet, devait d'abord se poser la question du caractère souhaitable de la protection. Il s'est avéré que si elle semble opportune, elle implique néanmoins d'interroger sa légitimité, pour éventuellement la restaurer. Ensuite, il convenait de constater que son avenir reposerait spécialement sur l'exercice d'un choix en sa faveur ou en sa défaveur.

924. D'une part, pour déterminer s'il est souhaitable de reconnaître que le droit de la propriété intellectuelle a, ou devrait avoir pour fonction d'assurer la protection des investissements dans la conception d'un objet immatériel, il convenait de vérifier si l'objectif et les moyens étaient bien légitimes. Sur fond de considérations dialectiques, la protection devait être soumise à un jugement de valeur. Justifiée, elle est également contestée. Elle devrait dès lors être relégitimée. Les arguments de justification peuvent combattre ceux de la contestation. Ces derniers ne doivent pas être niés, mais être utilisés pour faire évoluer en équilibre et en cohérence le système protecteur. La protection semblant ressortir légitime de ce jugement, il fallait examiner les moyens de sa promotion. À l'occasion de l'exercice d'un choix de protection, la légitimité de celle-ci dépendra de la recherche d'atteinte de différentes valeurs sociales.

925. D'autre part, face à l'existence d'arguments contestants et justifiant l'existence d'une telle protection, il est apparu que la situation de *statu quo* ne pouvait se résoudre que par l'exercice d'un choix politique. Ce dernier est nécessaire pour de multiples motifs, tenant aux objectifs d'un système juridique. L'exercice d'un choix dépend du respect d'un processus méthodique particulier. La démonstration a abouti au choix hypothétique d'une protection effective de l'investissement immatériel par le droit de la propriété intellectuelle. Ce choix devait ensuite faire l'objet d'une traduction en termes de technique juridique. Les pistes d'un droit prospectif protecteur de l'investissement immatériel ont ainsi été proposées. La méthode utilisée consistait à développer un exercice de recatégorisation juridique des réalités concernées, dont pouvait découler de nouvelles qualifications et de nouveaux régimes juridiques. Cet essai de protection, sous ses aspects à la fois substantiels et formels, peut-être appréhendé comme une hypothèse d'avenir possible du droit de la propriété intellectuelle, et de la place qu'y occuperait le souci de sécurisation des investissements immatériels. Néanmoins, il conduirait peut-être à se demander si nous ne serions pas, déjà, dans un autre système juridique...

CONCLUSION GÉNÉRALE

926. La protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle. La présente étude visait à rechercher quelle protection le droit français de la propriété intellectuelle offre aux investissements économiques et intellectuels dans la conception d'objets immatériels. Les réponses ont fait ressortir des doutes quant à l'existence de cette protection. Il a ainsi pu être démontré en quoi et pourquoi la protection, en l'état du droit positif, se trouve à la fois dans, et en dehors du système. Les différents discours du droit et sur le droit ne présentent pas, en effet, de position unanime sur le sujet. L'impression de déni quant à l'existence de la protection doit être solutionnée, afin d'en dépasser les conséquences. Par ailleurs, plaider en faveur d'une fonction protectrice de l'investissement par ce système conduit à se confronter à des résistances. Les problématiques donnant lieu à des désaccords doivent néanmoins être résolues pour honorer des enjeux juridiques et extra-juridiques. L'ordre à apporter à une situation confuse se fonde sur des hypothèses et propositions d'interprétation du droit positif, et de construction prospective d'une protection. Ces fondements constituent les résultats de la recherche.

927. L'existence paradoxale de la protection à dépasser. L'examen de l'état de la protection en droit positif a été mené à l'appui de l'analyse des discours du droit et sur le droit, aboutissant à des observations contrastées : la protection est discutée. Si elle semble bien exister, une telle fonction du système de la propriété intellectuelle n'est pas toujours clairement mise en avant. Elle est incertaine, car à la fois exclue et révélée. En effet, le système est classiquement présenté comme visant à protéger davantage les intérêts des créateurs intellectuels. La protection de l'intérêt de l'investisseur économique n'y occupe qu'une place ponctuelle et marginale. Néanmoins, la protection de l'investissement a toujours été souterraine à la matière. Depuis les dernières décennies, le développement de dispositifs juridiques, visant à protéger plus ou moins en tant que tel l'investissement, pourrait être interprété comme une résurgence de cette fonction. Étouffée à différents égards, la finalité naturelle de protection de l'investissement de la propriété intellectuelle rejaillirait fatalement. Ces constats doivent cependant être nuancés. La remarque vaut essentiellement pour le champ de la propriété littéraire et artistique. Celui de la propriété industrielle n'a pas véritablement abandonné, depuis ses prémisses, le rôle de protection de la rentabilité de l'investissement dans la conception et l'exploitation d'objets immatériels. En somme, d'un point de vue global, il est permis d'affirmer que le souci de protection de l'investissement n'a jamais quitté la matière.

928. Par ailleurs, la recherche de la protection offerte en droit positif a conduit à une analyse plus poussée en termes de technique juridique. Le système, au travers de la technique mobilisée, apparaît taillé et mis en œuvre à raison des spécificités de l'opération d'investissement. Ainsi, la prérogative de propriété intellectuelle, fondée sur le modèle de la technique propriétaire, accompagne dans son existence et son exercice tout le processus d'investissement. Or, en l'état du droit positif, la technique employée et apte à remplir l'objectif ne permet pas d'assurer la protection de toute opération. Toutefois, l'investisseur peut jouir d'autres techniques, lesquelles s'avèrent néanmoins limitées. La technique privative est préférable pour atteindre l'objectif. En témoigne l'analyse de l'évolution des attentes des acteurs du secteur et du système juridique lui-même. La technique du droit de propriété intellectuelle a tendance à être fatalement offerte aux investisseurs. L'évolution invite ainsi à se demander si, à l'avenir, tout investissement pourrait être protégé par cette technique, faisant du droit de la propriété intellectuelle une discipline juridique vouée à être le droit de la protection des investissements immatériels. La réponse à cette question menait à engager une réflexion quant à l'avenir repensé de la protection de l'investissement par ce système.

929. Les voies de dépassement d'une existence paradoxale. Pour dépasser le doute quant à l'existence de la protection, il convenait de déterminer si une telle protection doit effectivement exister, et comment elle doit se déployer le cas échéant. L'assurance de l'aptitude technique de la propriété intellectuelle à protéger l'investissement ne suffit pas pour justifier une telle protection à l'avenir. Des questions d'opportunité politique doivent également être formulées. La teneur d'une protection repensée nécessitait d'interroger sa légitimité. Le caractère souhaitable de la protection est garant de son effectivité et de son efficacité juridique. Elle garantit sa bonne réception juridique et sociale. La légitimité était conduite à être vérifiée, au regard de l'existence d'arguments de nature à contester la protection de l'investissement par le système de la propriété intellectuelle. Ces arguments se confrontent à d'autres justifiant, au contraire, de l'opportunité de la protection. Ainsi, l'analyse de la protection en termes de légitimité a fait émerger une dialectique *a priori* insoluble. Cependant, la situation n'est pas condamnée à demeurer au stade du *statu quo*. Une démarche de (re)légitimation de la protection démontre qu'elle est souhaitable, à condition de veiller au respect d'impératifs auxquels est attaché le système juridique, et ce au regard de ses fondements et fonctions. Quoique souhaitable, la protection doit encore être choisie.

930. La construction prospective d'un régime de protection de l'investissement au sein du droit de la propriété intellectuelle est subordonnée à l'exercice préalable d'un choix de société. L'état mitigé de la protection en droit positif, conduisant à des incertitudes et donc à des

insécurité, est imputable à l'absence de choix franc en la matière. Cette absence provoque des vices. Elle tend à impacter la cohérence du système juridique, ainsi que l'équilibre des intérêts entre investisseurs et tiers. Afin de dépasser ces vices, un choix de protection est nécessaire, d'autant plus qu'il peut, logiquement, contribuer à des vertus de cohérence et donc de sécurité, ainsi que d'équilibre et donc de justice et d'utilité. Dans ce cadre, l'exposé du processus d'exercice politique du choix a abouti à l'hypothèse d'un choix en faveur de la protection, qui pouvait ensuite laisser place à un exercice de traduction juridique. Le constat et la justification de l'exercice nécessaire d'un choix de protection ont ainsi été complétés par un essai de mise en œuvre. Dépassant l'étape du choix politique de protection centré sur l'application de l'outil téléologique, les moyens de la technique juridique devaient être ensuite sélectionnés et organisés. La recherche s'est donc achevée par un essai de protection prospective, cohérente et équilibrée, de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle. Ainsi a été proposé un régime juridique organisé logiquement en considération d'un but, et tenant compte de la satisfaction de l'intérêt de l'investisseur, et de ceux des tiers. L'exercice, fondé sur les procédés de conceptualisation et de recatégorisation, démontre qu'une conciliation entre ces intérêts conflictuels est possible. Les matériaux de la construction prospective ne sont pas révolutionnaires, mais déjà largement utilisés en droit positif. Il est souhaitable qu'ils soient davantage et mieux utilisés en général. Les propositions formulées sont construites selon deux hypothèses différentes. La première est celle d'une protection unitaire de l'investissement au sein même du droit de la propriété intellectuelle. La seconde tient à une protection dédiée au sein d'un nouveau système juridique *ad hoc*, consacré en tant que tel à la protection des investissements immatériels.

931. Les apports de l'exercice de conceptualisation. Les résultats et propositions de la recherche ont été identifiés grâce à la mise en œuvre d'un exercice de conceptualisation des réalités et de leur traitement juridique. Le concept d'investissement immatériel offre en effet une clé de lecture des réalités et de leur traitement, non seulement en droit positif, mais aussi en droit prospectif. Il conduit à la remise en cause du paradigme de la propriété intellectuelle traditionnellement tourné vers la protection de la création intellectuelle. Il le fait évoluer vers le paradigme de la protection de l'investissement immatériel. La proposition d'évolution du paradigme se démarque de la conception de la propriété intellectuelle adoptée par d'autres auteurs. Parmi eux, certains, semblant particulièrement attachés au paradigme traditionnel, démontrent que la protection de l'investissement n'est, ne peut et ne doit pas être assurée par la

propriété intellectuelle, en particulier par la propriété littéraire et artistique¹⁸⁴⁵. Toutefois, d'autres études doctrinales semblent accepter plus volontiers la thèse de la fonction de protection de l'investissement du droit de la propriété intellectuelle¹⁸⁴⁶, que nous défendons. L'adoption du paradigme de l'investissement conduit à formuler des propositions et à identifier des perspectives.

932. Proposition de renouvellement de la vision des réalités, de leur problématique, et de leur traitement. L'exercice de conceptualisation juridique des réalités d'investissements immatériels permet de renouveler, en droit positif et en droit prospectif, les termes de leur appréhension, ainsi que ceux du traitement à apporter à leurs problématiques. Il introduit un processus de recatégorisation juridique des schémas des réalités concernées. Le processus conduit lui-même à la formulation prospective de nouvelles qualifications et à la construction de régimes juridiques plus fidèles aux attentes. Les qualifications et régimes juridiques proposés visent à dégager des solutions adaptées de conciliation des intérêts conflictuels en jeu, en cohérence et en équilibre. Ils servent à solutionner les conflits au stade de la réservation privative de l'objet immatériel, ainsi qu'à celui de l'identification du titulaire du droit de réservation. Fondée sur de nouvelles bases, la protection de l'investissement par le droit de la propriété intellectuelle assure ainsi l'investisseur économique de jouir d'une rentabilité de son opération, sans spolier les créateurs intellectuels, et au bénéfice du public.

933. Proposition d'approche unitaire de la propriété intellectuelle considérée dans sa fonction de protection de l'investissement. À l'appui de la conceptualisation et de la recatégorisation juridique, le système de la propriété intellectuelle est prospectivement doté d'une rationalité unitaire reposant sur une fonction de protection des investissements immatériels. Le système trouvera en effet son unité dans une fonction de protection générique des investissements immatériels économiques et/ou intellectuels. Le régime générique de protection est également déclinable en régimes spécifiques, en fonction des schémas particuliers d'investissements immatériels considérés. Le recours au concept générique d'investissements immatériels met ainsi en lumière des processus analogiques, tout en tenant compte de leurs spécificités. Par ailleurs, l'affirmation d'une unité de la propriété intellectuelle autour de sa

¹⁸⁴⁵ Cf. not. GAUDRAT (Ph.), « Les démêlés intemporels d'un couple à succès : le créateur et l'investisseur », *RIDA* oct. 2001, n° 190, p. 71.

¹⁸⁴⁶ MONELLI (Y.), *La protection juridique de l'investissement économique*, Thèse dactyl., Université de Montpellier, 1996 ; GRUNDELER (G.), *L'investissement (étude juridique)*, Coll. Droit des affaires, Aix-en-Provence : PUAM, 2017 ; TILLOY (C.), « Investissement et droit des propriétés intellectuelles. Panorama du droit positif français », in CAUSSE (H.) et SINKONDO (M.) (dir.), *Le concept d'investissement, Regards croisés des droits interne, international et communautaire*, Bruxelles : Bruylant, 2011, p. 131.

fonction de protection de l'investissement interroge l'évolution du système, vers un droit autonome des investissements immatériels.

934. Perspectives. Si les réponses à la question de l'existence de la protection en l'état du droit positif ne sont pas nettes, elles pourraient être plus claires et certaines en droit prospectif. À cet effet, la protection souhaitable doit être choisie, puis reconstruite. Au-delà d'être possible, elle s'impose. L'effectivité et l'efficacité de la protection juridique de l'investissement sont les conditions de satisfaction d'enjeux juridiques et extra-juridiques. Dans une démarche incitative, la protection choisie offrirait des bénéfices sociétaux en termes, par exemple, d'efficacité économique et d'épanouissement des activités d'innovations. Les bénéfices tiennent directement au traitement des intérêts matériels des acteurs du secteur étudié. Plus indirectement, ils pourront être obtenus grâce à une meilleure connaissance du droit applicable au secteur d'activité. Repenser la protection des investissements immatériels par le droit de la propriété intellectuelle produirait des solutions plus justes, plus fidèles aux réalités et attentes des justiciables, et plus lisibles. Il en découlerait probablement un recul des contentieux relatifs à la protection en jeu. L'exercice d'un choix de finalité du système lui procurerait une rationalité aisément identifiable, le faisant gagner en cohérence, et donc en sécurité. Aussi, les différents intérêts conflictuels seraient mieux pris en compte, et organisés en équilibre, à partir de leur hiérarchisation, dont les rangs de priorité seraient commandés par le choix de finalité du système. Par ailleurs, l'hypothèse de l'avenir d'un droit de la propriété intellectuelle, explicitement voué à la protection des investissements immatériels, conduirait à une protection accrue et étendue des objets appréhendés en tant que résultats immatériels d'investissements. De nombreux objets en attente dans l'antichambre de la propriété intellectuelle trouveraient un accueil. Pour autant, il ne s'agirait pas d'assurer la protection de tout résultat d'investissement. En effet, dans un souci d'équilibre, des conditions à la réservation de ces objets doivent être posées. Pour ne pas confiner à la seule préservation des intérêts de l'investisseur, ni à la rente économique, la sécurisation juridique de l'investissement immatériel doit être soumise au filtre de la plus-value sociale, qu'elle est susceptible de procurer. En définitive, nous émettons le vœu que, dans le futur, la protection de l'investissement ne soit pas systématiquement reléguée du champ du droit de la propriété intellectuelle. Elle doit, au contraire, faire l'objet d'une réflexion assumée de la part des forces créatrices du droit.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Abus (de droit) : 144, 445, 839, 840-843

Accès : 4, 173, 181, 287, 306, 307, 312, 334, 382, 412, 490, 492, 493, 524-528, 542, 566, 570, 829, 845, 846

Aléa : 14, 17, 19, 21, 24, 48, 364

Antinomie : 660

Apport : 67, 165, 245, 254, 255, 359, 414, 518, 520, 571, 636, 799, 801, 808-816, 818-820, 854 et s.

- Économique/financier : 38, 41 et s., 197, 199, 207, 471, 495, 567, 873
- En société : 352
- Gestion collective : 353
- Intellectuel/humain : 38-40, 42 et s., 108, 123, 124, 126-128, 149, 168-172, 471, 480, 495, 567, 634, 865 et s.

Auteur : 29, 41, 88, 107, 108, 123, 146, 168-170, 220, 223, 224, 256, 332, 470-472, 479, 480, 484, 495, 516-518, 528, 612-622, 703

Axiologie (*cf. valeurs*)

B

Balance des intérêts : 337, 846, 848, 850

Base de données : 166, 170, 205, 207, 436

Bien

- -être social : 21, 30, 64, 89, 150, 154, 215, 523, 531, 534, 540-542, 592-594
- Chose/valeur approprié : 278, 285, 289-291, 297-298, 305, 329-330, 342, 346, 357-358, 471
- Commun : 357, 589, 591, 743 ; 746
- Intellectuel : 34, 305, 351-352, 801
- Notion : 289-291, 297-298

Brevet

- Conditions : 132, 176 et s., 180 et s.
- Régime : 35, 243, 797
- Durée : 215
- Titularité : 244 et s., 259 et s.
- Juste prix : 249
- Rémunération supplémentaire : 264

C

Catégorie juridique : 50 ; 65 ; 108, 110 ; 118 ; 160 et s. ; 187 et s. ; 193 ; 200 ; 209 ; 267 ; 500 ; 502 ; 603 ; 608-609 ; 662 ; 667-668 ; 777 ; 791 ; 802-816 ; 885 et s.

Certificat complémentaire de protection : 211 ; 215

Cession

- Automatique/légale : 229, 234-240, 256, 431-432
- Contrat de : 344, 346, 349
- Implicite : 226-227, 431-432

- Présomption de : 230-233, 431-432
- Principe de spécialité de la : 223-225, 228, 431-432

Choix (*politique de protection*) : 458, 643-646, 734, 789, 906, 930

- Processus du choix : 734 et s.
- Propositions de choix : 787 et s.

Clause

- Contraire : 231-233
- De confidentialité : 98, 392, 395 (*cf. confidentialité*)
- De non exploitation : 392
- De non-concurrence : 392
- De sanction : 390

Clientèle : 133-134, 138, 282, 313, 331, 890-891

Code de la propriété intellectuelle : 34-35, 111, 618, 667, 883

Codification : 876 et s., spé. 881 et 884

- À droit constant : 889
- Compilation : 888, 893
- Modification : 893-894

Cohérence : 65, 408-413, 482, 484, 486, 608-609, 651 et s., 697-698, 718 et s., 761, 876, 881, 906, 912

Commercialité : 135-138

Concept

- Juridique : 66-69, 775-776, 929, 932
- D'investissement : 24, 68-71, 931-933

Concession (*cf. licence*)

Conciliation : 32, 65, 312-313, 335, 461, 493, 526, 542, 570-572, 588-590, 597, 693, 705, 764-767, 839, 851-856

Concurrence (*cf. principe – de liberté*)

- Déloyale : 101, 103, 411, 434, 436
- Droit de la : 89, 445, 596-597, 617

Confidentialité : 95, 98, 383, 392 (*cf. clause de*)

Conflit

- De finalités : 587 et s., 666, 766
- De fondements : 587 et s., 661, 666, 769
- De logiques : 662-663, 673
- De valeurs : 587 et s., 716
- Entre intérêts : 587 et s., 594, 596, 608, 680-681, 700, 703, 706-711, 728, 780, 790
- Externe : 70, 704, 705, 793 et s.
- Interne : 70, 669, 704, 705, 853 et s.

Contrat

- A demi : 369
- D'exploitation : 340 et s., 357, 360, 369 et s.
- De commande
 - o Spécial – publicité : 231-231-3, 432
 - o Commun : 223-227, 244-245
- De production audiovisuelle : 231-233, 432
- De société : 352-353
- De travail : 223-228, 244-248, 260-263, 431, 864
- Droit commun : 348
- Économie du : 342, 344
- Édition : 331, 360
- Mode de réservation : 98-100, 381 et s.
- Objet du : 345-347
- Réforme : 901, 370
- Social : 30, 96, 527

Contrefaçon : 34, 301, 315-323, 371, 832

Copyright : 629 et s.

- Fondement/finalité : 629-631
- Britannique : 635, 638
- Américain : 634, 637

Créateur (*cf. investisseur économique, et intellectuel*)

- Économique : 218, 222, 433, 482, 518, 560, 567, 702-703
- Intellectuel : 88, 133, 220-222, 231, 251, 331, 359, 431, 436, 479, 482, 484, 495, 560, 567, 636, 702, 788, 869, 871

Création intellectuelle

- Activité : 27-28, 32, 34-35, 37-38, 891-892
- De dépendance : 43-44, 866
- Fait générateur : 87, 107 et s., 172
- Notion : 27
- Résultat : 26-27, 29-32, 37, 39, 45-46, 86

D

Détournement

- Du droit : 503-505, 840, 843 (*cf. abus*)
- Du retour sur investissement : 407, 411-412, 414, 434, 578

Directive européenne : 200, 204, 320

- n° 96/9/CE du 11 mars 1996 : 170, 290, 437
- n° 98/44/CE du 6 juill. 1998 : 186
- n° 2001/29/CE du 22 mai 2001 : 142, 336

- n° 2004/48/CE du 29 avr. 2004 : 319
- (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 : 3, 395
- (UE) 2019/790 du 17 avr. 2019 : 439, 627

Doctrine : 112, 124, 130, 135, 153, 384-385, 400, 442, 479-480, 482, 485, 528, 575-676, 679, 748

Dogme : 106-114, 144, 478-487

Domaine public : 102, 105, 115-118, 305, 307, 412-413, 492-493, 501, 566, 597, 830

Dommages et intérêts : 319-323

Droit(s)

- Anglo-américain (*cf. copyright*)
- D'auteur : 54, 108-110, 113-114, 123-126, 163-174, 221 et s., 252 et s. 470, 479-487
- De propriété : 30, 233, 275, 285-290, 292, 296-300, 325, 329, 332-333, 420, 425-427, 447, 475, 540, 543-544, 620, 914
- Des contrats (*cf. contrat*)
- Des dessins et modèles : 54
- Des investissements immatériels : 791, 804, 876, 902
- Des marques : 54, 134, 138, 312-314
- Des obligations (*cf. contrat et responsabilité*)
- Des obtentions végétales : 212 et s.
- Des topographies de produits semi-conducteurs : 216 et s.
- Du brevet (*cf. Brevet*)
- Économique : 600-609
- Existence du : 386, 499, 504, 794, 824, 840, 790

- Exercice du : 211, 294, 300, 350, 503 et s., 835, 840 et s., 854
- Extrapatrimonial : 144, 199, 237, 826, 828, 858, 869
- Moral : 144, 199, 332, 479, 485, 630, 869
- Objectif : 276, 283, 300, 374, 426
- Patrimonial : 332 et s.
- Positif (*cf. positivisme*)
- Privatif : 94, 101-102, 118, 275 et s., 412, 429 et s., 822 et s. (*cf. droit de propriété*)
- Subjectif :
 - Réel : 822
 - Personnel : (*cf. contrat*)
- *Sui generis* du producteur de base de données : 111 ; 202 et s. ; 290 ; 312 ; 314 ; 333 ; 436
- Voisins du droit d'auteur : 54, 189 et s.
 - Producteur de phonogramme et vidéogramme : 190, 197, 436
 - Artiste-interprète : 35, 126-128, 199, 220, 436, 661, 797
 - Éditeurs de presse en ligne : 3, 200, 627

Durée

- Des droits : 35, 215, 304-314, 412, 415, 426, 472, 494, 540, 542, 618, 622, 829-831
- De l'investissement : 17, 215, 311, 415, 540

E

Économie

- Analyse du droit : 529-545, 829
- D'investissement : 111 320-322, 428
- De l'immatériel : 1, 145

Efficacité économique : 69, 251, 474, 531, 533-535, 542, 546, 583, 589, 606, 831

Employeur (*cf. contrat de travail*)

Équilibre : 115-117, 505, 564-565, 571-574, 582, 597, 699 et s., 725-733

Exceptions aux droits : 335-339, 833, 835, 845-852

Exploitation (acte d') : 12, 40, 328 et s., 342

Exclusivité

- Droit personnel : 94, 382, 420-421
- Droit privatif : 286, 296-299, 420-421, 426, 428

F

Faute

- Atteinte au droit : 408, 427-428, 834
- Lucrative : 320, 322-323, 395, 403, 832-833
- Contractuelle : 389-391, 393, 395
- Responsabilité civile délictuelle : 103, 402-403, 408, 411, 414, 445

Fonction

- Sociale : 597, 840
- Des droits de propriété intellectuelle (*cf. Propriété intellectuelle*)
- De la responsabilité civile : 103 et s.
- Essentielle : 843-844

Fonctionnaire : 238

Force de travail : 228, 263, 863

H

Hiérarchie : 567, 768, 780, 783

Histoire (du droit de la propriété intellectuelle) : 611-628

I

Idées

- « Libre parcours » : 566
- Protection : 173 (*cf. informations*)
- « Reçues » : 481-482

Incitation : 2, 4, 21, 30, 32, 64, 130-131, 134, 142, 145, 150, 153, 307, 311, 365, 439, 675, 523-526, 537-542, 584, 781

Industries créatives : 1, 146, 520

Informations : 173, 200, 290, 412, 534, 539-540

Intelligence artificielle : 3

Intérêt

- Du public : 492, 566, 636, 664, 702-703, 705

- Général : 30, 32, 90, 117, 149, 475, 492, 501, 524, 535, 542, 590-598, 705, 768, 778-783
- Notion : 482, 497
- Protection : 93, 104, 158, 218, 275 et s., 282-293, 316, 382, 404, 422, 435-437, 497, 710, -711, 775-783
- Public : 702-703, 705

Inventeur : 130, 132, 185, 243-244, 247-250, 260, 264-265

Invention : 175-186, 244-245

- De mission : 260-265
- Hors mission attribuable : 246-250

Investissement

- Concept d' (*cf. concept*)
- Économique : 1, 9, 23, 38-39, 41, 42-45, 91, 122-130, 814
- Déf. : 8 et s.
- Immatériel : 5, 3, 7, 52, 65, 67, 69-71
- Intellectuel : 38-40, 42-43, 487, 516, 623, 812-813, 890
- Opération : 1, 4, 9-11

Investisseur

- Déf. : 11, 18, 67, 875
- Économique : 41, 47, 70, 218-265, 496, 857 et s. (*cf. investissement économique*)
- Intellectuel : 40, 42, 47, 70, 865 et s. (*cf. investissement intellectuel*)
- Qualité d' : 20, 43, 45, 48, 50, 137, 198, 207, 2283-284, 294, 365, 367, 818 et s., 875

J

Journaliste : 238-240, 257, 432

Jurisprudence : 101, 102, 114, 125, 166-170, 185, 226-227, 230, 237-240, 402-403, 406-408, 410-411, 431-432, 479, 482, 623, 662, 675, 677-680, 748, 843, 848

Justice (*valeur*) : 562 et s., 726-729

- Corrective : 570, 572-574, 781, 783, 835, 846, 856, 865, 871-872
- Distributive : 563-568, 570-571, 573-574, 729, 781, 817, 830, 856, 865, 871, 872

L

Législateur : 2, 3, 90, 102, 155, 191, 211, 332, 407, 429, 446, 433, 686 et s., 744-751

Légitimité : 63, 149-150, 457, 460-461, 463-464, 470, 473, 488-506, 554, 595, 746, 780

Licence

- Non-volontaire : 350-351
- Volontaire : 346, 349

Lobbying : 440, 750

Logique : 664, 888, 908

N

Naturalisme (*jus*) : 29, 132, 142, 145, 171, 468 et s., 772

Non-retour (*sur investissement*) : 19, 68, 297, 316, 319, 321, 346, 361-371, 799, 809, 873-875

O

Objet

- Du droit privatif :
 - o De propriété intellectuelle : 160-217, 289-292
 - o Résultat d'investissement – proposition : 800 et s.
- D'investissement : 10-11, 13, 15, 17, 103, 818 (*cf. Résultat d'investissement*)
- Immatériel : 1-4, 52-53, 67

Obligation

- D'exploitation : 347, 837-839
- De respect du droit :
 - o Personnel : 98-99, 382 et s.
 - o Privatif : 296-300, 825, 832-834, 846

Œuvre

- Collective : 144, 229, 252-258, 625, 674, 864
- De l'esprit : 88, 123, 125, 127, 223-225, 227, 290, 470, 480, 863
- Informationnelle : 192, 471, 634
- Logicielle : 146, 166, 169, 235-237, 432, 436
- Utilitaire : 29, 163-164, 166, 169, 471, 475, 487, 614, 624, 634

Opposabilité

- Droit personnel : 384-387
- Droit réel : 420-421

Ordre (*valeur*) : 576-578

Originalité : 108, 114, 123, 128, 163-174, 196, 217, 479-480, 634-635

P

Paradigme : 140, 153-154, 484-485, 613, 619, 913, 931

Parasitisme : 104, 208, 400-402, 404, 406, 408-415, 424, 426, 434, 445

Personnalisme : 168, 478 et s., 772

Plus-value

- Économique : 13, 137, 356, 500, 873
- Sociale : 584, 597, 799, 801, 808, 817, 934

Politique juridique : 535, 642, 644, 652, 683, 706, 717, 734, 741, 743, 745-746, 750-751, 755-757, 763, 773-774, 779

Positivisme (jus) : 474 et s., 772

Préjudice : 101, 103, 208, 317, 319-323, 336, 339, 351, 364, 370-1, 395, 402-404, 421, 428, 834, 840, 852, 875

Principe

- De liberté
 - o De la concurrence : 90-91, 117, 402, 412-413, 437, 492, 577, 596-597, 844
 - o De la copie : 406, 501, 674
 - o Contractuelle : 343, 348-349, 382, 392, 827, 837, 839
- Directeur : 894, 900-902

Privatisation : 173, 437, 835

Producteur (de base de données) : 207 ; 436

Progrès : 521 et s., 583 et s.

Proportionnalité : 415, 569, 726, 730, 848, 865, 870, 872

Propriété industrielle : 23, 30, 35, 55, 113, 129-139, 210-217, 502, 797, 890

Propriété intellectuelle

- Déf. : 26 et s.
- Unité : 34-35 (*cf. Unité systémique*)
- Fondements : 28 et s. 142 et s., 152-154, 468 et s., 769-772
- Fonctions : 31
- Finalités : 31-32, 555 et s., 595 et s., 764-768

Propriété littéraire et artistique : 29-30, 35, 54-55, 113, 122-128, 189-209, 469, 475, 502, 614, 621-625, 749, 797, 890

Prospective : 61, 65, 604, 609, 644, 745, 758, 787-788, 790, 804, 813, 829, 839, 844, 876, 926, 930, 932-933

Protection (de l'investissement)

- Objective :
 - o Droit positif : 70, 160 et s., 491 et s.
 - o Droit prospectif : 70, 793 et s.
- Subjective :
 - o Droit positif : 70, 218 et s., 495 et s.
 - o Droit prospectif : 70, 853 et s.

Public (cf. intérêt du public)

Q

Qualification (juridique) : 65, 67, 775, 777, 791, 802, 804-806, 898, 932

R

Recherche-développement : 42, 46, 130, 137, 211, 583

Rémunération

- Supplémentaire (*cf. brevet*)
- Proportionnelle : 223, 331, 360, 867, 874

Rentabilité : 4, 47, 52, 68, 101, 130, 153, 155, 186, 191, 199, 201, 211, 215, 238, 244, 283, 296, 302-314, 322, 333, 336-339, 342-344, 347-349, 251-353, 408, 433-434, 494, 499, 503-504, 523, 528, 540-541, 571, 589, 616, 622, 766, 829-834, 849, 851-852, 873-874, 916

Réparation : 100, 102, 111, 317-323, 371, 398, 403, 428, 875

Réservation

- Extra-privative : 93-104, 378 et s.
- Privative : 2, 25, 275 et s. (*cf. droit privatif*)

Responsabilité civile délictuelle : 101-104, 191, 320, 366-367, 386, 394, 396-399, 401-415, 424, 434-437, 748

Résultat d'investissement(s)

- Déf. : 12, 50-51, 67, 136, 289, 807, 915-916
- Combinés : 42-43, 172, 359, 495, 567-568, 571, 815-816, 820, 853-854, 890
- Économique : 46, 128, 495, 633, 635, 814, 890
- Intellectuel : 124-128, 172, 487, 491, 633, 753, 813, 890

Retour sur investissement : 13-14, 17, 45, 47-48, 135-137, 319, 323-330, 334-338, 343, 355-360, 871-872

- Économique : 41, 43, 137
- Extra-économique : 40, 43, 47, 86, 869

Risque

- D'investissement : 18-19, 21, 25, 360-361, 364, 565-567, 580, 799, 817, 870 et s., 815
- Économique : 198, 200-201, 207, 245, 254, 354, 360, 367, 369, 616, 874

Romantisme (*cf. Personnalisme*) : 143, 478-480, 482-484, 516-517, 520

S

Salarié (*cf. contrat de travail*)

Sanction

- Droit de propriété intellectuelle (*cf. contrefaçon*)
- Droit subjectif : 300-301, 427-428

Savoir-faire : 166

Secrets d'affaires : 3, 378, 395

Sécurité : 579 et s.

- Juridique : 582, 719-721
- Matérielle : 581, 722-724

Subordination (*cf. contrat de travail*)

Système juridique : 655 et s.

T

Technique juridique : 706, 733, 775, 787-788, 807, 917, 928, 930

Téléologique : 656-657, 756-772, 777, 930

Titularité : 50, 92, 158, 218, 636-638, 663-669, 818-820, 853 et s.

- Dérivée : 220 et s., 344, 431
- Dévolution : 236
- Initiale : 144, 251 et s., 344, 431-433, 471

U

Union européenne : 439, 627

Unité

- De l'art : 624
- Systémique : 660, 886-887, 906, 933

Utilité (*valeur*) : 730-733

Utilitarisme : 31, 131, 149-151, 474 et s., 592, 772

V

Valeur : 10-17, 89, 137, 142, 160, 163, 192, 199, 249, 276, 281, 289-294, 296, 328-329, 341-345, 443-447

- Sociale : 549 et s., 921, 924

Valorisation : 12, 17, 40, 43-45, 47, 326 et s., 426

BIBLIOGRAPHIE

I. Sources juridiques

A. Ouvrages généraux

1) *Traités*

BERGEL (J.-L.), CIMAMONTI (S.), ROUX (J.-M.) et TRANCHANT (L.), *Les biens*, Coll. Traité de droit civil, 3^e éd., Paris : LGDJ, 2019, 804 p.

BERGEL (J.-L.), BRUSCHI (M.) et CIMAMONTI (S.), *Les biens*, Coll. Traité de droit civil, 2^e éd., Paris : LGDJ, 2010, 777 p.

BERTRAND (A. R.),

- *Droit d'auteur*, Coll. Dalloz Action, 3^e éd., 2011/2012, Paris : Dalloz, 2010, 1002 p.
- *Le droit d'auteur et les droits voisins*, 2^e éd. : Paris, Dalloz, 1999, 951 p.

DESBOIS (H.), *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd., Paris : Dalloz, 1978, 1003 p.

GAUDRAT (Ph.) et SARDAIN (F.), *Traité de droit civil du numérique, t. 1, Droit des biens*, Bruxelles : Larcier, 2015, 905 p.

GHESTIN (J.), BARBIER (H.) et BERGÉ (J.-S.), *Introduction générale, t. 1*, Coll. Traité de droit civil, 5^e éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2018, 958 p.

GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.), et FABRE-MAGNAN (M.), *Introduction générale*, Coll. Traité de droit civil, 4^e éd., Paris : LGDJ, 1994, 891 p.

GREFFE (F. et P.), *Traité des dessins et des modèles, France – Union européenne – Suisse – Continent américain*, 10^e éd., Paris : LexisNexis, 2019, 1220 p.

GUYON (Y.), *Droit des affaires, tome 1, Droit commercial général et Sociétés*, Coll. Droit des affaires et de l'entreprise, 12^e éd., Paris : Economica, 2003, 1060 p.

LE TOURNEAU (Ph.) (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Coll. Dalloz Action, 12^e éd., 2021/2022, Paris : Dalloz, 2020, 2854 p.

LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 5^e éd., Paris : LexisNexis, 2017, 1756 p.

LUCAS (A. et H.-J.) et LUCAS-SCHLOETTER (A.),

- *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., Paris : Litec, 2012, 1569 p.
- *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^e éd., Paris : Litec/LexisNexis, 2006, 1210 p.

LYON-CAEN (G.) et LAVIGNE (P.), *Traité théorique et pratique de droit du cinéma français et comparé, t. 1*, Paris : LGDJ, 1957, 448 p.

MOUSSERON (J.-M.), *Traité des brevets, L'obtention des brevets*, Coll. CEIPI, Paris : Librairies techniques, 1984, 1097 p.

PASSA (J.),

- *Droit de la propriété industrielle, t. 1 : Marques et autres signes distinctifs, dessins et modèles*, Coll. Traité de droit de propriété industrielle, 2^e éd., Paris : LGDJ, 2009, 1146 p.
- *Droit de la propriété industrielle, t. 2 : Brevets d'invention, protections voisines*, Coll. Traité de droit de propriété industrielle, Paris : LGDJ, 2013, 1059 p.

RENOUARD (C.-A.), *Traité des droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, t. 1, Paris : J. RENOUARD et Cie, 1938, 480 p.

RIPERT (G.), ROBLOT (R.), VOGEL (L.) sous la dir. de **GERMAIN (M.),** *Du droit commercial au droit économique*, t. 1, Coll. Traité de droit des affaires, 21^e éd., Paris-La Défense : LGDJ, 2020, 1656 p.

ROUBIER (P.),

- *Le droit de la propriété industrielle*, t. 1, Paris : Éditions du Recueil Sirey, 1952, 612 p.
- *Le droit de la propriété industrielle*, t. 2, Paris : Éditions du Recueil Sirey, 1954, 853 p.

VINEY (G.),

- *Introduction à la responsabilité civile*, Coll. Traité de droit civil, 4^e éd., Paris : LGDJ, 2019, 704 p.
- *Introduction à la responsabilité civile*, Coll. Traité de droit civil, 3^e éd., Paris : LGDJ, 2008, 661 p.

VINEY (G.), JOURDAIN (P.) et CARVAL (S.), *Les effets de la responsabilité*, Coll. Traité de droit civil, 4^e éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2017, 860 p.

2) Manuels

ALLEAUME (Ch.) avec la collab. de **CRAIPEAU (N.),** *Droit de la propriété intellectuelle*, Coll. Cours, Paris : Monchrestien-lextenso éd., 2010, 370 p.

ATIAS (Ch.), *Droit civil : les biens*, Coll. Manuels, 11^e éd., Paris : Litec, 2011, 440 p.

AZÉMA (J.) et GALLOUX (J.-Ch.), *Droit de la propriété industrielle*, Coll. Précis, 8^e éd., Paris : Dalloz, 2017, 1316 p.

BEAUDET (Ch.), *Introduction générale et historique à l'étude du droit*, Paris : Centre de publications universitaires, 1999, 256 p.

BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, Coll. Précis Domat droit privé, 17^e éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2018, 736 p.

BERLIOZ (P.), *Droit des biens*, Coll. Cours magistral, Paris : Ellipses, 2014, 512 p.

BINCTIN (N.),

- *Droit de la propriété intellectuelle : Droit d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèles*, Coll. Manuel, 6^e éd., Paris La défense : LGDJ, 2020, 1214 p.
- *Droit de la propriété intellectuelle : Droit d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèles*, Coll. Manuel, 5^e éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2018, 1110 p.
- *Droit de la propriété intellectuelle : Droit d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèles*, Coll. Manuel, 2^e éd., Paris : LGDJ, 2012, 968 p.

CARON (Ch.),

- *Droit d'auteur et droits voisins*, Coll. Manuel, 5^e éd., Paris : LexisNexis, 2017, 574 p.
- *Droit d'auteur et droits voisins*, Coll. Manuel, 4^e éd., Paris : LexisNexis, 2015, 642 p.

COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Coll. Manuel, 29^e éd., Paris : LexisNexis, 2016, 868 p.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.) et BLARY-CLÉMENT (E.), *Droit commercial, Actes de commerce, fonds de commerce, commerçants, concurrence*, Coll. Précis Domat droit privé, 12^e éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2019, 618 p.

DIDIER (P.), *Droit commercial, t. 1, Introduction, L'entreprise, L'entreprise individuelle*, Coll. Thémis Droit privé, 3^e éd., Paris : PUF, 1999, 459 p.

FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations, 2. Responsabilité civile et quasi-contrats*, Coll. Thémis droit, 4^e éd., Paris : PUF, 2019, 544 p.

FAGES (B.), *Droit des obligations*, Coll. Manuel, 8^e éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2018, 592 p.

FOYER (J.) et VIVANT (M.), *Le droit des brevets d'invention*, Coll. Thémis droit, Paris : PUF, 1991, 483 p.

GAUMONT-PRAT (H.), *Droit de la propriété industrielle*, Coll. Objectif droit Cours, 4^e éd., Paris : LexisNexis, 2017, 319 p.

GAUTIER (P.-Y.), *Propriété littéraire et artistique*, Coll. Droit fondamental, 11^e éd., Paris : PUF, 2019, 965 p.

GRIMALDI (C.),

- *Droit des biens*, Coll. Manuel, 2^e éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2019, 683 p.
- *Droit des biens*, Coll. Manuel, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2016, 698 p.

GRYNBAUM (L.), LE GOFFIC (C.) et MORLET (L.-H.), *Droit des activités numériques*, Coll. Précis, Paris : Dalloz, 2014, 1040 p.

LINANT DE BELLEFONDS (X.), *Droits d'auteur et droits voisins*, Coll. Cours, 2^e éd., Paris : Dalloz, 2004, 564 p.

MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la concurrence interne et européen*, Coll. Sirey Université, 7^e éd., Paris : Dalloz, 2017, 385 p.

MARINO (L.), *Droit de la Propriété Intellectuelle*, Coll. Thémis droit, Paris : PUF, 2013, 425 p.

MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.) et PACTET (P.), *Droit constitutionnel*, Coll. Sirey Université, 39^e éd., Paris : Dalloz, 2021, 724 p.

POLLAUD-DULIAN (F.),

- *Propriété intellectuelle, Le Droit d'auteur*, Coll. Corpus. Droit privé, 2^e éd., Paris : Economica, 2014, 1760 p.
- *Propriété intellectuelle, La propriété industrielle*, Coll. Corpus. Droit privé, Paris : Economica, 2011, 1449 p.

RAYNARD (J.), PY (E.) et TREFIGNY (P.), *Droit de la propriété industrielle*, Coll. Manuel, Paris : LexisNexis, 2016, 453 p.

TERRÉ (F.), *Introduction générale au droit*, Coll. Précis, 4^e éd., Paris : Dalloz, 1998, 646 p.

TERRÉ (F.) et MOLFESSIS (N.), *Introduction générale au droit*, Coll. Précis, 12^e éd., Paris : Dalloz, 2020, 788 p.

TERRÉ (F.) et SIMLER (Ph.),

- *Droit civil, les biens*, Coll. Précis, 10^e éd., Paris : Dalloz, 2018, 880 p.
- *Droit civil, les biens*, Coll. Précis, 8^e éd., Paris : Dalloz, 2010, 858 p.

VIVANT (M.) et BRUGIÈRE (J-M.),

- *Droit d'auteur et droits voisins*, Coll. Précis, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2019, 1385 p.
- *Droit d'auteur et droits voisins*, Coll. Précis, 3^e éd., Paris : Dalloz, 2015, 1229 p.

ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (Th.), *Les biens*, 3^e éd., Paris : PUF Droit, 2008, 759 p.

B. Ouvrages spéciaux

1) Monographies

ABELLO (A.), *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, Coll. Droit et économie, Paris : LGDJ, 2008, 379 p.

ALMA-DELETTRE (S.), *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?*, Thèse dactyl., Université de Montpellier, 1999, 527 p.

ATIAS (Ch.), *Devenir juriste, le sens du droit*, 2^e éd., Paris : LexisNexis, 2014, 181 p.

BARBIER (H.), *La liberté de prendre des risques*, Coll. Institut de droit des affaires, Aix-en-Provence : PUAM, 2010, 618 p.

BARRAUD (B.),

- *La prospective juridique*, Coll. Logiques juridiques, Paris : L'Harmattan, 2019, 308 p.
- *Le pragmatisme juridique*, Coll. BibliothèqueS de droit, Paris : L'Harmattan, 2017, 334 p.
- *La recherche juridique, Sciences et pensées du droit*, Coll. Logiques juridiques, Paris : L'Harmattan, 2016, 550 p.

BASIRE (Y.), *Les fonctions de la marque, essai sur la cohérence du régime juridique d'un signe distinctif*, Coll. CEIPI, t. 63, Paris/Strasbourg : LexisNexis, 2014, 673 p.

BATIFFOL (H.),

- *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris : LGDJ, 1979, 519 p.
- *Aspects philosophiques du Droit international privé*, Paris : Dalloz, 1956, 346 p.

BECQUET (S.), *Le bien industriel*, Coll. Bibl. droit privé, t. 448, Paris : LGDJ, 2005, 544 p.

BENHAMOU (F.) et FARCHY (J.), *Droit d'auteur et copyright*, Coll. Repères, Paris : La Découverte, 2014, 128 p.

BENSAMOUN (A.), *Essai sur le dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur*, Coll. Institut de droit des affaires, Aix-en-provence : PUAM, 2008, 668 p.

BERENBOOM (A.), *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, Coll. Création Information, Communication, 3^e éd., Bruxelles : Larcier, 2005, 512 p.

BERGEL (J.-L.),

- *Méthodologie juridique fondamentale et appliquée*, Coll. Thémis droit, 3^e éd., Paris : PUF, 2018, 475 p.
- *Méthodologie juridique*, Coll. Thémis droit, 2^e éd., Paris : PUF, 2016, 456 p.
- *Théorie générale du droit*, Coll. Méthodes du droit, 5^e éd., Paris : Dalloz, 2012, 400 p.

BERLIOZ (P.), *La notion de bien*, Coll. Bibl. droit privé, t. 489, Paris : LGDJ, 2007, 596 p.

BINCTIN (N.),

- *Stratégie d'entreprise et propriété intellectuelle*, Coll. Droit des affaires, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2015, 346 p.
- *Le capital intellectuel*, Coll. Bibl. droit de l'entreprise, t. 75, Paris : Litec, 2007, 764 p.

BLANC (N.), *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innomés*, Coll. Nouv. Bibl. de thèses, vol. 93, Paris : Dalloz, 498 p.

BLANLUET (G.), *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français*, Coll. Bibl. droit privé, t. 313, Paris : LGDJ, 1999, 493 p.

BLOCH (C.), *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile*, Coll. Nouv. Bibl. de thèses, vol. 71, Paris : Dalloz, 2008, 673 p.

BOISSON (A.), *La licence de droit d'auteur*, Coll. Bibl. droit de l'entreprise, t. 86, Paris : LexisNexis, 2013, 785 p.

BORIES (A.), *Le formalisme dans les contrats d'auteur, Contribution à l'édification d'un droit d'auteur économique*, Coll. Institut de Droit des Affaires, Aix-en-Provence : PUAM, 2010, 367 p.

BOUCHET-LE MAPPIAN (E.), *Propriété intellectuelle et droit de propriété, Droit comparé anglais, allemand et français*, Coll. L'univers des normes, Rennes : PU Rennes, 2013, 374 p.

BOUCRIS-MAITRAL (G.), *Créations et salariat*, Thèse dactyl., Université Lyon II, 2005, 512 p.

BRUGUIÈRE (J.-M.),

- *Le droit du copyright anglo-américain*, Coll. Connaissance du droit, Paris : Dalloz, 2017, 225 p.
- *Le Droit d'auteur au temps du front populaire, Le nouveau paradigme du « travailleur intellectuel » (commentaire)*, Jean ZAY, Coll. Tiré à part, vol. 12, Paris : Dalloz, 2015, 59 et 47 p.

BUYDENS (M.),

- *La propriété intellectuelle, Évolution historique et philosophique*, Bruxelles : Bruylant, 2012, 485 p.
- *La protection de la quasi-crédation, Information, publicité, mode, photographies documentaires et esthétique industrielle... Droit belge, Droit allemand, Droit français*, Coll. Création information communication, Bruxelles : Larcier, 1993, 825 p.

CABRILLAC (R.), *Les codifications*, Paris : PUF, 2002, 310 p.

CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, Coll. Quadrige, Paris : PUF, 1994, 416 p.

CARON (Ch.), *Abus de droit et droit d'auteur*, Coll. Droit des affaires, Propriété intellectuelle, t. 17, Paris : Litec, 1998, 341 p.

CARRE (S.), *L'intérêt du public en droit d'auteur*, Thèse dactyl. (2 vol.), Université Montpellier I, 2004, 457 et 551 p.

CARVAL (S.), *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Coll. Bibl. droit privé, t. 250, Paris : LGDJ, 1995, 417 p.

CAYOT (M.), *Le préjudice économique pur*, Collection des thèses, n° 151, Bayonne-Paris : Institut universitaire Varenne - LGDJ, 2017, 621 p.

CERVETTI (P.-D.), *Du bon usage de la contractualisation en droit de la propriété littéraire et artistique*, Coll. Innovation et brevets, Aix-en-Provence : PUAM, 2014, 684 p.

CHAFFOIS (B.), *La plus-value, étude juridique*, Coll. Bibl. droit privé, t. 607, Paris-La Défense : LGDJ, 2020, 385 p.

CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Coll. Nouv. Bibl. de Thèses, vol. 32, Paris : Dalloz, 2004, 1108 p.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Coll. Méthodes du droit, 2^e éd., Paris : Dalloz, 2016, 438 p.

CHATRY (S.), *Le concours de droits de la propriété intellectuelle, Essai d'une théorie générale*, Collection des thèses, n° 69, Clermont Ferrand – Paris : Fondation Varenne, 2012, 458 p.

CHOISY (S.), *Le domaine public en droit d'auteur*, Coll. Droit des affaires, Propriété intellectuelle, t. 22, Paris : Litec, 2002, 289 p.

CLAMOUR (G.), *Intérêt général et concurrence, Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Coll. Nouv. Bibl. de thèses, vol. 51, Paris : Dalloz, 2006, 1044 p.

CLAVIER (J.-P.), *Les catégories de la propriété intellectuelle à l'épreuve des créations génétiques*, Coll. Logiques juridiques, Paris-Montréal : L'Harmattan, 1998, 385 p.

COUTANT-LAPALUS (C.), *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, Coll. Institut de droit des affaires, Aix-en-Provence : PUAM, 2002, 591 p.

CORNU (M.), *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruxelles : Bruylant, 1996, 621 p.

COUSIN (G.), *Intérêt général et propriété industrielle*, Thèse dactyl., Université de Nantes, 2006, 491 p.

DABIN (J.),

- *Le droit subjectif*, Coll. Bibl. Dalloz (reproduction de l'édition de 1952, 313 p.), Paris : Dalloz, 2007, 213 p.
- *Théorie générale du droit, Nouvelle édition*, Paris : Dalloz, 1969, 424 p.
- *Théorie générale du droit*, 2^e éd., Bruxelles : Bruylant, 1953, 325 p.
- *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement en droit privé*, Bruxelles : Bruylant, 1935, 367 p.

DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales du droit privé* (reproduction de l'édition de 1911), Coll. Références, Paris : Éditions La Mémoire du droit, 2001, 681 p.

DENOIX DE SAINT MARC (S.), *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, Coll. Le droit des affaires, Propriété intellectuelle, t. 19., Paris : Litec, 1999, 256 p.

DESPAX (M.), *L'entreprise et le droit*, Coll. Bibl. droit privé, t. 1, Paris : LGDJ, 1957, 443 p.

DE NANTEUIL (A.),

- *Droit international de l'investissement*, Coll. Manuel, 3^e éd., Paris : Éditions A. Pedone, 2020, 564 p.

- *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, Paris : Éditions A. Pedone, 2014, 650 p.

DO (V.-D.), *Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français*, Coll. Institut de droit des affaires, Aix-en-Provence : PUAM, 2004, 431 p.

DOCK (M.-C.), *Étude sur le droit d'auteur*, Paris : LGDJ, 1963, 219 p.

DRAI (L.), *Le Droit du travail intellectuel*, Coll. Bibl. droit social, t. 42, Paris : LGDJ, 2005, 304 p.

DROSS (W.), *Droit civil : Les choses*, Paris : LGDJ, 2012, 982 p.

DUGUÉ (M.), *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, Coll. Bibl. droit privé, t. 588, Paris : LGDJ, 2019, 482 p.

DUSART (I.) et GASBAOUI (J.), *L'évaluation du préjudice économique*, Coll. Droit&professionnels, Paris : LexisNexis, 2018, 232 p.

DUSOLLIER (S.), *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique : droit et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, éd. enrichie, Bruxelles : Larcier, 2007, 619 p.

EDELMAN (B.),

- *La propriété littéraire et artistique*, Coll. Que sais-je ?, n° 1388, 4^e éd., Paris : PUF, 2008, 128 p.
- *Le sacre de l'auteur*, Coll. Essais, Paris : Éd. du Seuil, 2004, 377 p.
- *Droits d'auteur, droits voisins : Droit d'auteur et marché*, Paris : Dalloz, 1993, 360 p.
- *Le droit saisi par la photographie : éléments pour une théorie marxiste du droit*, Coll. Théorie série analyses, t. 5, Paris : F. Maspero, 1973, 142 p.

ERÉSÉO (N.), *L'exclusivité contractuelle*, Coll. Bibl. droit de l'entreprise, t. 79, Paris : Litec, 2008, 410 p.

ESCARRA (J.), RAULT (J.) et HEPP (F.), *La doctrine française du droit d'auteur, Étude critique à propos de projets récents sur le Droit d'auteur et le Contrat d'édition*, Paris : Grasset, 1937, 224 p.

FABRE (R.), *Le know how, sa réservation en droit commun*, Coll. CEIPI, Paris : Librairies techniques, 1976, 284 p.

FABRE-MAGNAN (M.), *Introduction au droit*, Coll. Que sais-je ?, n° 1808, Paris : PUF, 2016, 127 p.

FARJAT (G.),

- *Pour un droit économique*, Coll. Les voies du Droit, Paris : PUF, 2004, 209 p.
- *Droit économique*, Coll. Thémis droit, Paris : PUF, 1971, 443 p.

FAVREAU (A.), *L'objet de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé, Réflexion sur la valeur dans le droit des biens*, Thèse dactyl., Université de Grenoble, 2010, 743 p.

FOURNIER DE CROUY (N.), *La faute lucrative*, Coll. Recherches juridiques, t. 37, Paris : Économica, 2018, 512 p.

FRION (J.-J.), *L'agissement parasitaire*, Thèse dactyl., Université de Nantes, 2001, 366 p.

FRYDMAN (B.) et HAARSCHER (G.),

- *Philosophie du droit*, Coll. Connaissance du droit, 3^e éd., Paris : Dalloz, 2010, 138 p.
- *Philosophie du droit*, Coll. Connaissance du droit, Paris : Dalloz, 1998, 138 p.

GALOPIN (B.), *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, Coll. IRPI Le droit des affaires, t. 41, Paris : LexisNexis, 2012, 488 p.

GARINOT (J.-M.), *Le secrets des affaires*, Coll. Université de Bourgogne CREDIMI-CNRS, t. 41, Paris : LexisNexis, 2013, 404 p.

GEIGER (Ch.), *Droit d'auteur et droit du public à l'information. Approche de droit comparé*, Coll. IRPI Le droit des affaires, t. 25, Paris : Litec, 2004, 442 p.

GHANTY (A.), *L'investissement dans la production culturelle*, Thèse dactyl., Université de Poitiers, 2019, 457 p. (en cours de traitement sur these.fr)

GOBERT (P.), *La genèse de la propriété industrielle en France*, Thèse dactyl., Université de Bordeaux, 2015, 638 p.

GOURDON (P.), *L'exclusivité*, Coll. Bibl. droit privé, t. 455, Paris : LGDJ, 2006, 370 p.

GRARE (C.), *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Coll. Nouv. Bibl. de thèses, vol. 45, Paris : Dalloz, 2005, 436 p.

GRUNDELER (G.), *L'investissement, étude juridique*, Coll. Droit des affaires, Aix-en-Provence : PUAM, 2017, 514 p.

GRZEGORCZYK (Ch.), *La théorie générale des valeurs et le droit, essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, Paris : LGDJ, 1982, 282 p.

GSTALTER (J.), *Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle, Les nouveaux monopoles de la société de l'information*, Coll. Concurrences, : Bruylant, 2012, 1023 p.

GUERLIN (G.), *L'attente légitime du contractant*, Thèse dactyl., Université de Picardie, 2008, 523 p.

HADDADIN (S.), *Essai sur une théorie générale en droit d'auteur*, Thèse dactyl., Université de Poitiers, 2008, 427 p.

HUGON (Ch.), *Le régime juridique de l'œuvre audiovisuelle*, Coll. Bibl. droit de l'entreprise, t. 3, Paris : Litec, 1993, 538 p.

JAOUL (M.), *La notion de fruits : étude de droit privé*, Coll. Doctorat & Notariat, t. 57, Issy-les-Moulineaux : Defrénois, 2018, 493 p.

JAULT (A.), *La notion de peine privée*, Coll. Bibl. droit privé, t. 442, Paris : LGDJ, 2005, 327 p.

JESTAZ (Ph.), *Les sources du Droit*, Coll. Connaissance du droit, 2^e éd., Paris : Dalloz, 2015, 204 p.

JOSSERAND (L.), *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'Abus des droits*, 2^e éd., Paris : Dalloz, 1939, 454 p.

KAMINA (P.), *Droit anglo-américain des propriétés intellectuelles : copyright, dessins et modèles, brevets, obtentions végétales, marques, indications d'origine, concurrence déloyale, secrets d'affaire*, Coll. Droit des affaires, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2017, 512 p.

KHALVADJIAN (B.), *Le contrat d'auteur outil d'anticipation, Pour l'équilibre des droits dans le temps*, Coll. Droit de l'information et de la communication, Aix-en-Provence : PUAM, 2008, 412 p.

LALIGANT (O.), *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création*, Aix-en-Provence : PUAM, 1999, 441 p.

LALLEMENT (A.), *Travail, création et propriétés*, Thèse dactyl., Université de Poitiers, 2012, 849 p.

LAPOUSTERLE (J.), *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration de la norme, Illustration à partir de la propriété littéraire et artistique*, Coll. Nouv. Bibliothèque de thèses, vol. 88, Paris : Dalloz, 2009, 412 p.

LAROCQUE (O.), *Les lois symboliques. Une étude à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, Coll. thèses, Paris : Éditions Panthéon-Assas, 2021, 424 p.

LATIL (A.), *Création et droits fondamentaux*, Coll. Bibl. droit privé, t. 554, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2014, 382 p.

LAURENT (J.), *La propriété des droits*, Coll. Bibl. droit privé, t. 537, Paris : LGDJ, 2012, 568 p.

LECA (J.-B.), *Droit de la propriété industrielle des produits de santé et de l'innovation médicale*, Bordeaux : LEH Édition, 2020, 242 p.

LEDAN (J.), *L'investisseur et droit privé et droit fiscal français*, Collection du centre d'études fiscales, Aix-en-Provence : PUAM, 2009, 412 p.

LÉGER (P.), *La recherche d'un statut de l'œuvre transformatrice, Contribution à l'étude de l'œuvre composite en droit d'auteur*, Coll. Bibl. droit privé, t. 584, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2018, 504 p.

LEMENNICIER (B.), *Économie du droit*, Coll. Théories économiques Paris : CUJAS, 1991, 177 p.

LÉONARD (Th.), *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Coll. de thèses, Bruxelles : Larcier, 2005, 894 p.

LESUEUR (J.), *Conflits de droits : illustrations dans le champ des propriétés incorporelles*, Coll. Institut de droit des affaires, Aix en Provence : PUAM, 2009, 458 p.

LE CAM (S.), *L'auteur professionnel, entre droit d'auteur et droit social*, Coll. de l'IRPI, t. 44, Paris : LexisNexis, 2014, 452 p.

LE TOURNEAU (Ph.), *Le parasitisme*, Paris : Litec, 1998, 280 p.

LIBCHABER (R.), *L'ordre juridique et le discours du droit, Essai sur les limites de la connaissance du droit*, Paris : LGDJ, 2013, 437 p.

LUCAS (A.), *La protection des créations industrielles abstraites*, Paris : Librairies techniques, 1975, 320 p.

LUCAS (F.-X.), *Les transferts temporaires de valeurs mobilières, pour une fiducie de valeurs mobilières*, Coll. Bibl. de droit privé, t. 283, Paris : LGDJ, 1997, 370 p.

LUCAS-SCHLOETTER (A.), *Droit moral et droits de la personnalité : étude de droit comparé français et allemand (2 vol.)*, Aix-en-Provence : PUAM, 2002, 850 p.

MACREZ (F.), *Créations informatiques : bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, Coll. CEIPI, t. 57, Paris : Litec, 2011, 494 p.

MAETZ (C.-A.), *Essai sur l'appropriation d'une valeur économique*, Coll. Institut de droit des affaires, Aix-en-Provence : PUAM, 2010, 610 p.

MARÉCHAL (C.), *Concurrence et propriété intellectuelle*, Coll. Droit des affaires, Propriété intellectuelle, t. 32, Paris : Litec, 2009, 475 p.

MARTIN (A-C.), *L'imputation des risques entre contractants*, Coll. Bibl. droit privé, t. 508, Paris : LGDJ, 2009, 382 p.

MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat : contribution à l'étude d'une hiérarchie des intérêts en droit privé*, Coll. Bibl. droit privé, t. 411, Paris : LGDJ, 2004, 910 p.

MERABET (S.), *Vers un droit de l'intelligence artificielle*, Coll. Nouv. Bibl. de thèses, vol. 197, Paris : Dalloz, 2020

MILLET (F.), *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, Coll. des thèses de l'école doctorale de Clermont-Ferrand, t. 11, Clermont-Ferrand – Paris : Les Presses Universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand – LGDJ, 2001, 356 p.

MOKROWIECKI (M.), *La notion juridique d'investisseur sur le marché réglementé*, Thèse dactyl., Université Lille 2, 2001, 479 p.

MONELLI (Y.), *La protection juridique de l'investissement économique*, Thèse dactyl., Université de Montpellier, 1996, 429 p.

MORILLOT (A.), *De la protection accordée aux œuvres d'art, aux photographies, aux dessins et modèles et aux brevets d'invention, dans l'Empire d'Allemagne*, Paris : Cotillon, 1878, 163 p.

OPPETIT (B.), *Essai sur la codification*, Paris : PUF, 1998, 91 p.

PARENT (E.), *Le droit d'auteur sur les créations publicitaires*, Paris : Eyrolles, 1989, 173 p.

PELISSIER (A.), *Possession et meubles incorporels*, Coll. Nouv. Bibliothèque de thèses, vol. 8, Paris : Dalloz, 2001, 372 p.

PFISTER (L.), *L'auteur propriétaire de son œuvre, La formation du droit d'auteur du XVI^e siècle à la loi de 1957* (2 vol.), thèse dactyl., Université Strasbourg III, 1999, 969 p.

PIATEK (D.), *La crise des exceptions en droit d'auteur : étude paradigmatique*, Coll. des thèses, t. 141, Bayonne - Issy-les-Moulineaux : Institut universitaire Varenne-LGDJ, 2017, 519 p.

PIAZZON (Th.), *La sécurité juridique*, Coll. Doctorat & Notariat, t. 35, Paris : Defrénois, 2009, 630 p.

PRÈS (X.), *Les sources complémentaires du droit d'auteur français*, Coll. Institut de droit des affaires, Aix-en-Provence : PUAM, 2004, 439 p.

RAIZON (H.), *La contractualisation du droit moral de l'auteur*, Thèse dactyl., Université d'Avignon et des pays de Vaucluse, 2014, 337 p.

RANGEON (F.), *L'idéologie de l'intérêt général*, Coll. Politique comparée, t. 32, Paris : Economica, 1986, 246 p.

RAYNARD (J.), *Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Coll. Bibl. droit de l'entreprise, t. 26, Paris : Litec, 1990, 743 p.

RECHT (P.), *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété, Histoire et Théorie*, Paris : LGDJ, Gembloux, Éd. J. Duculot, 1969, 338 p.

REJET (Th.), *La force de travail (étude juridique)*, Coll. Bibl. Droit de l'entreprise, t. 28, Paris : Litec, 1992, 727 p.

RIKABI (M.), *Les droits de la propriété intellectuelle et l'intérêt général : approche en droit d'auteur et en droit des brevets*, Thèse dactyl., Université d'Aix-Marseille, 2019, 611 p.

RIPERT (G.),

- *Les forces créatrices du droit*, Paris : LGDJ, 1955, 431 p.
- *La règle morale dans les obligations civiles*, 2^e éd., Paris : LGDJ, 1927, 435 p.

ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, Coll. Thémis droit, 2^e éd., Paris : PUF, 2013, 562 p.

RODÀ (C.), *Les conséquences civiles de la contrefaçon des droits de propriété industrielle*, Coll. du CEIPI, t. 58, Paris : Litec LexisNexis, 2011, 531 p.

ROUBIER (P.),

- *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2^e éd. (réédition de l'ouvrage, en sa 2^e éd., Paris : Recueil Sirey, 1951), Paris : Dalloz, 2005, p. 337 p.

- *Droits subjectifs et situations juridiques*, Coll. Philosophie du droit, Paris : Dalloz, 1963, 451 p.

RIDEAU (F.), *La formation du droit de la propriété littéraire en France et en Grande Bretagne. Une convergence oubliée*, Coll. d'histoire du droit, Thèses et travaux, Aix-en-Provence : PUAM, 2004, 411 p.

SAINT-MARTIN (A.), *Créations immatérielles et responsabilité civile. Le recours à la responsabilité civile délictuelle de droit commun pour la protection des créations*, Thèse dactyl., Université de Montpellier, 2006, 582 p.

SAVATIER (R.),

- *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui, Seconde série, L'universalisme renouvelé des disciplines juridiques*, Coll. Philosophie du droit, Paris : Dalloz, 1959, 340 p.
- *Le droit de l'art et des lettres, les travaux des muses dans les balances de la justice*, Paris : LGDJ, 1953, 224 p.

SINTEZ (C.), *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile : contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, Coll. Nouv. Bibliothèque de thèses, vol. 110, Paris : Dalloz, 2011, 514 p.

SKRZYPNIAK (H.), *La réservation du savoir-faire : l'apport du contrat*, Thèse dactyl., Université Lille 2, 2014, 682 p.

STARCK (B.), *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris : L. RODSTEIN, 1957, 503 p.

STATHOULIAS (A.), *De l'équilibre : contribution à l'étude du droit d'auteur*, Thèse dactyl., Université Lille 2, 2015, 1309 p.

STROWEL (A.), *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences, Étude de droit comparé*, Coll. Bibl. Faculté de Droit de l'Univ. Catholique de Louvain, t. 24, Bruxelles : Bruylant, 1993, 722 p.

TEHRANI (A.), *Les investisseurs protégés en droit financier*, Coll. Bibl. Droit de l'entreprise, t. 88, Paris : LexisNexis, 2015, 870 p.

TROPPER (M.), *La philosophie du droit*, Coll. Que sais-je ?, n° 857, 4^e éd., Paris : PUF, 2015, 126 p.

VANBRABANT (B.),

- *La propriété intellectuelle, t. 1, Nature juridique*, Coll. Création Information Communication, Bruxelles : Larcier, 2016, 662 p.
- *La propriété intellectuelle, t. 2, Régime patrimonial*, Coll. Création Information Communication : Bruxelles : Larcier, 2018, 1074 p.

VIARD (C.-M.), *Accès aux médicaments et propriété intellectuelle*, Thèse dactyl., Université de Lille, 2017, 554 p.

VILLEY (M.), *Philosophie du droit, Définitions et fins du droit, Les moyens du droit*, Paris : Dalloz, 2001, 339 p.

VIRALLY (M.), *La pensée juridique*, Coll. Théorie générale du droit, Paris Université Panthéon-Assas : LGDJ, 1998, 225 p.

VITALE (L.), *La perte de chance en droit privé*, Coll. Bibl. droit privé, t. 602, Paris-La Défense : LGDJ, 2020, 571 p.

VIVANT (M.), *Le droit des brevets*, Coll. Connaissance du droit, 2^e éd., Paris : Dalloz, 2005, 143 p.

ZOLYNSKI (C.), *Méthode de transposition des directives communautaires : Étude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins*, Nouv. Bibl. de thèses, vol. 70, Paris : Dalloz, 2007, 446 p.

2) Ouvrages collectifs

ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Coll. Quadrige, Paris : Lamy PUF, 2003, 1649 p.

BEIGNIER (B.) (dir.), *La codification, actes du colloque des 27 et 28 oct. 1995, Faculté de droit de Toulouse*, Coll. Thèmes & commentaires, Paris : Dalloz, 1996, 224 p.

BENABOU (V.-L.) et VARET (V.) (dir. FRANÇON A.), *La codification de la propriété intellectuelle, étude critique et prospective, Mission de recherche droit et justice, Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri DESBOIS*, Perspectives sur la justice, Paris : La Documentation française, 1998, 213 p.

BENSAMOUN (A.) (dir.), *La réforme du droit d'auteur dans la société de l'information*, PU Sceaux, Paris : Éditions mare & martin, 2018, 234 p.

BOLLÉE (S.), LAITHIER (Y.-M.) et PÉRÈS (C.) (dir.), *L'efficacité économique en droit, actes du colloque du 15 mai 2008 organisé à l'Université de Reims*, Coll. Études juridiques, t. 33, Paris : Economica, 2010, 178 p.

BONIS (E.) et MALABAT (V.) (dir.), *La qualité de la norme, l'élaboration de la norme*, Coll. Droit & science politique, Paris : Éditions mare & martin, 2016, 425 p.

BRUGUIÈRE (J.-M.) (dir.), *Droit d'auteur et culture*, Coll. Thèmes & commentaires, La propriété intellectuelle autrement, Paris : Dalloz, 2007, 146 p.

BUYDENS (M.) et DUSOLLIER (S.) (dir.), *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle, actes du colloque des 21 et 22 avr. 2006 organisé par l'Université Libre de Bruxelles*, Bruxelles : Bruylant, 2008, 296 p.

CAUSSE (H.) et SINKONDO (M.) (dir.), *Le concept d'investissement, Regards croisés des droits interne, international et communautaire*, Bruxelles : Bruylant, 2011, 176 p.

CORNU (G.), Association Henri CAPITANT (dir.), *Vocabulaire juridique*, Coll. Quadrige, 9^e éd., Paris : PUF, 2013

DEUMIER (P.) (dir.), *Le raisonnement juridique*, Coll. Méthodes du droit, Paris : Dalloz, 2013, 270 p.

FAURE (B.) (dir.), *Les objectifs du droit*, Coll. Thèmes & commentaires, Paris : Dalloz, 2010, 214 p.

FONTAINE (L.) (dir.), *Droit et légitimité, actes du colloque des 19 et 20 nov. 2009 organisé à l'Université de Caen par le Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit*, Coll. Droit et justice, t. 96, Bruxelles : Nemesis Bruylant, 2011, 380 p.

FRISON-ROCHE (M.-A.) et ABELLO (A.) (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Paris : LGDJ, 2005, 449 p.

GÉRARD (Ph.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.) (dir.), *Droit et intérêt, vol. 2, Entre droit et non-droit : l'intérêt, Essai sur les fonctions qu'exerce l'intérêt en droit privé*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, 201 p.

GUYOMAR (M.) (dir.), *Les 25 ans de la relance de la codification, actes du colloque du 13 oct. 2015 organisé au Conseil d'État par l'Institut français des sciences administratives*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2017, 116 p.

Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri DESBOIS (dir.),

- *La propriété intellectuelle en question(s), Regards croisés européens, actes du colloque des 16 et 17 juin 2005*, Coll. Droit des affaires, Propriété intellectuelle, t. 27, Paris : Litec, 2006, 224 p.
- *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ? 30^e anniversaire de l'IRPI, actes du colloque du 28 nov. 2012*, Coll. IRPI, t. 43, Paris : LexisNexis, 2014, 171 p.

LAPOUSTERLE (J.) et LATIL (A.) (dir.), *L'usage commercial des biens intellectuels, actes du colloque du 1^{er} juin 2018 organisé en Sorbonne par le Centre d'études et de recherche en droit de l'immatériel de l'Université Paris-Saclay*, PU Sceaux, Paris : Éditions mare & martin, 2020, 215 p.

LUCAS (A.), DEVÈZE (J.) et FRAYSINET (J.), *Droit de l'informatique et de l'internet*, Coll. Thémis Droit privé, Paris : PUF Droit, 2001, 748 p.

VAN DE KERCHOVE (M.) et OST (F.), *Le système juridique, entre ordre et désordre*, Coll. Les voies du droit, Paris : PUF, 1988, 254 p.

VERGÈS (E.) (dir.), *Contrats sur la recherche et l'innovation : techniques contractuelles, valorisation de la recherche, transferts de technologies*, Coll. Dalloz, Paris : Dalloz, 2018, 877 p.

VIVANT (M.) (dir.),

- *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Coll. Grands arrêts, 3^e éd., Paris : Dalloz, 2020, 711 p.

- *Le Lamy Droit du numérique*, Coll. Lamy Expert, Paris : Wolters Kluwer, 2016, 1831 p.
- *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Coll. Droit et économie, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2014, 178 p.
- *Les créations immatérielles et le droit*, Coll. Le droit en questions, Paris : Ellipses, 1997, 127 p.

VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.) (dir.), *Protéger les inventions de demain ; biotechnologies, logiciels et méthodes d'affaires*, Coll. « Propriété intellectuelle », Paris : Documentation française, 2003, 320 p.

WERNERT (G.) (dir.), *Les catégories en droit, actes de la journée d'études des jeunes chercheurs de l'Institut d'études de droit public*, Paris : PU Sceaux - Éditions mare & martin, 2017, 204 p.

C. Articles et notes de jurisprudence

ABELLO (A.), « La propriété intellectuelle, une « propriété de marché », in FRISON-ROCHE (M.-A.) (dir.) *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Coll. Droit et Économie, Paris : LGDJ-Lextenso Éditions, 2005, p. 359

ALCARAS (J.-R.), « La protection des droits de propriété peut-elle favoriser la création culturelle ? Approche économique », in BRUGUIÈRE (J.-M.) (dir.), *Droit d'auteur et culture*, Coll. Thèmes & commentaires : Paris : Dalloz, 2007, p. 55

ALLEAUME (Ch.),

- « La mise en balance du droit d'auteur », *RIDC* 2010, vol. 62, n° 2, p. 423
- « Le rôle du triple test, une nouvelle conception des exceptions ? », *RLDI* 2007/25, suppl., n° 844

ATIAS (Ch.) et LINOTTE (D.), « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.* 1977, chron. p. 251

AUDIT (P.-E.), « Une controverse oubliée : la place du raisonnement conceptuel en droit », *RRJ* 2020-3, n° spé., p. 1557

AZÉMA (J.), « L'incidence des dérives du parasitisme sur le régime des droits de propriété intellectuelle », in GERMAIN (M.) et FOYER (J.) (dir.), *Études de droit privé : Mélanges offerts à Paul DIDIER*, Paris : Economica, 2008, p. 1

AZZI (T.),

- « La balance des intérêts en droit de la propriété littéraire et artistique », in BARBÉ (V.), GUILLERMINET (C.) et MAUCLAIR (S.) (dir.), *La notion d'intérêt(s) en droit*, Coll. « Colloques & Essais », Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, Bayonne : diffusion LGDJ – Lextenso éditions, 2020, p. 191

- « Le droit voisin des éditeurs de publications de presse ou l'avènement d'une propriété intellectuelle catégorielle », *Dalloz IP/IT* 2019, p. 297
- « Le projet de code européen du droit d'auteur : une étrange idée », *D.* 2012, p. 1193
- « La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon », *D.* 2008, p. 700
- « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD civ.* 2007, p. 227

BÉCOURT (D.),

- « La trilogie auteur-œuvre-public (1^{er} partie) », *LPA* 13 déc. 1993, n° 149, p. 10
- « Réflexions sur le projet de codification des textes sur la propriété littéraire et artistique », *D.* 1992, p. 47

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », *LPA* 20 nov. 2002, p. 36

BÉLOT (F.),

- « L'évaluation du préjudice économique subi par une entreprise nouvelle ou innovante », *D.* 2008, p. 1569
- « Pour une meilleure protection des valeurs économiques », *LPA* 6 déc. 2006, n° 243, p. 6

BÉNABENT (A.), « Observations finales », in Association Henri CAPITANT, *L'aléa*, Coll. Thèmes & commentaires, Paris : Dalloz, 2011, p. 99.

BENABOU (V.-L.),

- « Propriété intellectuelle et libre concurrence : le jeu de l'article 101 TFUE, in VIVANT (M.) (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Coll. Grands arrêts, 3^e éd., Paris : Dalloz, 2020, p. 151
- « Propriété intellectuelle et libre concurrence : le jeu de l'article 102 TFUE », in VIVANT (M.) (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Coll. Grands arrêts, 3^e éd., Paris : Dalloz, 2020, p. 165
- « La codification de la propriété intellectuelle » in Colloque de l'IRPI, *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ? 30^e anniversaire de l'IRPI*, Coll. IRPI, t. 43, Paris : LexisNexis, 2012, p. 141
- « L'abus de droit peut-il servir la cause de l'intérêt général en droit de la propriété intellectuelle ? », in BUYDENS (M.) et DUSOLLIER (S.) (dir.), *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle, actes du colloque des 21 et 22 avr. 2006 organisé par l'Université Libre de Bruxelles*, Bruxelles : Bruylant, 2008, p. 221
- « Propriété intellectuelle et diversité culturelle ? Approche juridique », in BRUGUIÈRE (J.-M.) (dir.), *Droit d'auteur et culture*, Coll. Thèmes & commentaires : Paris : Dalloz, 2007, p. 75
- « Puiser à la source du droit d'auteur », *RIDA* avr. 2002, n° 192, p. 3

BENSAMOUN (A.),

- « Libres propos sur l'existence d'un droit de l'œuvre applicable aux créations issues de l'intelligence artificielle », in *Penser le droit de la pensée, Mélanges en l'honneur de Michel VIVANT*, Paris : Dalloz, 2020, p. 13

- « Bon anniversaire à la loi de 1957 », *RIDA* avr. 2018, n° 256, n° spé., p. 5
- « Création et données : différence de notions = différence de régime ? », *Dalloz IP/IT* 2018, n° 2, p. 85
- « La personne morale en droit d'auteur : auteur contre-nature ou titulaire naturel ? », *D.* 2013, p. 376
- « Les créations salariées : véritable oxymore du droit d'auteur ? », *D.* 2014, p. 2351
- « La titularité des droits patrimoniaux sur une création salariée : du paradis artificiel à l'artifice du paradis », *RLDI* 2011/67, n° 2210
- « Portrait d'un droit d'auteur en crise », *RIDA* avr. 2010, n° 224, p. 3
- « La protection de l'œuvre de l'esprit par le droit d'auteur : "qui trop embrasse mal étreint" », *D.* 2010, p. 2919

BERGÉ (J.-S.), « Les solutions législatives à l'articulation des droits de propriété intellectuelle ou l'art de légiférer-délégiférer en question », in BRUGUIÈRE (J.-M.) (dir.), *L'articulation des droits de propriété intellectuelle*, Paris : Dalloz 2011, p. 101

BERGEL (J.-L.),

- « À la recherche des concepts émergents en droit », *D.* 2012, p. 1567
- « Rapport général », in *La propriété, Journées Vietnamiennes 2003*, Coll. Travaux de l'association Henri CAPITANT, t. 53, Société de législation comparée, 2006, p. 203
- « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, p. 255

BERNAULT (C.), « Objet du droit d'auteur. Titulaires du droit d'auteur. Règles générales », *J.-Cl. PLA*, fasc. 1185, 2020

BERTHET (E.), « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle appliquée au médicament », in *Penser le droit de la pensée, Mélanges en l'honneur de Michel VIVANT*, Paris : Dalloz, p. 25

BINCTIN (N.),

- « La propriété intellectuelle, un droit de propriété plus qu'une exception », in TRÉFIGNY (P.) (dir.), *L'articulation des droits de propriété intellectuelle avec le droit de la concurrence*, Coll. Thèmes & commentaires, Paris : Dalloz, 2020, p. 105
- « Le renouveau du contentieux international de la propriété intellectuelle », *Journal du droit international (Clunet)* avr. 2016, n° 2, Doctr. 3
- « L'auteur Entrepreneur », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, Paris : LexisNexis, 2014, p. 113
- « Les sept familles de la propriété intellectuelle – Étude sur les personnages de références du CPI », in GEIGER (Ch.) et RODA (C.) (dir.), *Mélanges Johanna SCHMIDT-SZALEWSKI*, Coll. CEIPI, t. 61, Paris : LexisNexis, 2014, p. 49
- « Pour un Code communautaire de la propriété intellectuelle », in *Liber amicorum Georges BONET*, Coll. IRPI, t. 36, Paris : Litec, 2010, p. 51

BINN (S.), « Comment sauver la théorie du parasitisme ? », *CCC* août 2000, Chron. 13

BLANC-JOUVAN (G.), « Le statut de l'exploitant des droits de propriété intellectuelle », in *Le code de commerce, livre du bicentenaire, 1807-2007*, Paris : Dalloz, 2007, p. 455

BLARY-CLÉMENT (E.),

- « La patrimonialisation des informations, du savoir-faire et des investissements » in BLARY-CLÉMENT (E.) et PLANCKEEL (F.) (dir), *Le patrimoine de l'entreprise : d'une réalité à un concept juridique ?*, Bruxelles : Larcier, 2014, p. 105
- « L'innovation et son partage : finalité économique commune des droits de la propriété intellectuelle et de la concurrence », *Le concurrentialiste* mai 2013, publication du colloque « Le droit de la concurrence et l'analyse économique », p. 2
- « La prévalence de l'efficacité économique dans le règlement des conflits entre propriété intellectuelle et droit de la concurrence », in PERALDI-LENEUF (F.) et SCHILLER (S.) (dir.), *Les conflits de normes*, Rapport pour le GIP Mission de recherche Droit et justice 2012, p. 194

BONNEFONT (A.), « Parasitisme et concurrence déloyale : il faut garder le cap », CCC mars 2001, Chron. 4

BORGHETTI (J.-S.), « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle », in *Études offertes à Geneviève VINEY*, Paris : LGDJ, 2008, p. 145

BOUCHE (N.), « Obtentions végétales », *Rép. comm. Dalloz*, 2013

BOURGEOIS (M.), « La protection juridique de l'information confidentielle économique : étude de droits québécois et français », *RIDC* 1988, vol. 40, n° 1, p. 113

BRAIBANT (G.), « La commission supérieure de codification », in BEIGNIER (B.) (dir.), *La codification*, Coll. Thèmes & commentaires, Paris : Dalloz, 1996, p. 97

BRAIVE (G.), « L'historien et l'équivocité du concept d'intérêt, Aspects critiques et sémantiques », in GÉRARD (Ph.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.) (dir.), *Droit et intérêt, vol. 1, Approche interdisciplinaire*, Bruxelles : Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 1990, p. 25

BRONZO (N.), « Le droit moral de l'inventeur », *Prop. Ind.* juin 2013, Étude 5

BRUGUIÈRE (J.-M.),

- « Le "droit d'auteur économique", un droit d'auteur entrepreneurial perturbateur du droit d'auteur humaniste », in *Penser le droit de la pensée, Mélanges en l'honneur de Michel VIVANT*, Paris : Dalloz, 2020, p. 731
- « Intelligence artificielle et droit d'auteur – Sortir de la science-fiction des "des machines/auteurs", entrer dans la réalité du droit des données », *CCE* juin 2020, Étude 11
- « Droits patrimoniaux de la personnalité », *RTD civ.* 2016, p. 1
- « Les fonctionnaires et agents publics : un statut particulier ? », in *Créations et inventions de salariés - Rompre avec les schémas reçus...*, Coll. IRPI, t. 35, Paris : Litec, 2010, p. 95
- « Faits et méfaits de la perpétuité dans la propriété littéraire et artistique », *Prop. Ind.* oct. 2010, Dossier 10
- « Les droits voisins de la propriété littéraire et artistique », *PI* avr. 2012, n° 43, p. 161

- « Introduction », in J.-M. BRUGUIÈRE (dir.), *Droit d'auteur et culture*, Coll. Thèmes & commentaires, Paris : Dalloz, 2007, p. 1
- « L'odeur saisie par le droit », in *Mélanges Jean CALAIS-AULOY*, Paris : Dalloz, 2003, p. 169

BRUGUIÈRE (J.-M.), CHIARINY (A.-C.) et CLAVIER (J.-P.) et al., « Pour une politique du brevet au service de la santé publique », *JCP G* 2021, Libres propos 284

BURST(J.-J.), « La reconstitution des "monopoles" de propriété industrielle par l'action en concurrence déloyale ou en responsabilité civile : mythe ou réalité ? », in *Mélanges Paul MATHÉLY*, Paris : Litec, 1990, p. 93

BUYDENS (M.),

- « Introduction, l'intérêt général, une notion protéiforme », in BUYDENS (M.) et DUSSOLLIER (S.) (dir.), *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, Bruxelles : Bruylant, 2008, p. 1
- « Remèdes à la privatisation de l'information par la propriété industrielle : le domaine technique », *RIDE* avr. 2006, p. 433

CABRILLAC (R.), « Panorama de la codification à la française », in GUYOMAR (M.) (dir.), *Les 25 ans de la relance de la codification, actes du colloque du 13 oct. 2015 organisé au Conseil d'État par l'Institut français des sciences administratives*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2017, p. 13

CADIET (L.), obs. sous CA Paris, 18 mai 1989, *D.* 1990, p. 340

CARON (Ch.),

- « La crise, le droit et le "neuvième jour" », *CCE* mai 2020, Repère 5
- « Les mauvaises actions en contrefaçon », *CCE* avr. 2019, Étude 8
- « Le nouveau droit des éditeurs de publications de presses (commentaire de l'article 15 de la directive), *CCE* oct. 2019, Dossier 7
- Note sous Cass. com. 18 oct. 2017, *CCE* févr. 2018, Comm. 9
- « L'irrésistible décadence du domaine public en droit de la propriété intellectuelle », in *Études offertes DUPICHOT, Liber amicorum*, Bruxelles : Bruylant, 2004, p. 61
- « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP G* 2004, I, 162
- « L'adaptation du droit d'auteur de la création salariée à l'entreprise », *Legicom* 2003/1, n° 29, p. 13
- « Abus de droit et droit d'auteur. Une illustration de la confrontation du droit spécial et du droit commun en droit civil français », *RIDA* avr. 1998, n° 176, p. 3

CARRE (S.),

- « Des exceptions d'usage privé : le cas de la copie privée », in VIVANT (M.) (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Coll. Grands arrêts, 3^e éd., Paris : Dalloz, 2020, p. 327
- « Des exceptions d'usage public », in VIVANT (M.) (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Coll. Grands arrêts, 3^e éd., Paris : Dalloz, 2020, p. 346

CARREAU (C.), « Propriété intellectuelle et abus de droit », in *Mélanges André FRANÇON*, Paris : Dalloz, 1995, p. 7

CASTETS-RENARD (C.), « La réforme du droit d'auteur en Europe : vers un code européen ? », *D.* 2012, p. 955

CATALA (P.),

- « Rapport de Synthèse : le droit au secret face au droit de savoir », *Dr. et patr.*, mars 2002, n° 102, Dossier, p. 86
- « La propriété de l'information », in *Mélanges Pierre RAYNAUD*, Paris : Dalloz-Sirey, 1985, p. 97
- « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *D.* 1984, chron. p. 97

CAUSSE (H.),

- « La notion d'investissement : en filigrane du droit financier », in CAUSSE (H.) et SINKONDO (M.) (dir.), *Le concept d'investissement, Regards croisés des droits interne, international et communautaire*, Bruxelles : Bruylant, 2011, p. 31
- « L'investissement, le président de la République et le droit », *D.* 2006, p. 4
- « L'investisseur », in *Liber amicorum Jean CALAIS-AULOY*, Paris : Dalloz, 2004, p. 261

CHAIHLOUDJ (W.), « 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

CHAMPAUD (C.), « Contribution à la définition du droit économique », *D.* 1967, chron., p. 215

CHATRY (S.),

- « La légitimité du droit *sui generis* du producteur de bases de données », in LE CAM (S.) et CHATRY (S.) (dir.), *La légitimité de la propriété intellectuelle, Actes du colloque de Nantes du 10 octobre 2019, Légipresse*, Hors-série 2019-2, n° 62, p. 127
- « Les droits-modèles de la propriété intellectuelle », in *Mélanges en l'honneur du Professeur André LUCAS*, Paris : LexisNexis, 2014, p. 139

CHEVALIER (E.), « Parasitisme et droit privatif : et si l'extension du domaine concourait à sa propre perte ? », *D.* 2002, p. 3142

CHEVALIER (J.), « L'ordre juridique », in Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (dir.), *Le droit en procès*, Paris : PUF, 1983, p. 7

CLAVIER (J.-P.), « La légitimité de la propriété intellectuelle, Approche du juriste », in LE CAM (S.) et CHATRY (S.), *La légitimité de la propriété intellectuelle, Actes du colloque de Nantes du 10 octobre 2019, Légipresse*, Hors-série 2019-2, n° 62, p. 11

CLAVIER (J.-P.) et GARELLO (P.), « Droit des affaires et analyse économique du droit : le cas de la propriété intellectuelle », in SCHWEITZER (S.) et FLOURY (L.), *Droit et économie. Des divergences aux convergences*, Coll. Thèmes & commentaires, Paris : Dalloz, 2019, p. 55

COMMAILLE (J.), « Droit et politique », in ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : PUF, 2003, p. 477

CORBET (J.), « Le développement technique conduit-il à un changement de la notion d’auteur ? », *RIDA* avr. 1991, n° 148, p. 59

CORNU (M.), « Droits d’auteur des fonctionnaires : le périmètre contenu de l’exception de service public », *D.* 2006, chron. p. 2185

CORTÈS (Th.), « Une incursion dans les sous-sols des textes juridiques. À propos des notes en bas de page », *JCP G* 2013, Étude 896

DABIN (J.), « Droit subjectif et subjectivisme juridique », in *Le droit subjectif en question*, Coll. APD, t. 9, Paris : Sirey, 1964, p. 17

DARMON (G.), « Le concept d’investissement : détermination et incidence en droit des sociétés », in CAUSSE (H.) et SINKONDO (M.) (dir.), *Le concept d’investissement, Regards croisés des droits interne, international et communautaire*, Bruxelles : Bruylant, 2011, p. 87

DAVERAT (X.),

- « Droits voisins du droit d’auteur. Histoire des droits voisins », *J-Cl. PLA*, fasc. 1405, 2016
- « Droit d’auteur et « protections périphériques », in *Mélanges Paul LE CANNU*, Paris : Dalloz, 2014, p. 513
- « Le droit du producteur sur le contenu de la base de données », *LPA* 6 juill. 2000, n° 134, p. 12

DEMEULENAERE (P.), « La légitimation et la dénonciation de la recherche de l’argent dans la modernité », in *L’agent et le droit*, Coll. APD, t. 42, Paris : Sirey, 1998, p. 137

DERIEUX (E.), « La presse : le droit d’auteur des journalistes – Incidences de la loi du 12 juin 2009 », in *Créations et inventions de salariés - Rompre avec les schémas reçus...*, Coll. IRPI, t. 35, Paris : Litec, 2010, p. 71

DESBOIS (H.), « La conception française du droit moral de l’auteur », in *Mélanges en l’honneur de Jean DABIN*, t. 2, Paris : Sirey, 1963, p. 519

DESDEVISES (Y.), « André LUCAS, codificateur », in *Mélanges en l’honneur du Professeur André LUCAS*, Paris : LexisNexis, 2014, p. 217

DESJEUX (X.),

- « La reprise de la prestation d’autrui : l’idée commerciale et l’investissement économique (esquisse d’un projet de loi) », *Gaz. Pal.* 1992, doct. p. 973
- « L’investissement économique et le droit de la propriété industrielle : du droit des brevets au droit des marques ? », *Gaz. Pal.* 1986, doct. p. 422
- « Le droit de la responsabilité civile comme limite au principe de la liberté du commerce et de l’industrie (A propos de la sanction de la copie) », *JCP E* 1985, II, 14490
- « Quelle protection pour le modèle « fonctionnel » ? Le design ou la création d’une valeur économique personnelle à l’entreprise », *Gaz. Pal.* 1981, doct. p. 297

DHENNE (M.), « Covid-19 : l'espoir d'un "monde d'après" pour la propriété intellectuelle ? », *D.* 2020, p. 2257

DIDIER (Ph.) et MARTIAL-BRAZ (N.), « Certitudes et incertitudes en matière de crowdfunding. Les ambiguïtés du statut des protagonistes à l'opération de financement participatif », *D.* 2016, p. 267

DIETZ (A.),

- « Le problème de la durée de protection adéquate du droit d'auteur sous l'aspect de la réglementation des contrats d'auteur », in *Mélanges en l'honneur de André FRANÇON, Propriétés intellectuelles*, Paris : Dalloz, 1995, p. 107
- « Mutation du droit d'auteur : changement de paradigme en matière de droit d'auteur », *RIDA* oct. 1988, n° 138, p. 23

DOCK (M.-C.), « Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire », *RIDA* 1974, n° 79, n° spé., p. 127

DOM (J.-Ph.), « La politique juridique en matière économique », in *Mélanges en l'honneur du professeur Paul LE CANNU*, Paris : Dalloz, 2014, p. 13

DORMONT (S.),

- « L'élaboration de la norme en droit d'auteur : les discours sur la légitimité », in LE CAM (S.) et CHATRY (S.), *La légitimité de la propriété intellectuelle, Actes du colloque de Nantes du 10 octobre 2019, LégiPresse*, Hors-série 2019-2, n° 62, p. 79
- « La propriété intellectuelle au service de l'intérêt général », *RLDI* 2011/77, suppl., n° 2583

DOSTERT (N.) et LAUTIER (Th.), « La protection du secret des affaires : quelles conséquences sur la propriété intellectuelle ? », *PI* avr. 2019, n° 71, p. 6

DRAGNE (J.), « La nouvelle réglementation française », in *La protection des produits semi-conducteurs, Colloque de l'IRPI (Paris, 15 décembre 1987)*, Coll. Droit des affaires, t. 7, Librairies techniques, 1988, p. 5

DRAI (L.),

- « L'articulation du droit du travail et du droit de la propriété intellectuelle », in TEYSSIER (B.) (dir.), *L'articulation des normes en droit du travail*, Coll. Études juridiques, t. 44, Paris : Economica, 2011, p. 111
- « La logique du droit du travail versus la logique du droit de la propriété intellectuelle », in *Créations et inventions de salariés - Rompre avec les schémas reçus...*, Coll. IRPI, t. 35, Paris : Litec, 2010, p. 109

DREYER (E.), « La sanction de la faute lucrative par l'amende civile », *D.* 2017, p. 1136

DUPICHOT (J.), « Pour une réflexion doctrinale que la (nécessaire) sanction du parasitisme économique - Vers un particularisme des sanctions ou vers un retour au droit commun ? », *Gaz. Pal.* 9 mai 1987, doct. p. 348

DUPICHOT (Ph.), « Les principes directeurs du droit français des contrats », *RDC* 2013, p. 387

DURRANDE (S.), « La cession du droit d'exploitation des œuvres publicitaires de commande », *D.* 1986, chron. p. 280

DUSOLLIER (S.),

- « L'exploitation des œuvres : une notion centrale en droit d'auteur », in *Mélanges en l'honneur du professeur Paul LE CANNU*, Paris : Dalloz, 2014, p. 263
- « Le domaine public, garant de l'intérêt public en propriété intellectuelle ? », in BUYDENS (M.) et DUSOLLIER (S.) (dir.), *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle, actes du colloque des 21 et 22 avr. 2006 organisé par l'Université Libre de Bruxelles*, Bruxelles : Bruylant, 2008, p. 117

EDELMAN (B.),

- « Les bases de données ou le triomphe des droits voisins », *D. aff.* 2000, chron. p. 89
- « L'œuvre collective, une définition introuvable », *D.* 1998, chron. p. 141
- « Droit d'auteur. Nature du Droit d'auteur. Principes généraux », *J.-Cl. PLA*, fasc. 1112, 2000

ÉMILE-ZOLA-PLACE (E.) et PEREZ (H.), « Covid-19 – Le gouvernement ouvre les vannes de la copie privée et des irréparsables », *Dalloz IP/IT* avr. 2020, n° 202, p. 206.

FABRE (R.) et SERSIRON (L.), « Réserve du savoir-faire », *J.-Cl. Brevets*, fasc. 4200, 2017

FARCHY (J.),

- « Analyse économique des exceptions », *RLDI* 2013/94, suppl., n° 3141
- « De nouveaux modèles pour le droit d'auteur. Le point de vue de l'économiste », *PI* oct. 2007, n° 25, p. 404
- « L'analyse économique des fondements du droit d'auteur : une approche réductrice pourtant indispensable », *PI* oct. 2006, n° 21, p. 388

FARDET (C.), « L'investissement en droit administratif », in CAUSSE (H.) et SINKONDO (M.) (dir.), *Le concept d'investissement, Regards croisés des droits interne, international et communautaire*, Bruxelles : Bruylant, 2011, p. 59

FARJAT (G.),

- « La notion de droit économique », in *Droit et économie*, Coll. APD, t. 37, Paris : Sirey, 1992, p. 27
- « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique », *RIDE* 1986, n° 0, p. 9

FAVREAU (A.), « La valeur sociale des objets de la propriété intellectuelle », *RLDI* 2011/77, suppl., n° 2585

FENOUILLET (D.),

- « Les valeurs morales », in Colloque « *Le nouveau discours contractuel* », RDC 2016, p. 589
- « Propos introductifs », in BUREAU (D.), DRUMMOND (F.) et FENOUILLET (D.) (dir.), *Droit et morale*, Coll. Thèmes & commentaires, Paris : Dalloz, 2011, p. 1

FORIERS (P.), « Les antinomies en droit », *Dialectica* 1964, vol. 18 1/4, p. 20

FOYER (J.), « La volonté politique », in *Hommage à Jean CARBONNIER*, Association H. CAPITANT, Paris : Dalloz, 2007, p. 135

FRANCESCHINI (L.), « Le droit voisin des éditeurs de presse face aux GAJA – David contre Goliath ? », *JCP G* 2020, Doctr. 109

FRION (J.-J.), « Présentation d’une approche renouvelée de l’agissement parasitaire : critère de la valeur ajoutée substitué à celui de l’investissement », *CCC* juill. 2002, Chron. 15

FRISON-ROCHE (M.-A.), « L’interférence entre les propriétés intellectuelles et les droits des marchés, perspective de régulation », in FRISON-ROCHE (M.-A.) et ABELLO (A.) (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Paris : LGDJ, 2005, p. 15

GALLOUX (J.-Ch.),

- « La loi 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon : vers la saturation ? », *PI* juill. 2014, n° 52, p. 242
- « Qu’est-ce que la propriété intellectuelle ? », in *Liber amicorum Georges BONET*, Coll. IRPI, t. 36, Paris : Litec, 2010, p. 199
- « Ébauche d’une définition juridique de l’information », *D.* 1994, chron. p. 229

GAUBIAC (Y.), « Droit d’auteur et intérêt général », *PI* juill. 2010, n° 36, p. 814

GAUDRAT (Ph.),

- « Les créations et le droit : balade dans l’espace et le temps », in ZOLLINGER (A.) (dir.), *La création, entre droit, philosophie et religion*, Coll. Actes et colloques, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2016, p. 11
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 15 janv. 2015, *RTD com.* 2015, p. 307
- « Pour une propriété intellectuelle épurée », in *Mélanges en l’honneur du Professeur André LUCAS*, Paris : LexisNexis, 2014, p. 325
- « Les modèles d’exploitation du droit d’auteur », *RTD com.* 2009, p. 323
- « Propriété littéraire et artistique (1^{er} propriété des créateurs) », *Rép. civ. Dalloz*, 2007
- « Propriété littéraire et artistique (2^o droits des exploitants) », *Rép. civ. Dalloz*, 2007
- « Réflexions dispersées sur l’éradication méthodique du droit d’auteur dans la « société de l’information » », *RTD com.* 2003, p. 285
- « La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples ? », *RTD com.* 2001, p. 562
- « Les démêlés intemporels d’un couple à succès : le créateur et l’investisseur », *RIDA* oct. 2001, n° 190, p. 71
- « La protection des logiciels par la propriété littéraire et artistique », *RIDA* avr. 1986, n° 128, p. 181

GAUDRAT (P.) et VIVANT (M.), « Marchandisation », in VIVANT (M.) (dir.), *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Coll. Thèmes & commentaires, Paris : Dalloz, 2004, p. 34

GAUMONT-PRAT (H.), « brevetabilité du vivant : animal, végétal et humain. – Application du droit des brevets aux inventions biotechnologiques », *J.-Cl. Brevets*, fasc. 4241, 2017

GAUTIER (P.-Y.),

- « De la propriété des créations issues de l'intelligence artificielle », *Revue pratique de la prospective et de l'innovation* oct. 2018, Dossier 12
- « Vers le déclin de la propriété intellectuelle », *PI* janv. 2015, n° 54, p. 10
- « Les nouvelles forces créatrices du droit », in *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ? 30^e anniversaire de l'IRPI, actes du colloque de l'IRPI du 28 novembre 2012*, Coll. IRPI, t. 43, Paris : LexisNexis, 2014, p. 134
- « Le droit sans doctrine ? », *SHFD* 2007, p. 399, https://univ-droit.fr/docs/recherche/rhfd/pdf/27-2007/27-2007_p399-406.pdf
- « Pour ou contre la propriété intellectuelle : propos introductifs », in *La propriété intellectuelle en question(s), Regards croisés européens, actes du colloque de l'IRPI des 16 et 17 juin 2005*, Coll. Droit des affaires, Propriété intellectuelle, t. 27, Paris : Litec, 2006, p. 23
- « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence », *D.* 2003, p. 2839
- « De l'art d'être furtif, : le « droit constant » des codes de la propriété intellectuelle et de la consommation... », in BEIGNIER (B.) (dir.) *La codification*, Paris : Dalloz, 1996, p. 107

GEIGER (Ch.),

- « L'Europe au carrefour des logiques : propriété intellectuelle et investissement, une dangereuse équation », *PI* avr. 2019, n° 71, p. 120
- « La fonction sociale : clef pour comprendre, améliorer et adhérer aux droits de propriété intellectuelle », in VIVANT (M.) (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Paris : LGDJ, 2014, p. 79
- « Pour un véritable droit européen de la propriété intellectuelle », *Cah. dr. entr.* janv. 2012, Dossier 2
- « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle, *D.* 2010, p. 510
- « Intérêt général, droit d'accès à l'information et droit de propriété. La propriété intellectuelle analysée à la lumière des droits fondamentaux », in BUYDENS (M.) et DUSSOLLIER (S.) (dir.), *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, Bruxelles : Bruylant, 2008, p. 177
- « Vers une propriété intellectuelle éternelle ? », *D.* 2008, p. 2880
- « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle. Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique ? », *RIDE* 2006/4, p. 389
- « Le test des trois étapes, un danger pour l'équilibre du droit d'auteur ? », *RLDI* 2006/15, n° 454
- « Les droits fondamentaux, garanties de la cohérence du droit de la propriété intellectuelle ? », *JCP G* 2004, I, 150

GEIGER (Ch.), PASSA (J.) et VIVANT (M.), « La proposition de directive sur l'extension de la durée de certains droits voisins : une remise en cause injustifiée du domaine public », *PI* avr. 2009, n° 31, doctr., p. 146

GENDREAU (Y.), « Lettre du Canada. La pandémie s'invite en droit d'auteur », *PI* oct. 2020, n° 77, p. 143,

GERMAIN (M.), « Morale et droit des affaires », in BUREAU (D.), DRUMMOND (F.) et FENOUILLET (D.) (dir.), *Droit et morale*, Coll. Thèmes & commentaires, Paris : Dalloz, 2011, p. 183

GERVAIS (A.), « Quelques réflexions à propos de la distinction des "droits" et des "intérêts", in *Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER*, t. 1, *Théorie générale du droit et droit transitoire*, Paris : Sirey, 1961, p. 241

GINSBURG (J. C.),

- « L'avenir du droit d'auteur : un droit sans auteur ? », *CCE* mai 2009, Étude 10
- « *Histoire de deux droits d'auteur : la propriété littéraire et artistique dans la France et l'Amérique révolutionnaire* », *RIDA* janv. 1991, n° 147, p. 130

GISCLARD (Th.),

- « Le droit des brevets à l'épreuve du SARS-COV-2 », *Prop. Ind.* mai 2020, Étude 10
- « La nature des « dommages et intérêts » sanctionnant la contrefaçon », *Prop. Ind.* mai 2017, Étude 15

GLEIZE (B.), « La culture à l'épreuve de la loi du 1^{er} août 2006 (et vice versa), in BRUGUIÈRE (J.-M.) (dir.), *Droit d'auteur et culture*, Coll. Thèmes & commentaires, Paris : Dalloz, 2007, p. 103

GOYET (Ch.), « Rapport de synthèse », in CAUSSE (H.) et SINKONDO (M.) (dir.), *Le concept d'investissement, Regards croisés des droits interne, international et communautaire*, Bruxelles : Bruylant, 2011, p. 169

GUILGUET (Ph.), « Les réactions de la pratique », in *La protection des produits semi-conducteurs, Colloque de l'IRPI du 15 décembre 1987*, Coll. Le droit des affaires, t. 7, Paris : Librairies techniques, 1988, p. 43

GUTMANN (D.),

- « Le juge doit respecter la cohérence du droit : réflexions sur un imaginaire article 4 1/2 du Code civil », in FAURÉ (G.) et KOUBI (G.) (dir.), *Le titre préliminaire du Code civil*, Paris : Economica, 2003, p. 109
- « Droit subjectif », in ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, Paris : PUF, 2003, p. 529

HILTY (R. M.), « La Constitution économique européenne et la propriété intellectuelle », *RIDE* 2011/4, p. 481

HOUILLOIN (G.), « Lobbying et qualité de la norme française », in BONIS (E.) et MALABAT (V.) (dir.), *La qualité de la norme, l'élaboration de la norme*, Coll. Droit & science politique, Paris : Éditions mare & martin, 2016, p. 19

HUILLIER (M.), « Le parasitisme parasite-t-il la propriété intellectuelle ? », *Gaz Pal.* 2001, p. 1630

HUMBLOT (B.), « De l'indépendance du créateur en droit d'auteur », *RIDA* janv. 2004, n° 199, p. 3

IZORCHE (M.-L.), « Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme », *RTD com.* 1998, p. 17.

JACQUEMIN (A.), « Le droit économique, serviteur de l'économie ? », *RTD com.* 1972, p. 19

JALLAMION (C.), « La fortune de Josserand », *Prop. Ind.* oct. 2010, Dossier 2

JAMIN (Ch.), « Économie et droit », in ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, Paris : PUF, 2003, p. 578

KAMINA (P.), « Brèves réflexions sur la catégorie juridique des propriétés intellectuelles », in *Mélanges en l'honneur du Professeur André LUCAS*, Paris : LexisNexis, 2014, p. 441

KEREVER (A.), « Droits d'auteur et développements techniques », *RIDA* avr. 1991, n° 148, p. 13

KORMAN (C.), « Les fruits restitués du parasitisme économique », *Gaz. Pal.* 1988, p. 703

LAGARDE (X.), « L'acte d'investissement, Du contrat à l'acte juridique », in LE DOLLEY (E.) (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, Coll. Droit et économie, Paris : LGDJ, 2010, p. 281

LAPOUSTERLE (J.),

- « Le droit d'auteur, droit économique », in BENSAMOUN (A.) (dir.), *La réforme du droit d'auteur dans la société de l'information*, Paris : PU Sceaux - Éditions mare & martin, 2018, p. 63
- « Jeux d'influence dans l'élaboration des normes de droit d'auteur », in BONIS (E.) et MALABAT (V.) (dir.), *La qualité de la norme, l'élaboration de la norme*, Coll. Droit & science politique, Paris : Éditions mare & martin, 2016, p. 63

LAPOUSTERLE (J.) et LATIL (A.), « Propos introductifs », in LAPOUSTERLE (J.) et LATIL (A.) (dir.), *L'usage commercial des biens intellectuels*, Paris : PU Sceaux - Éditions mare & martin, 2020, p. 13

LARRIEU (J.), « Les territoires disputés de la concurrence déloyale et de la propriété intellectuelle », in BRUGUIÈRE (J.-M.) (dir.), *La propriété intellectuelle dans les droits du marché et de la rivalité concurrentielle*, Coll. Thèmes & commentaires, Paris : Dalloz, 2016, p. 101

LATIL (A.),

- « La propriété du support de l'œuvre, résultat d'un investissement », *D.* 2016, p. 238
- « Les économies d'investissements du contrefacteur », *CCC* mars 2015, Étude 6

LATREILLE (A.),

- « L'avènement d'un droit d'auteur sans auteur », *Dr. et patr.* sept. 2007, n° 162, p. 28
- « La notion d'œuvre collective ou l'entonnoir sur la tête », *CCE* mai 2000, Chron. 10

LEBOIS (A.), « La légitimité du nouveau droit voisin de l'éditeur et de l'agence de presse », in LE CAM (S.) et CHATRY (S.), *La légitimité de la propriété intellectuelle, Actes du colloque de Nantes du 10 octobre 2019, Légipresse, Hors-série 2019-2*, n° 62, p. 127

LEMARCHAND (A.), « Le vaccin contre le CARS-COV-2 comme bien public mondial : compatibilité avec les droits de la propriété intellectuelle », *Prop. Ind.* avr. 2021, Étude 7

LEMARCHAND (S.), FRÉGET (O.) et SARDAIN (F.), « Biens informationnels : entre droits intellectuels et droit de la concurrence », *PI* janv. 2003, n° 6, p. 11

LESUEUR (J.), « Les droits opposés dans le champ des propriétés incorporelles », *CCE* juill. 2008, Étude 15

LE CAM (S.),

- « Les artistes-auteurs face à la crise du covid-19 », *Légipresse* mai 2020, n° 382, p. 279
- « La propriété intellectuelle », in DISSAUX (N.) (dir.), *Balzac, Romancier du droit* Paris : LexisNexis, 2012, p. 311

LE FUR (A.-V.),

- « La protection de l'investisseur par le droit des biens. La notion de bien financier », *RD Banc. et fin.* nov. 2010, Étude 32
- « L'exploitation de la chose d'autrui », *RTD civ.* 2004, p. 429

LE GAC-PECH (S.), « Principes généraux et droit prospectif », *LPA* 24 juin 2011, n° 125, p. 4

LE STANC (Ch.),

- « Un an déjà », *Prop. Ind.* mars 2021, Repère 3
- « Coronavirus et propriété intellectuelle », *Prop. Ind.* mai 2020, Repère 5
- « L'abus dans l'exercice du droit de brevet : les "patent trolls" », *Prop. Ind.* oct. 2010, Dossier 8
- « Les malfaisants lutins de la forêt des brevets : à propos des patent trolls », *Prop. Ind.* févr. 2008, Étude 3
- « La propriété intellectuelle dans le lit de Procuste : observations sur la proposition de loi du 30 juin 1992 relative à la protection des "créations réservées" », *D.* 1993, p. 4

LE TOURNEAU (Ph.),

- « L'illustre Gaudissart était visionnaire ! De la nécessité de protéger les idées apportant un avantage concurrentiel, soit indirectement par le parasitisme, soit de préférence par un droit *sui generis* spécifique à créer », *CCE* oct. 2017, Étude 16
- « Parasitisme - notion de parasitisme », *J.-Cl. Concurrence consommation*, fasc. 570, 2017
- « Parasitisme – régime juridique », *J.-Cl. Concurrence consommation*, fasc. 571, 2017

LIBCHABER (R.), « Sur l'effet novatoire de la codification à droit constant », *RTD civ.* 1997, p. 778

LUCAS (A.),

- note sous Direct. (UE) 2019/790, 17 avr. 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, *PI* juill. 2019, n° 72, p. 36
- note sous L. n° 2019-775 du 24 juill. 2019, *PI* oct. 2019, n° 73, p. 51
- « Rapport de synthèse », in LE CAM (S.) et CHATRY (S.), *La légitimité de la propriété intellectuelle, Actes du colloque de Nantes du 10 octobre 2019*, Légipresse, Hors-série 2019-2, n° 62, p. 151
- « Droit des auteurs. – Droits patrimoniaux. – Exceptions au droit exclusif », *J.-Cl. PLA*, fasc. 1248, 2018
- « Le rapport Le Chapelier : retour vers la conception jusnaturaliste du droit d'auteur français », in *Liber Amicorum Georges BONET*, Georges BONET, Coll. IRPI, t. 36, Paris : Litec, 2010, p. 341
- « Les créations de salariés : présent et avenir », in *Créations et inventions de salariés - Rompre avec les schémas reçus...*, Coll. IRPI, t. 35, Paris : Litec, 2010, p. 21
- « Présentation », in *La propriété intellectuelle en question(s) : regards croisés européens, colloque organisé par l'IRPI à Nantes les 16 et 17 juin 2005*, Paris : Litec, 2006, p. 1
- « De la protection à la « surprotection » des droits de propriété intellectuelle », in Actes de colloque, *La propriété intellectuelle en question(s), Regards croisés européens*, Coll. IRPI, t. 27, Paris : Litec, 2006, p. 17

LUCAS-SCHLOETTER (A.), « Droits des auteurs. Droit moral. Théorie générale du droit moral », *J.-Cl. PLA*, fasc. 1210, 2019

LUHMANN (N.), « L'unité du système juridique », in *Le système juridique*, Coll. APD, t. 31, Paris : Sirey, 1986, p. 163

MACKAAY (E.),

- « Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste ? », *RRJ* 1987, p. 422
- « Les droits intellectuels – Entre Propriété et Monopole », *Journal des Économistes et des études humaines* Hiver 1989-1990, vol. 1, n° 1, p. 61
- « La règle juridique observée par le prisme de l'économie - une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit », *RIDE* 1986, t. 1, p. 43

MACREZ (F.),

- « La nouveauté de la variété végétale », in VIVANT (M.) (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Coll. Les grands arrêts, 3^e éd., Paris : Dalloz, 2019, p. 583
- « Activité inventive », *J.-Cl. Brevets*, fasc. 4250, 2019

MALAUZIE (M.),

- « Les antinomies des règles et de leurs fondements », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle. Études offertes à Pierre CATALA*, Paris : Litec, 2001, p. 25
- « Rapport de synthèse », in BEIGNIER (B.) (dir.), *La codification*, Coll. Thèmes & commentaires, Paris : Dalloz, 1996, p. 197

MALAUZIE-VIGNAL (M.),

- « Réflexions sur la théorie du parasitisme économique », *CCC* oct. 2001, Chron. 15
- « Le parasitisme des investissements et du travail d'autrui », *D.* 1996, p. 177

MALLET-POUJOL (N.), « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D.* 1997, chron. p. 330

MARÉCHAL (C.),

- « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur les contrats d'exploitation des droits d'auteur », *CCE* juin 2016, Étude 11
- « La loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon », *CCE* juin 2014, Étude 11
- « L'évaluation des dommages-intérêts en matière de contrefaçon », *RTD com.* 2012, p. 245.

MARTEU (Th.), « Brevet d'invention et déséquilibres économiques », in L. BOY (dir.), *Les déséquilibres économiques et le droit économique*, Bruxelles : Larcier, p. 158

MARTIN (G.-J.) et RACINE (J.-B.), « Gérard FARJAT et la doctrine », *RIDE* 2013/4, p. 409

MARTIN (G.-J.), avec la collab. de BOY (L.) (et al.), Centre de recherche en droit économique de l'université de Nice-Sophia Antipolis, « Le droit économique aujourd'hui », *D.* 2010, chron. p. 1436

MEKKI (M.),

- « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.* 2015, p. 816
- « L'argument sociologique en droit : forces et faiblesses ? », in FENOUILLET (D.) (dir.), *L'argument sociologique en droit, pluralité et singularité*, Coll. Thèmes & commentaires, Paris : Dalloz, 2015, p. 83
- « L'influence normative des groupes d'intérêts : force vive ou force subversive ? (1^{ère} partie, Identification) », *JCP G* 2009, Étude 370

MÉNIÈRE (Y.),

- « Les fonctions des droits de propriété intellectuelle : le point de vue de l'économie », *Prop. Ind.* oct. 2010, Dossier 3
- « Une analyse économique de la rémunération supplémentaire des salariés inventeurs », *Prop. Ind.* oct. 2009, Étude 18

MOLFESSIS (N.),

- « Les "avancées" de la sécurité juridique », *RTD civ.* 2000, p. 660
- « Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique », *RTD civ.* 2000, p. 186

MONTELS (B.), « Contrats de production et d'exploitation des œuvres audiovisuelles », *J.-Cl. Communication*, fasc. 6085, 2006

MOSSE (M.), « Relégitimer la propriété intellectuelle », in *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?*, Paris : LexisNexis, 2014, p. 123

MOUREAU (N.) et MARCIANO (A.), « Durée optimale de protection : les économistes battent la mesure », *Juris art etc.* juin 2013, n° 3 p. 22

MOUSSERON (J.-M.),

- « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges en hommage à André BRETON et Fernand DERRIDA*, Paris : Dalloz, 1991, p. 283
- « Responsabilité civile et droits intellectuels », in *Mélanges offerts à Albert CHAVANNE, droit pénal propriété industrielle*, Paris : Litec, 1990, p. 247

MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.) et REVET (T.), « De la propriété comme modèle », in *Mélanges offerts à André COLOMER*, Paris : Litec, 1993, p. 281

MOUSSERON (J.-M.) et VIVANT (M.), « Les mécanismes de réservation et leur dialectique : le « terrain » occupé par le droit », *JCP E, Cah. dr. entr.* 17 mars 1988, p. 2

MIGNOT (M.), « La notion de bien, contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *RRJ* 2006, p. 1805.

MUIR-WATT (H.), « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit », in DEFFAINS (B.) (dir.), *L'Analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris : Editions Cujas, 2002, p. 39

NOUVEL (B.), « À propos de la proposition de loi Godfrain sur les créations réservées : peut-on légiférer dans le domaine des agissements parasitaires ? », *Légicom* 1994, n° 3, p. 83

OPPETIT (B.), « Droit et économie », in *Droit et économie*, Coll. APD, t. 37, Paris : Sirey, 1992, p. 17

OUANICHE (M.), « Renforcement du dispositif législatif dans l'évaluation du préjudice en cas de contrefaçon », *JCP E* 2014, Étude 1194

PARISOT (B.), « La présomption de cession des droits d’auteur dans le contrat de production audiovisuelle : réalité ou mythe ? », *D.* 1992, chron. p. 75

PARLÉANI (G.), « La tentation du moyen-âge. L’exemple du parasitisme », in *Mélanges en l’honneur de Christian GAVALDA, Propos impertinents de droit des affaires*, Paris : Dalloz, 2001, p. 243

PASSA (J.), « Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique », *D.* 2000, chron. p. 297

PELLERIN (F.) (Ministre déléguée aux PME, à l’Innovation et à l’Économie numérique), « Allocution d’ouverture », in *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle*, 30^e anniversaire de l’IRPI, Colloque de l’IRPI, t. 43, Paris : LexisNexis, 2014, p. XXI.

PERELMAN (Ch.), « Les antinomies en droit. Essai de synthèse », *Dialectica*, vol. 18, n° 1/4, Neuchâtel - Suisse : Ed. du Griffon, 1965, p. 392

PÉRÈS (C.),

- « La morale et le droit patrimonial », in BUREAU (D.), DRUMMOND (F.) et FENOUILLET (D.) (dir.), *Droit et morale*, Coll. Thèmes & commentaires, Paris : Dalloz, 2011, p. 155
- « Rapport introductif », in BOLLÉE (S.), LAITHIER (Y.-M.) et PÉRÈS (C.) (dir.), *L’efficacité économique en droit, actes du colloque du 15 mai 2008 organisé à l’Université de Reims*, Coll. Études juridiques, t. 33, Paris : Economica, 2010, p. 1

PFISTER (L.),

- « Les modèles propriétaires. Quelques réflexions en guise de synthèse et de conclusions provisoires », in *Les modèles propriétaires, Actes du colloque international organisé par le CECOJI, en hommage au Professeur Henri-Jacques LUCAS*, Coll. Actes & Colloques, Poitiers : PU Juridiques de Poitiers et Paris : LGDJ, 2012, p. 239
- « Histoire du droit d’auteur », *J.-Cl. PLA*, fasc. 1110, 2010

PIEDELIEVRE (A.), « Le matériel et l’immatériel. Essai d’approche de la notion de bien », in *Les aspects du droit privé en fin du XX^e siècle, Études M. DE JUGLART*, Paris : LGDJ, 1986, p. 55

PIRIOU (F.-M.), « La légitimité de l’auteur à la propriété intellectuelle », *Diogène* oct.-déc. 2001, n° 196, p. 119

POLLAUD-DULIAN (F.),

- « À propos de la sécurité juridique », *RTD civ.* 2001, p. 487
- « Propriétés intellectuelles et travail salarié », *RTD com.* 2000, p. 173
- « Ombre et lumière sur le droit d’auteur des salariés », *JCP G* 1999, I, 150
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 2015, *Alix Malka c/ Peter Klasen*, *RTD com.* 2015, p. 515
- « La présomption prétorienne de titularité du droit d’auteur dans l’action en contrefaçon : la jurisprudence Aréo à l’épreuve du temps », *RTD com.* 2011, p. 45

POULLET (Y.), « Intérêt général, droits de propriété intellectuelle et société de l'information », in BUYDENS (M.) et DUSOLLIER (S.) (dir.), *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle, actes du colloque des 21 et 22 avr. 2006 organisé par l'Université Libre de Bruxelles*, Bruxelles : Bruylant, 2008, p. 5

RACINE (J.-B.) et SIIRIAINEN (F.), « Retour sur l'analyse substantielle en droit économique », *RIDE* 2007/3, p. 259

RAYNARD (J.),

- « De l'originalité de la licence de brevet en tant que louage de chose », in GEIGER (Ch.) et RODA (C.) (dir.), *Mélanges Johanna SCHMIDT-SZALEWSKI*, Coll. CEIPI, t. 61, Paris : LexisNexis, 2014, p. 267
- « Entre brevet et droit d'auteur. Les quatre points cardinaux de la propriété intellectuelle », *JCP G* 2013, Doctr. 399
- « Créations et inventions de salariés : une divergence irréductible ? », in Colloque organisé par le CUERPI, 28 nov. 2003, Grenoble, *Propriétés intellectuelles : unité ou diversité. A la recherche d'un droit commun des propriétés intellectuelles*, *JCP E, Cah. dr. entr.*, 14 oct. 2004, suppl., n° 4, p. 13

REMICHE (B.), « Propriété intellectuelle : intérêts d'entreprise et intérêt général », in *Mélanges Claude CHAMPAUD*, Paris : Dalloz- Sirey, 1997, p. 525

REVEL (Th.), « Rapport français. Les nouveaux biens », in *La propriété, Journées Vietnamiennes 2003*, Coll. Travaux de l'association Henri CAPITANT, t. 53, Société de législation comparée, 2006, p. 271

RIVERO (J.), « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD*, Paris : Dalloz, 1995, p. 675

ROUBIER ((P.),

- « Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs », in *Le droit subjectif en question*, Coll. APD, t. 9, Paris : Sirey, 1964, p. 83
- « Droits intellectuels et droits de clientèle », *RTD civ.* 1935, p. 51

ROUVIÈRE (F.), « La conceptualisation du droit positif : question de méthode », *RRJ* 2020-3, n° spé., p. 1341

ROYER (G.), « Pour une économie du droit sans rigueur. L'analyse économique du droit et Jean Carbonnier », in VERDIER (R.) (dir.), *Jean Carbonnier. L'homme et l'œuvre*, Nanterre : PU Paris Ouest, 2012, p. 483

SASSOLAS (D.), « La durée des clauses de confidentialité », *RTD com.* 2015, p. 625

SCHMIDT-SZALEWSKI (J.),

- « Marque de fabrique, de commerce ou de service », *Rép. comm. Dalloz*, 2006
- « La notion d'invention face aux développements technologiques », in FRISON-ROCHE (M-A.) et ABELLO (A.) (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Paris : LGDJ, 2005, p. 243

SCHREPEL (Th.), « Réflexions sur la durée optimale des brevets : un régime au service de l'innovation ? », *Prop. Ind.* mai 2017, Étude 13

SIIRIAINEN (F.),

- « Nouveau changement de paradigme pour le droit de la propriété littéraire et artistique. Libres propos dans une forme tout aussi libre... », in *Penser le droit de la pensée, Mélanges en l'Honneur de Michel VIVANT*, Paris : Dalloz, 2020, p. 389
- « Réflexions critiques à propos de la propriété intellectuelle utilisée comme une "arme" concurrentielle », in BRUGUIÈRE (J.-M.) (dir.), *La propriété intellectuelle dans les droits du marché et de la rivalité concurrentielle*, Coll. Thèmes & commentaires, Paris : Dalloz, 2016, p. 13
- « Le droit d'auteur à l'épreuve de sa dimension économique : libres propos sur le droit d'auteur économique », in *Mélanges en l'honneur du Professeur André LUCAS*, Paris : LexisNexis, 2014, p. 673
- « La propriété intellectuelle au cœur de l'économie de l'immatériel », in VIVANT (M.) (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Coll. Droit et économie, Paris : LGDJ, 2014, p. 37
- « Déséquilibres économiques et droit d'auteur », in BOY (L.) (dir.), *Les déséquilibres économiques et le droit économique*, Bruxelles : Larcier, 2014, p. 147
- « Libres propos et pensées sur la notion d'œuvre protégée et sa fonction... », *Prop. Ind.* oct. 2010, Dossier 9
- « L'appropriation », in LOQUIN (E.) et MARTIN (A.) (dir.), *Droit et marchandisation*, Paris : Litec, 2010, p. 137
- « "Droit d'auteur" contra "droit de la concurrence" : versus "droit de la régulation" », *RIDE* 2001/4, p. 413

SIRINELLI (P.),

- « Le droit d'auteur à l'aube du 3^e millénaire », *JCP G* 2000, I, 194
- « Brèves observations sur le "raisonnable" en droit d'auteur », in *Mélanges André FRANÇON, Propriétés intellectuelles*, Paris : Dalloz, 1995, p. 397

SPADA (P. M.), « La légitimité de la propriété intellectuelle en 2005 », in *La propriété intellectuelle en question(s) : regards croisés européens, colloque organisé par l'IRPI à Nantes les 16 et 17 juin 2005*, Paris : Litec, 2006, p. 5

STROWEL (A.),

- « Le droit d'auteur et le copyright entre histoire et nature », in GÉRARD (Ph.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.) (dir.), *Images et usage de la nature en droit*, Collection générale, t. 57, Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 1993, p. 289
- « Considérations sur le droit d'auteur à la lumière des intérêts sous-jacents », in GÉRARD (Ph.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.) (dir.), *Droit et intérêts, vol. 3 : Droit positif, droit comparé et histoire du droit*, Collection générale, t. 49, Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 1990, p. 233
- « À la recherche de l'intérêt en économie, De l'utilitarisme à la science économique néo-classique », in GÉRARD (Ph.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.) (dir.), *Droit et intérêt, vol. 1, Approche interdisciplinaire*, Bruxelles : Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 37

STROWEL (A.) et TRIAILLE (J.-P.), « De l'équilibre entre le droit de la concurrence et la propriété intellectuelle, À propos de la proposition de loi Godfrain sur les "créations réservées" », *Revue DIT* 1993/2, p. 25

TILLOY (C.), « Investissement et droit des propriétés intellectuelles. Panorama du droit positif français », in CAUSSE (H.) et SINKONDO (M.) (dir.), *Le concept d'investissement, Regards croisés des droits interne, international et communautaire*, Bruxelles : Bruylant, 2011, p. 131

TIROLE (J.), « Quelles finalités pour les propriétés intellectuelles ? », in FRISON-ROCHE (M.-A) et ABELLO (A.) (dir.), *Droit et économie de la Propriété Intellectuelle*, Coll. Droit et Economie, Paris : LGDJ, 2005, p. 3

VEDEL (G.), « Le droit économique existe-t-il ? », in *Mélanges offerts à Pierre VIGREUX*, t. 2, Toulouse : Université des sciences sociales, 1981, p. 767

VILBOIS (J.), « Historique de la loi du 11 mars 1957 », *RIDA* avr. 1958, n° 19, p. 29

VINCENT (J.), « Droits voisins du droit d'auteur. – Droits des producteurs de phonogrammes (CPI, art. L. 213-1) », *J.-Cl. PLA*, fasc. 1440, 2010

VIVANT (M.),

- « De la finalité sociale des droits de propriété intellectuelle », in VIVANT (M.) (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Coll. Les grands arrêts, 3^e éd., Paris : Dalloz, 2020, p. 3
- « Intelligence artificielle et propriété intellectuelle », *CCE* nov. 2018, Étude 18
- « Intellectual property rights and their functions : determining their legitimate "enclosure" », in ULLRICH (H.), DRAHOS (P.), et GHIDINI (G.) (dir.), *Kritika: Essays on intellectual property*, vol. 3, Edward Elgar Pub., 2018, p. 44
- « La propriété intellectuelle : nouvelles formes et nouveaux enjeux », *Sociétés politiques comparées*, mai-août 2018, n° 45, http://www.fasopo.org/sites/default/files/varia1_n45.pdf
- « La propriété intellectuelle : un objet à redécouvrir », in *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ? 30^e anniversaire de l'IRPI, actes du colloque de l'IRPI du 28 nov. 2012*, Coll. IRPI, t. 43, Paris : LexisNexis, 2014, p. 5
- « Droit d'auteur : le Paradis pour le boulon ? L'enfer pour le parfum ? », *RLDI* 2013/91, n° 3043
- « Objet juridique, objet social, réflexion sur la propriété intellectuelle », *PI* avr. 2012, n° 43, p. 269
- « Repenser la création en entreprise ? », in *Créations et inventions de salariés, Rompre avec les schémas reçus...*, Coll. IRPI, t. 35, Paris : Litec, 2010, p. 159
- « De la diffusion du "génie" à l'emballage cognitif. Ou sur un usage nouveau de la propriété intellectuelle », in LE DOLLEY (E.) (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, Coll. « Droit et économie », Paris : LGDJ, 2010, p. 207
- « Conclusion : l'intérêt général servi par une reconnaissance éclairée des droits de propriété intellectuelle », in BUYDENS (M.) et DUSOLLIER (S.) (dir.), *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle, actes du colloque des 21 et 22 avr. 2006 organisé par l'Université Libre de Bruxelles*, Bruxelles : Bruylant, 2008, p. 276

- « Droit et culture : brèves réflexions sur la propriété intellectuelle à l'épreuve de la mondialisation », in BRUGUIÈRE (J.-M.) (dir.), *Droit d'auteur et culture*, Coll. Thèmes & commentaires, Paris : Dalloz, 2007, p. 25
- « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *RIDE* 2006/4, p. 361
- « L'investissement, rien que l'investissement ! », *RLDI* 2005/3, n° 104
- « Propriété intellectuelle et nouvelles technologies, à la recherche d'un nouveau paradigme », in MICHAUD (Y.) (dir.), *Qu'est-ce que les technologies*, vol. 5, *Université de tous les savoirs*, Paris : Éditions Odile Jacob, 2001, p. 201
- « L'immatériel, nouvelle frontière pour un nouveau millénaire », *JCP G* 2000, I, 193
- « L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles », in *Mélanges Christian MOULY*, Paris : Litec, 1998, p. 441
- « Pour une épure de la propriété intellectuelle », in *Mélanges en l'honneur de André FRANÇON*, Paris : Dalloz, 1995, p. 415

VIVANT (M.) et LUCAS (A.), « Chronique du droit de l'informatique », *JCP E* 1988, II, 15093

VOGEL (L.), « L'économie, serviteur ou maître du droit ? », in *Mélanges en l'honneur d'André DECOCQ*, Paris : Litec, 2004, p. 605

WARUSFEL (B.),

- « Les dimensions sécuritaires du droit et leurs limites. Rapport conclusif », in FORLEN (A.), HOFFSTETTER (C.) (dir.), *La sécurité*, Coll. Droit & Science politique, Éditions mare & martin, 2017, p. 253
- « La propriété intellectuelle comme politique publique », in GEIGER (Ch.) et RODA (C.) (dir.), *Mélanges Johanna SCHMIDT-SZALEWSKI*, Coll. CEIPI, t. 61, Paris : LexisNexis, 2014, p. 391

ZENATI (F.), « L'immatériel et les choses », in *Le droit et l'immatériel*, Coll. APD, t. 43, Paris : Sirey, 1999, p. 79

ZOLLINGER (A.),

- « Droit d'auteur et liberté d'expression. Comment procéder à la balance des intérêts *in concreto* ? », *CCE* avr. 2017, Étude 7
- « Propriété littéraire et artistique et droits fondamentaux », *J.-Cl. PLA*, fasc. 1970, 2019

D. Rapports et publications en ligne

BENABOU (V.-L.) et LANGROGNET (F.), *Rapport de la mission du CSPLA sur les « œuvres transformatives »*, 2014,
https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiWrIX6vZPuAhXM4IUkHTE_Ca8QFjABegQIARAC&url=https%3A%2F%2Fwww.culture.gouv.fr%2Fcontent%2Fdownload%2F107727%2F1258065&usg=AOvVaw2MZiFMpI8-XWZhjfusXz3-

BENABOU (V.-L.) et MARTIN (J.) (dir.), HENRARD (O.) (Rapporteur), *Le régime juridique des œuvres multimédia : Droits des auteurs et sécurité juridique des investisseurs*, Rapport du CSPLA, Commission sur les aspects juridiques des œuvres multimédias, 2005, <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/064000008.pdf>

BENSAMOUN (A.), FARCHY (J.) et SCHIRA (P.-F.) (dir.), *Rapport final sur la mission « Intelligence et culture » du CSPLA*, 27 janv. 2020, <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjMp9PDg9vxAhX4A2MBHW70BXcQFjAAegQIBxAD&url=https%3A%2F%2Fwww.culture.gouv.fr%2Fcontent%2Fdownload%2F263327%2Ffile%2FSynth%25C3%25A8se%2520Rapport%2520CSPLA%2520Intelligence%2520artificielle.pdf%3FinLanguage%3Dfre-FR&usg=AOvVaw1JUbsPuulLB3KYX4FfilGM>

BESSY (Ch.), « Réformer la propriété intellectuelle pour mieux réguler les marchés », *Revue d'économie industrielle* 116, 4^e trim. 2006, mis en ligne le 05 déc. 2007, consulté le 19 avr. 2019, http://journals.openedition.org/rei/501_N°26

COHEN (D.), « La propriété intellectuelle, c'est le vol », *Le Monde*, 7 avr. 2001, https://www.lemonde.fr/une-abonnes/article/2001/04/07/la-propriete-intellectuelle-c-est-le-vol_170287_3207.html

DE CASTRIES (H.) et MOLFESSI (N.) (dir.), *Rapport Sécurité juridique et initiative économique*, le club des juristes, Paris : Éditions mare & martin, 2015

FRANCESCHINI (L.), *Rapport sur l'objet et le champ d'application du droit voisin des éditeurs de publication de presse*, Ministère de la culture, présenté au CSPLA le 13 févr. 2018, janv. 2008, <file:///C:/Users/PCFRAN~1/AppData/Local/Temp/Rapport%20droit%20voisin%20des%20C3%A9diteurs%20de%20presse%20vdef.pdf>

FRANCESCHINI (L.), assistée de BONNAUD-LE ROUX (S.), *Rapport de la mission de réflexion sur la création d'un droit voisin pour les éditeurs de presse*, Ministère de la culture et de la communication, juill. 2016, file:///C:/Users/PCFRAN~1/AppData/Local/Temp/20160912_MCC-Rapport-Laurence-Franceschini.pdf

GAUDRAT (Ph.) et MASSÉ (G.), *La titularité des droits sur les œuvres réalisées dans les liens d'un engagement de création*, Rapport à Madame la Ministre de la Culture, Madame la Ministre de la Justice et Monsieur le Secrétaire d'Etat à l'Industrie, 2000, synthèse du rapport disponible sur : https://cours.unjf.fr/file.php/133/Cours/D122_amblard/res/Rapport%20Gaudrat%20Masse.pdf

GILLES (D.) et LABAYLE (S.), « L'irrédentisme des valeurs dans le droit: la quête du fondement axiologique », in FORTIER (V.) et LEBEL-GRENIER (S.) (dir.) *Les sentiments et le droit*, Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke, 2012, p. 310 (https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_42/42-1-2-Gilles-Labayle- TDP.pdf)

GURRY (F.), « Propriété intellectuelle, innovation, accès et COVID-19 », *OMPI Magazine* juin 2020, https://www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2020/02/article_0002.html

HADAS-LEBEL (R.), *Rapport au Ministre de la Culture et de la Communication, Mission sur la mise en œuvre du droit d'auteur dans le cadre du statut de salarié de droit privé*, déc. 2002, <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/024000625.pdf>.

LÉVY (M.) et JOUYET (J.-P.), *L'économie de l'immatériel, la croissance de demain*, Rapport au ministre de l'Économie, Rapport de la commission sur l'économie de l'immatériel, La documentation française, 2006, <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/064000880.pdf>

MOURY (J.), avant-propos, « Le risque », in *Rapport de la Cour de cassation*, 2011, https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/Rapport_CourCassation_2011.pdf

RACINE (B.), *L'auteur et l'acte de création*, janv. 2020, <https://www.culture.gouv.fr/Espace-documentation/Rapports/L-auteur-et-l-acte-de-creation>

SÉNÉCAT (A.), « Covid-19 : faut-il libérer les brevets des vaccins pour en produire plus ? », *Le Monde*, 9 févr. 2021, https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2021/02/09/covid-19-faut-il-liberer-les-brevets-des-vaccins-pour-en-produire-plus_6069314_4355770.html

SIRINELLI (P.) et DORMONT (S.), *Le contrat de commande, Rapport de mission*, présenté en réunion plénière du CSPLA le 15 déc. 2020, <https://www.culture.gouv.fr/Sites-thematiques/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Travaux/Missions/Mission-du-CSPLA-sur-le-contrat-de-commande>

Appel à contribution du 4^e colloque des JUSPI, « Le Code de la propriété intellectuelle en 10 articles », organisé sous la direction de FAVREAU (A.), le 4 mars 2021, <https://lesjuspi.wordpress.com/evenements/colloque-2021/> (actes du colloque à paraître)

Conseil d'État, *L'intérêt général, Rapport public 1999*, Coll. Études et documents, t. 50, Paris : La documentation française, 1999, 449 p.

Conseil d'État, *La sécurité juridique, Rapport public 1991*, EDCE, n° 43, Paris : La Documentation française, 1991

Rapport au Président de la République relatif à l'Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 févr. 2016, Texte n° 25, <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000032004539>

E. Jurisprudence

1) Jurisprudence européenne

CJUE :

CJUE, 12 sept. 2019, C-683/17, Cofemel – Sociedade de Vestuário contre G-STAR Raw CV : D. 2020, p.1588, n° 4, obs. GALLOUX (J.-C.) et KAMINA (P.) ; *RTD eur.* 2019, p. 930, obs. TREPPOZ (E.) ; *RTD com.* 2020, p. 54, obs. POLLAUD-DULIAN (F.) ; *JCP G* 2020, Chron. 360, n° 43, p. 603, obs. BINCTIN (N.) ; *JCP E* 2019, 1590, obs. PORTRON (A.) ; *Europe*,

nov. 2019, Comm. 449, obs. PERALDI-LENEUF (F.) ; *CCE* nov. 2019, Comm. 65, note CARON (Ch.), et 2020, Chron. 9, n° 1, obs. KAHN (A.-E.) ; *Prop. Ind.* nov. 2019, Chron. 10, n° 9, p. 24, obs. GREFFE (P.) ; *LEPI* nov. 2019, p. 2, obs. KAHN (A.-E.) ; *RLDI* 2019/163, n° 5571, obs. COSTES (L.) ; *PI* 2020, n° 74, p. 37, obs. BRUGUIÈRE (J.-M.)

CJUE, 1^{er} mars 2012, C-604/10, *Football Dataco* : *D.* 2012, p. 2836, obs. SIRINELLI (P.) ; *Europe* 2012, Comm. 2019 note IDOT (L.) ; *CCE* 2012, Comm. 47, note CARON (Ch.) ; *Prop. Ind.* juin 2012, Repère 6, obs. LE STANC (Ch.), et Comm. 75 note LARRIEU (J.) ; *Gaz. Pal.* 2012, jur. p. 2241, note MARINO (L.) ; *PI* 2012, n° 45, p. 421 note BENABOU (V.-L.) ; *RLDI* 2012/81, n° 2710 obs. TREZEGUET (M.), et 2012/82, n° 2733, obs. CASTETS-RENARD (C.) ; *RIDA* avr. 2012 ; n° 232, p. 336, note SIRINELLI (P.)

CJUE, 1^{er} déc. 2011, C-145/10, *Painer* : *D.* 2012. 471, obs. MARTIAL-BRAZ (N.) ; *RTD com.* 2012, p. 109, et p. 120 note POLLAUD-DULIAN (F.) ; *Légipresse*, n° 292, p. 161, note ANTIPPAS (J.) ; *JCP G* 2012, doct. 978, obs. CARON (Ch.) ; *Dr. et patr.* 2012, n° 218, p. 84, obs. VELARDOCCIO (D.) ; *CCE* mars 2012, Comm. 26, note CARON (Ch.) ; *PI* 2012, n° 42, p. 30, note LUCAS (A.) ; *RLDI* 2012/78, n° 2589 obs. COSTES (L.), et 2012/80, n° 2663 obs. DAHAN (V.) et BOUFFIER (Ch.) ; *RIDA* avr. 2012, n° 232, p. 324, note SIRINELLI (P.)

CJUE, 22 sept. 2011, C-323-09, *Interflora* : *D.* 2011, p. 2332, obs. MANARA (C.), et 2012, p. 1362, obs. DURRANDE (S.) ; *RTD com.* 2012, p. 103, note AZÉMA (J.) ; *JCP E* 2011, Chron. 1818, n° 13 obs. CARON (Ch.) et 2012, Comm. 1058, note BOURGEOIS (M.), et Chron. 1174, n° 15 obs. VIVANT (M.) et MALLET-POUJOL (N.) ; *Europe* 2011, Comm. 432, note IDOT (L.) ; *Gaz. Pal.* 2012, jur. p. 422 note MARINO (L.), et 2013, p. 3331, note MARINO (L.) ; *LEPI* nov. 2011 p. 6, obs. CLAVIER (J.-P.) ; *PI* 2012, n° 42, p. 63, note BONET (G.) ; *RLDI* 2011/76, n° 2497 obs. WERY (E.) et BRETEAU (L.), et n° 2509 obs. COSTES (L.)

CJUE, 21 oct. 2010, C-467/08, *Padawan SL* : *D.* 2010, p. 2646, obs. DALEAU (J.), et 2011, p. 2164, obs. SIRINELLI (P.) ; *RTD com.* 2010, p. 710, obs. POLLAUD-DULIAN (F.) ; *JCP G* 2010, 1256, note MARINO (L.) ; *Europe* déc. 2010, Comm. 434, note IDOT (L.) ; *CCE* janv. 2011, Étude 1 note BINCTIN (N.), et Comm. 2, note CARON (Ch.) ; *Gaz. Pal.* 2011, jur. p. 450, note MARINO (L.), et p. 309 note SOULEZ (M.) et TELLIER-LONIEWSKI (L.) ; *LEPI* déc. 2010, p. 1, obs. LUCAS (A.) ; *RLDI* 2010/66, n° 2158, note BOUCHET-LE MAPPIAN (E.)

CJUE, 23 mars 2010, C-236/08, *Google France et Google Inc. c/ Louis Vuitton Malletier* : *D.* 2010, p. 885, obs. MANARA (C.), et p. 1971, obs. TREFIGNY (P.), et 2011, p. 908, chron. DURRANDE (S.) ; *RTD eur.* 2010, p. 952, obs. TREPPOZ (E.) ; *JCP G* 2010, 642, note MARINO (L.) ; *CCE* 2010, Comm. 70, obs. CARON (Ch.) ; *CCE* 2010, Étude 12, obs. BONET (G.) ; *Prop. Ind.* mai 2010, Comm. 31, obs. TREFIGNY (P.) ; *Gaz. Pal.* 2010, jur. p. 1090, note BRUNOT (V.), et p. 2113 obs. LE GOFFIC (C.), et p. 2269, obs. NICOLELLA (M.) ; *RLDI* 2010/60, n° 1980, note GRYNBAUM (L.), et 2010/61, n° 1999, note CASTETS-RENARD (C.)

CJUE, 23 mars 2010, C-237/08, *Google France c/ Viaticum et Luteciel* : *D.* 2010, p. 885, obs. MANARA (C.), et p. 1971, obs. TREFIGNY (P.), et 2011, p. 908, chron. DURRANDE (S.) ; *RTD eur.* 2010, p. 952, obs. TREPPOZ (E.) ; *JCP G* 2010, 642, note MARINO (L.) ; *CCE* 2010, Comm. 70, obs. CARON (Ch.) ; *CCE* 2010, Étude 12, obs. BONET (G.) ; *Gaz. Pal.* 2010, jur. p. 1090, note BRUNOT (V.), et p. 2113 obs.

LE GOFFIC (C.), et p. 2269, obs. NICOLELLA (M.) ; *RLDI* 2010/60, n° 1980, note GRYNBAUM (L.), et 2010/61, n° 1999, note CASTETS-RENARD (C.)

CJUE, 23 mars 2010, C-238/08, *Google France c/ CNRRH et autres* : D. 2010, p. 885, obs. MANARA (C.), et p. 1971, obs. TREFIGNY (P.), et 2011, p. 908, chron. DURRANDE (S.) ; *RTD eur.* 2010, p. 952, obs. TREPPOZ (E.) ; *JCP G* 2010, 642, note MARINO (L.) ; *CCE* 2010, Comm. 70, obs. CARON (Ch.) ; *CCE* 2010, Étude 12, obs. BONET (G.) ; *Prop. Ind.* mai 2010, Comm. 31, obs. TREFIGNY (P.) ; *Gaz. Pal.* 2010, jur. p. 1090, note BRUNOT (V.), et p. 2113 obs. LE GOFFIC (C.), et p. 2269, obs. NICOLELLA (M.) ; *RLDI* 2010/60, n° 1980, note GRYNBAUM (L.), et 2010/61, n° 1999, note CASTETS-RENARD (C.)

CJUE, 16 juill. 2009, C-5/08, *Infopaq* : D. 2011, 2164, obs. SIRINELLI (P.) ; *RTD eur.* 2010, 939, chron. obs. TREPPOZ (E.) ; *RTD com.* 2009, p. 715, obs. POLLAUD-DULIAN (F.) et obs. p. 715 ; *JCP G* 2009, 272, note MARINO (L.) ; *Europe* 2009, Comm. 376, note IDOT (L.) ; *CCE* nov. 2009, Comm. 97, note CARON (Ch.) ; *Dr. et patr.* oct. 2009, n° 185, p. 106 obs. VELARDOCCHIO (V.) ; *PI* 2009, n° 33, p. 378, obs. BENABOU (V.-L.)

CJCE, 18 juin 2009, C-487-07, *L'Oréal* : JCP G 2009, 180, note MARINO (L.) ; *JCP E* 2009, 2143, obs. CARON (Ch.) ; *Europe* 2009, Comm. 330 note IDOT (L.) ; *Prop. Ind.* 2009, Comm. 51, obs. FOLLIARD-MONGUIRAL (A.) ; *Dr. et patr.* oct. 2009, n° 185, p. 106 obs. VELARDOCCHIO (V.) ; *Gaz. Pal.* 2009, somm. p. 3984, obs. GREFFE (P.), et 2010, jur. p. 2269, obs. NICOLELLA (M.)

CJUE, 9 nov. 2004, C-203/02, *The British Horseracing Board Ltd e.a.* : D. 2005, p. 1495, obs. SIRINELLI (P.) ; *RTD com.* 2005, p. 90, obs. POLLAUD-DULIAN (F.) ; *Légipresse* 2005, n° 221, III, p. 85, note MALLET-POUJOL (N.) ; *JCP E* 2005, Chron. 963, n° 4, obs. VIVANT (M.), MALLET-POUJOL (N.) et BRUGUIÈRE (J.-M.), et 1216, n° 14, obs. SARDAIN (F.) ; *CCE* janv. 2005, Comm. 2, note CARON (Ch.) ; *Prop. Ind.* janv. 2005, Comm. 7, note KAMINA (P.) ; *Gaz. Pal.* 2005, doct. p. 2433, note. TELLIER-LONIEWSKI (L.) et MAURIELLO (P.) ; *PI* 2005, n° 14, p. 99, obs. LEMARCHAND (S.) et RAMBAUD (S.) ; *RLDI* 2005/3, n° 104, note VIVANT (M.) ; *RLDI* 2005/1, n° 9, obs. COSTES (L.) ; *RIDA* juill. 2005, n° 205, p. 381, obs. KEREVER (A.)

CJUE, 9 nov. 2004, C-444/02, *Fixtures Marketing Ltd c/ Organismos Pronostikon* : RTD com. 2005, p. 90, obs. POLLAUD-DULIAN (F.) ; *JCP E* 2005, Chron. 963, n° 4, obs. VIVANT (M.), MALLET-POUJOL (N.) et BRUGUIÈRE (J.-M.) ; *CCE* janv. 2005, Comm. 2, note CARON (Ch.) ; *Gaz. Pal.* 2005, doct. p. 2433, note. TELLIER-LONIEWSKI (L.) et MAURIELLO (P.) ; *PI* 2005, n° 14, p. 99, obs. LEMARCHAND (S.) et RAMBAUD (S.) ; *RLDI* 2005/3, n° 104, note VIVANT (M.)

CJUE, 9 nov. 2004, C-46/02, *Fixtures Marketing Ltd c/ Oy Veikkaus ab* : D. 2006, p. 190, obs. Centre de droit et d'économie du sport ; *RTD com.*, 2005, p. 90, obs. POLLAUD-DULIAN (F.) ; *JCP E* 2005, Chron. 963, n° 4, obs. VIVANT (M.), MALLET-POUJOL (N.) et BRUGUIÈRE (J.-M.) ; *CCE* janv. 2005, Comm. 2, note CARON (Ch.) ; *Gaz. Pal.* 2005, doct. p. 2433, note. TELLIER-LONIEWSKI (L.) et MAURIELLO (P.) ; *PI* 2005, n° 14, p. 99, obs. LEMARCHAND (S.) et RAMBAUD (S.) ; *RLDI* 2005/3, n° 104, note VIVANT (M.)

CJUE, 9 nov. 2004, C-338/02, *Fixtures Marketing Ltd c/ Svenska Spel ab* : RTD com., 2005, p. 90, obs. POLLAUD-DULIAN (F.) ; *JCP E* 2005, Chron. 963, n° 4, obs. VIVANT (M.), MALLET-POUJOL (N.) et BRUGUIÈRE (J.-M.) ; *CCE* janv. 2005, Comm. 2, note CARON (Ch.) ; *Gaz. Pal.* 2005, doct. p. 2433, note. TELLIER-LONIEWSKI (L.) et

MAURIELLO (P.) ; *PI* 2005, n° 14, p. 99, obs. LEMARCHAND (S.) et RAMBAUD (S.) ; *RLDI* 2005/3, n° 104, note VIVANT (M.)

CEDH :

CEDH, 29 janv. 2008, n° 19247/03, *Balan c/ Moldavie* : *RTD eur.* 2008, p. 405, obs. SCHMIDT-SZALESKI (J.) ; *RTD com.* 2008, p. 732, obs. POLLAUD-DULIAN (F.) ; *Légipresse* 2008, n° 250, III, p. 61, note LESUEUR (J.) ; *JCP G* 2008, I, 158, n° 1, obs. CARON (Ch.) ; *JCP E* 2008, 1934, note ZOLLIGER (A.) ; *CCE* 2008, Comm. 76, CARON (Ch.) ; *Dr. et patr.* oct. 2008, n° 174, p. 81, obs. VELARDOCCHIO (D.) ; *PI* 2008, n° 28, p. 338, obs. BRUGUIÈRE (J.-M.)

CEDH, 30 nov. 2004, n° 48939/99, *Oneryildiz c/Turquie* : *RTD civ.* 2005, p. 422, obs. REVET (Th.) ; *AJDA* 2005, p. 550, obs. REVET (Th.) ; *Europe* 2005, comm. 105 note DEFFAINS (N.)

CEDH, 18 juin 2002, n° 48939/99, *Oneryildiz c/Turquie* : *D.* 2002, somm. p. 2568, obs. BIRSAN (C.) ; *AJDA* 2002, p. 1281, obs. FLAUSS (J.-F.) ; *JCP G* 2002, I, 157, n° 63, obs. SUDRE (F.)

2) Jurisprudence interne

Conseil constitutionnel :

DC 27 juill. 2006, n° 2006-540 : *JO* 3 août 2006, p. 11541 ; *D.* 2006, p. 2157 note CASTETS-RENARD (C.) ; *RTD civ.* 2006, p. 791 note REVET (Th.) ; *Légipresse* sept. 2006, n° 234, I, p. 129, obs. THOUMYURE (L.) ; *JCP E* 2006, 2503, obs. CARON (Ch.) ; *CCE* 2006, Comm. 140, note CARON (Ch.) ; *LPA* 14 août 2006, n° 161, p. 4, obs. SCHOETTL (J.-E.) ; *Dr. et patr.* oct. 2006, n° 152, p. 102, note VELARDOCCHIO (D.) ; *PI* 2006, n° 20, doct. p. 240 note BENABOU (V.-L.) ; V° égal. VIVANT (M.), « Et donc la propriété littéraire et artistique est une propriété... », *PI avr.* 2007, n° 23, p. 193

Cour de cassation :

Cass. 1^{ère} civ., 22 juin 2017, n° 14-20.310 : *Bull. civ.* I, n° 152 ; *RTD com.* 2017, p. 885, obs. POLLAUD-DULIAN (F.) ; *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 597, note LECOURT (A.) ; *JCP G* 2017, 1282, note DECOCQ (G.) ; *JCP E* 2017, Chron. 1418, n° 8, obs. BALLOT-LÉNA (L.) et DECOCQ (G.) ; *CCE* sept. 2017, Repère 8, obs. CARON (Ch.) ; *CCC* 2017, Comm. 197, note MALAURIE-VIGNAL (M.) ; *LEPI* nov. 2017, n° 111a4, p. 5, obs. CHATRY (S.). V° égal. LE TOURNEAU (Ph.), « L'illustre Gaudissart était visionnaire ! De la nécessité de protéger les idées apportant un avantage concurrentiel, soit indirectement par le parasitisme, soit de préférence par un droit sui generis spécifique à créer », *CCE* oct. 2017, Étude 16

Cass. soc., 11 mai 2016, n° 14-26.507 : *Légifrance* ; *Légipresse* 1^{er} déc. 2016, n° 344, p. 687, obs. ALLEAUME (Ch.), et 1^{er} oct. 2016, n° 342, p. 558, obs. DERIEUX (E.), et GRAS (F.) ; *CCE* juill. 2016, Comm. 59, note CARON (Ch.) ; *PI* 2016, n° 60, p. 323, note BRUGUIÈRE (J.-M.).

Cass. com., 9 juin 2015, n° 14-11.242, *Sté Cora c/ Sté Auchan : Légifrance* ; D. 2015, pan. p. 2535, obs. PICOD (Y.), et p. 2526, obs. Centre dr. de la conc. Y. SERRA ; CCC 2015, Comm. 200, note MALAURIE-VIGNAL (M.) ; Prop. Ind. sept. 2015, Repère 8, obs. LE STANC (Ch.), et Chron. 9, obs. LARRIEU (J.)

Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 2015, n° 13-27.391, *Alix Malka c/ Peter Klasen* : Bull. civ. I, n° 116 ; D. 2015, p. 1094, obs. A. T, p. 1672, obs. BENSAMOUN (A.) et SIRINELLI (P.), et p. 2189, obs. GAUTIER (P.-Y.) ; RTD com. 2015, p. 509 et p. 515, obs. POLLAUD-DULIAN (F.) ; Juris art. etc. oct. 2016, n° 39, p. 28, note TREPPOZ (E.) ; Légipresse 2015, p. 474, note VARET (V.) ; JCP G 2015, 902, obs. GAUTIER (P.-Y.), et 967, obs. GEIGER (Ch.) ; CCE févr. 2016, Chron. 4, n° 2, obs. RANOUIL (M.), et juill. 2015, Comm. 55, note CARON (Ch.) ; Gaz. Pal. 2015, p. 3673 note MARINO (L.) ; LPA 18 janv. 2016, n° 12, p. 4, note DAVERAT (X.) ; LEPI juill. 2015, p. 1, obs. LUCAS (A.) ; PI 2015, n° 56, p. 281, note LUCAS (A.), et p. 285, note BRUGUIERE (J.-M.), et 2016, n° 58, p. 89, obs. VIVANT (M.) et GEIGER (Ch.) ; RLDI 2015/116, n° 3724, obs. COSTES (L.). V° égal. VIVANT (M.), « La balance des intérêts... Enfin », CCE oct. 2015, Étude 17 ; ZOLLINGER (A.), « Droit d'auteur et liberté d'expression. Comment procéder à la balance des intérêts in concreto ? », CCE avr. 2017, Étude 7 ; MARECHAL (C.), « Les exceptions au droit d'auteur sur les œuvres d'art », CCE oct. 2015, Étude 18

Cass. 1^{ère} civ., 15 janv. 2015, n° 13-23.566, *Orqual* : Bull. civ. I, n° 11 ; RTD com. 2015, p. 307, Comm. GAUDRAT (Ph.) ; Légipresse 1^{er} avr. 2015, n° 326, p. 223 note BINCTIN (N.) ; CCE 2015, Comm. 19, CARON (Ch.) ; Prop. Ind. 2015, comm. 25, BOUCHE (N.) ; Gaz. Pal. 2015, p. 479, note HUGON (Ch.) ; PI 2015, n° 55, p. 195, obs. BRUGUIERE (J.-M.), et p. 196, note LUCAS (A.), et n° 57, p. 452, obs. DE CANDE (P.) ; RLDI 2015/112, n° 3666 obs. COSTES (L.) ; RIDA janv. 2016, n° 247, p. 198, obs. SIRINELLI (P.)

Cass. soc., 7 janv. 2015, n° 13-20.224 : Légifrance ; D. 2015, p. 2214, obs. LARRIEU (J.), LE STANC (Ch.) et TREFIGNY (P.) ; JCP G 2015, Doctr. 484, n° 6, p. 795 obs. BINCTIN (N.) ; CCE 2015, Comm. 31, note CARON (Ch.) ; PI 2015, n° 55, p. 205, obs. BRUGUIERE (J.-M.) ; RLDI 2015/112, n° 3665, obs. COSTES (L.) ; RIDA janv. 2016, n° 247, p. 198, obs. SIRINELLI (P.)

Cass. 2^e civ., 30 janv. 2014, n° 12-24.145 : Bull. civ. II, n° 26 ; Juris art etc 2014, n° 11, p. 11, note BERBERIAN (J.) ; JCP E 2015, Chron. 1026, n° 16, p. 49 obs. ROBIN (A.) ; PI 2014, n° 51, p. 153, obs. BRUGUIÈRE (J.-M.) ; RLDI 2014/102, n° 3376, obs. COSTES (L.) ; RIDA avr. 2015, n° 244, p. 216, note SIRINELLI (P.)

Cass. 1^{ère} civ., 17 oct. 2012, n° 11-21.641, *Sté Codix c/ Sté Alix* : Légifrance ; RTD com. 2012, p. 768, obs. POLLAUD-DULIAN (F.) ; Gaz. Pal. 2013, p. 1049, note MARINO (L.) ; PI 2013, n° 46, p. 45 obs. LUCAS (A.), et p. 46 obs. BRUGUIÈRE (J.-M.) ; RLDI 2012/88, n° 2934 obs. CERVETTI (P.-D.), et n° 2937 obs. COSTES (L.)

Cass. com., 14 févr. 2012, n° 10-27.873, *Société DCM Friesland* : Légifrance

Cass. 1^{ère} civ., 22 mars 2012, n° 11-10.132 : Bull. civ. I, n° 70 ; D. 2012, p. 873, obs. DALEAU (J.), et p. 1246, note LATIL (A.), et 2842, obs. SIRINELLI (P.) ; RTD civ. 2012, p. 338, obs. REVET (Th.) ; RTD com. 2015, p. 321, obs. GAUDRAT (Ph.) ; Rev. sociétés 2012, p. 496, note BINCTIN (N.) ; CCE 2012, Comm. 61, note CARON (Ch.) ; JCP E 2013, 1060, n° 2, obs. LAPORTE-LEGEAIS (M.-E.) ; LPA 29 janv. 2013, n° 21, p. 12, obs. DAVERAT (X.) ; PI 2012, n° 44, p. 329, obs. BRUGUIERE (J.-M.), et n° 45, p. 455, obs.

DE CANDE (P.) ; *RLDI* 2012/82, n° 2737 obs. TRÉZÉGUET (M.), et 2012/83, n° 2769 obs. LANCRENON (Th.)

Cass. 1^{ère} civ., 22 sept. 2011, n° 09-71.337 : *Légifrance* ; *JCP E* 2012, Chron. 1461, n° 1, obs. SARDAIN (F.)

Cass. 1^{ère} civ., 12 mai 2011, n° 10-17.852, *Vente privée.com.* : *Légifrance* ; *RTD com.* 2011, p. 542, obs. POLLAUD-DULIAN (F.) ; *JCP E* 2011, Doctr. 977, n° 3 obs. CARON (Ch.) ; *CCE* 2011, Comm. 84, obs. CARON (Ch.) ; *PI* 2011, n° 40, p. 286, obs. LUCAS (A.), BENABOU (V.-L.) et BRUGUIÈRE (J.-M.) ; *Prop. Ind.* 2011, Comm. 76 obs. LARRIEU (J.) ; *RLDI* 2011/74, n° 2448, obs. COSTES (L.)

Cass. 1^{ère} civ., 13 nov. 2008, n° 06-19.021, *Paradis* : *Bull. civ.* I, n° 258 ; *D.* 2009, p. 266, note TREPPOZ (E.), et p. 263, note EDELMAN (B.), et 2008, p. 2933, obs. DALEAU (J.) ; *RTD com.* 2009, p.121, obs. POLLAUD-DULIAN (F.) ; *Jurisart* mars 2015, n° 22, p. 25, obs. PIERRAT (E.) et LEMARCHAND (C.) ; *JCP G* 2008, II, 10 204, note LOISEAU (G.) ; *CCE* 2009, Comm. 1, note CARON (Ch.), et Étude 20, obs. CAUVIN (M.) ; *Dr. et patr.* oct. 2009, n° 185, jur., p. 115, obs. VELARDOCCHIO (V.) ; *PI* 2009, n° 31, p. 157, obs. BRUGUIÈRE (J.-M.) ; *RLDI* 2009/45, n° 1473, note GALEN (D.), et 2009/47, n° 1534, note WALRAVENS (N.), et 2009/48, n° 1564, note TRICOIRE (E.) ; *RIDA* 2009, n° 219, p. 194, chron. SIRINELLI (P.)

Cass. 1^{ère} civ., 21 nov. 2006, n° 05-14.850 : *Bull. civ.* I, n° 507 ; *D.* 2007, p. 26, obs. DALEAU (J.) ; *RTD com.*, p. 89, obs. POLLAUD-DULIAN (F.) ; *Légipresse* 2007, II, p. 187, obs. ALLEAUME (Ch.) ; *JCP G* 2006, IV, 3486 et I, 101 obs. CARON (Ch.) ; *CCE* 2007, Comm. 2, note CARON (Ch.) ; *PI* 2007, n° 22, p. 77, obs. LUCAS (A.) et BRUGUIÈRE (J.-M.) et p. 97, note LUCAS (A.) ; *RLDI* 2006/22, n° 684, obs. COSTES (L.) et AUROUX (J.-B.), et 2007/24, n° 761 note MARINO (L.) ; *RIDA* janv. 2007, n° 211, p. 339 et 281, obs. SIRINELLI (P.)

Cass. 1^{ère} civ., 13 juin 2006, n° 02-44.718 : *Bull. civ.* I, n° 307 ; *D.* 2006, p. 2470, note EDELMAN (B.), et p. 2991, obs. SIRINELLI (P.) ; *RTD com.* 2006, p. 587, obs. POLLAUD-DULIAN (F.) ; *JCP G* 2006, I, 162, n° 5, obs. CARON (Ch.), et II, 10138, note POLLAUD-DULIAN (F.) ; *CCE* 2006, Comm. 119, note CARON (Ch.) ; *Prop. Ind.* 2006, Comm. 82, note SCHMIDT-SZALEWSKI (J.) ; *Gaz. Pal.* 2006, jur. p. 2555, note LESUEUR (J.), et p. 3315, note TELLIER-LONIEWSKI (L.) et MAURIELLO (P.) ; *PI* 2006, n° 21, p. 442, obs. LUCAS (A.), et n° 24, p. 367, obs. VIVANT (M.) ; *RLDI* 2006/18, n° 522, note HUMBLLOT (B.) ; *RIDA* avr. 2006, n° 208, p. 209, note KEREVER (A.), et oct. 2006, n° 210, p. 207, obs. SIRINELLI (P.) ;

Cass. 1^{ère} civ., 28 févr. 2006, n° 05-15.824, *Mullholland Drive* : *Bull. civ.* I, n° 126 ; *D.* 2006, p. 2991, obs. SIRINELLI (P.), et p. 784, obs. DALLEAU (J.) ; *RTD com.* 2006, p. 386 et p. 400, obs. GAUDRAT (Ph.) ; *RTD com.* 2006, p. 370, obs. POLLAUD-DULIAN (F.) ; *Légipresse* 2006, n° 231, III, p. 71, note BENABOU (V.-L.) ; *JCP G* 2006, II, 10084, note LUCAS (A.) ; *CCE* 2006, comm. 56, note CARON (Ch.) ; *Gaz. Pal.* 2006, somm., p. 1400, note BOURGEOIS (M.) et TELLIER-LONIEWSKI (L.), et p. 2081, note BERLAND (S.) et KNAFOU (F.) ; *LPA* 2 août 2006, n° 153, p. 20, note CASTETS-RENARD (C.) ; *PI* 2006, n° 19, p. 179, obs. LUCAS (A.) ; *RLDI* 2006/15, n° 431, note MELISON (D.), et n° 454, comm. GEIGER (Ch.)

Cass. com. 26 mai 2004, n° 03-10.399 : *Légifrance* ; *JCP E* 2004, 1739, n° 2, obs. CARON (Ch.)

Cass. 1^{ère} civ., 16 mars 2004 n° 99-12.015 : *Bull. civ. I*, n° 89 ; *JCP E* 2004, Pan. 759 ; *PI* 2004, n° 11, p. 636, note SIRINELLI (P.) ; *RIDA* juill. 2004, n° 201, p. 255 obs. KEREVER (A.)

Cass. com. 22 oct. 2002, n° 00-14.849, SA Go Sport / SA Decathlon : *Bull. civ. IV*, n° 149 ; *D.* 2002, p. 3142, obs. CHEVRIER (E.), et 2003, p. 1031, obs. SERRA (Y.) ; *JCP G* 2003, II, 10038, note MAINGUY (D.) ; *JCP E* 2003, 493, note MAINGUY (D.) ; *CCC* janv. 2003, Comm. 6 obs. MALAURIE-VIGNAL (M.) ; *PI* 2003, n° 6, p. 85, obs. PASSA (J.)

Cass. com., 21 nov. 2000, n° 98-11.900, Raynaud : *Bull. civ. IV*, n° 179 ; *D.* 2002, p. 1188, obs. RAYNARD (J.) ; *RTD com.* 2001, p. 87, obs. GALLOUX (J.-Ch.) ; *JCP G* 2001, II, 10463, note GALLOUX (J.-Ch.) ; *Prop. Ind.*, 2002, Comm. 28, obs. RAYNARD (J.) ; *RDPI* 1^{er} mai 2004, n° 159, p. 29, obs. MARTIN (J.-P.)

Cass. 1^{ère} civ., 24 oct. 2000, n° 97-19.032 : *Bull. civ. I*, n° 267 ; *RJDA* 2001, p. 374, obs. LE PÉCHON-JOUBERT (F.) ; *CCE* déc. 2000, Comm. 123 note CARON (Ch.)

Cass. 1^{ère} civ. 8 déc. 1993, n° 91-20.170 : *Bull. civ. I*, n° 361

Cass. 1^{er} civ. 27 oct. 1993, n° 91-16.394 : *Légifrance* ; *RIDA* janv. 1994, n° 159, p. 314 obs. KEREVER (A.)

Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1993, n° 91-11.241, Perrier : *Bull. civ. I*, n° 284 ; *D.* 1994, p. 166, note GAUTIER (P.-Y.) ; *RTD com.* 1994, p. 272 obs. FRANÇON (A.) ; *Légipresse*, avr. 1994, n° 110, III, p. 31, note ANDRIEU (E.) ; *LPA* 8 avr. 1994, n° 42, p. 15 note HASSLER (Th.) ; *RIDA* avr. 1994, n° 160, p. 210

Cass. 1^{ère} civ., 24 mars 1993, n° 91-16.543, Aréo : *Bull. civ. I*, n° 126 ; *RTD com.* 1995, p. 418, obs. FRANÇON (A.), et 2011, p. 45 obs. POLLAUD-DULIAN (F.) ; *JCP G* 1993, II, 22085, note GREFFE (F.) ; *RIDA* 1993, n° 158, p. 91, obs. KÉREVER (A.)

Cass. 1^{ère} civ., 27 janv. 1993, n° 91-11.485 : *Légifrance*

Cass. 1^{ère} civ., 16 déc. 1992, n° 91-11.480, Norten : *Bull. civ. I*, n° 315 ; *JCP E* 1993, I, 246, n° 4, obs. VIVANT (M.) et LUCAS (A.) ; *RDPI* 1993, n° 50, p. 48 ; *RIDA* avr. 1993, n° 156, p. 193, note SIRINELLI (P.)

Cass. 1^{ère} civ., 15 nov. 1989, n° 88-13.441 : *Légifrance* ; *JCP* 1990, I, 3433, n° 29, obs. EDELMAN (B.)

Cass. 1^{ère} civ. 7 mars 1989, n° 87-14.574 : *Bull. civ. I*, n° 115

Cass. 1^{ère} civ. 27 mai 1986, n° 84-14.154 : *Bull. civ. I*, n° 144 ; *D.* 1987, somm. p. 154, obs. COLOMBET (Cl.), et jur. p. 209, note GAUTIER (P.-Y.)

Cass. ass. plén., 7 mars 1986, n° 83-10.477, Pachot : *Bull. Ass. plén.* n° 3 ; *D.* 1986, p. 406, concl. CABANNES (J.), note EDELMAN (B.) ; *RTD com.* 1986, p. 399, obs. FRANÇON (A.) ; *JCP G* 1986, II, 20631, note MOUSSERON (J.-M.), TEYSSIE (B.) et VIVANT (M.) ; *JCP E* 1986, II, 14713 obs. MOUSSERON (J.-M.) ; *RDPI* oct. 1986, n° 3, p. 203, rapp. JONQUERES (J.) ; *RIDA*, juill. 1986, n° 139 p. 134, note LUCAS (A.)

Cass. com., 6 déc. 1984, n° 82-16.828 : *Bull. civ. IV*, n° 335 ; *D.* 1987. somm. p. 42, obs. BURST (J.-J.), et 1988. somm. p. 212, obs. SERRA (Y.)

Cass. com., 15 juin 1983, n° 81-15.936 : *Bull. civ.* IV, n° 174 ; *Gaz. Pal.* 1984, 1, somm. p. 28, note DUPICHOT (J.)

Cour d'appel :

Paris, 22 avr. 2005, RG n° 04/14933 : *D.* 2005, p. 1573, note CASTETS-RENARD (C.) ; *RTD com.* 2006, p. 102, obs. POLLAUD-DULIAN (F.) ; *Légipresse* 2005, n° 227, III, p. 233, note VIVANT (M.) et VERCKEN (G.) ; *JCP G* 2005, II, 10126, note GEIGER (Ch.) ; *CCE* juin 2005, Comm. 98, note CARON (Ch.), et juill. 2005, Étude 26, note GOLDSMITH (F.) ; *Gaz. Pal.* 2006, somm. p. 580, note BOURGEOIS (M.) et TELLIER-LONIEWSKI (L.) ; *RLDI* 2005/5, n° 135, note MELISON (D.) ; *RLDI* 2005/5, n° 138, note COSTES (L.) ; *PI* 2005, n° 16, p. 340, obs. LUCAS (A.) et SIRINELLI (P.)

Paris, 18 oct. 2000, Léo : *PIBD* 2001 713, III, 51 ; *D.* 2001, p. 850, note PASSA (J.), et p. 1226, obs. LE TOURNEAU (Ph.) ; *CCE* 2001, Comm. 113, note LE STANC (Ch.) ; *Cah. Dr. Entr.* 2001, n° 2, p. 39, obs. n° 27 MAINGUY (D.)

Paris, 20 avr. 1989, RG n° 86-011861, Mortureux de Faudoas : *D.* 1989, IR p. 177 ; *RIDA* janv. 1990, n° 143, p. 317 obs. SIRINELLI (P.)

Paris, 18 mai 1989, RG n° 87-005510, Parfums Ungaro : *D.* 1990, p. 340, obs. CADIET (L.), et somm. p. 75, obs. SERRA (Y.) ; *JCP G* 1990, I, 3478, n° 3, obs. EDELMAN (B.) ; *JCP E* 1989, II, 15611, n° 3 obs. AZEMA (J.)

Juridictions de première instance :

TGI Seine, 28 juin 1954 : *JCP* 1955, II, 8692, note PLAISANT (R.) ; *RTD com.* 1955, p. 576, obs. DESBOIS (H.)

TGI Nanterre, 13 déc. 2000 : *CCE* févr. 2001, Comm. 13, note CARON (Ch.)

II. Sources extra-juridiques

(Économie-sociologie-histoire-gestion-communication)

A. Ouvrages

BECKER (H.S.), *Les mondes de l'art (1988)*, Coll. Champs arts, n° 648, Paris : Flammarion, 2010, 384 p.

BEITONE (A.), CAZORLA (A.), DOLLO (C.) et DRAI (A.-M.), *Dictionnaire de science économique*, 4^e éd., Paris : Armand COLIN, 2013, 523 p.

BENHAMOU (F.), *L'économie de la culture*, Coll. Repères, Paris : La découverte, 2017, 128 p.

BOUQUILLON (Ph.) et LE CORF (J.-B.), *Les industries créatives et l'économie créative dans les rapports officiels européens, Rapport pour le département des études, de la prospective et des statistiques du ministère de la Culture et de la Communication*, 2010, http://www.observatoire-omic.org/pdf/1110743245Bouquillion_LeyCorf_Icrea_Europe_rapport_OMIC_1.pdf

BOUQUILLON (Ph.), MIÈGE (B.), MOEGLIN (P.), *L'industrialisation des biens symboliques. Les industries créatives en regard des industries culturelles*, Coll. Communication, médias et sociétés, Grenoble : PU Grenoble, 2013, 256 p.

BOURDIEU (P.), *Les règles de l'art. Genèse et structure du champ littéraire*, Coll. Essais, Paris : Éditions Points, 1998, 567 p.

BOYER (K.), CHEVALIER (A.), LÉGER (J.-Y.) et SANNAJUST (A.), *Le crowdfunding*, Coll. Repères, Paris : La Découverte, 2016, 128 p.

BRAQUET (L.), *L'essentiel pour comprendre l'économie de marché*, Coll. Les carrés, Paris : Gualino, 2015, 144 p.

BUSSON (A.) et ÉVRARD (Y.), *Les industries culturelles et créatives, Économie et stratégie*, Coll. Référence Management, Paris : Vuibert, 2013, 240 p.

CASPAR (P.) et AFRIAT (Ch.), *L'investissement intellectuel : essai sur l'économie de l'immatériel*, CPE, Paris : Economica, 1988, 184 p.

CAVES (R. E.), *Creative Industries – Contracts between Art and Commerce*, Cambridge and London : Harvard University Press, 2000, 464 p.

CHANTEPIE (Ph.) et LE DIBERDER (A.), *Révolution numérique et industries culturelles*, Coll. Repères, Paris : La Découverte, 2010, 126 p.

CURIENT (N.) et MOREAU (F.), *L'industrie du disque*, Coll. Repères, Paris : La découverte, 2006, 128 p.

DEBIESSE (F.), *Le mécénat*, Coll. Que sais-je ?, n° 2331, Paris : PUF, 2007, 128 p.

DEBOCAGE (E.) et RIVAUD-DANSET (D.), *Le capital-risque*, Coll. Repères, Paris : La Découverte, 2006, 128 p.

DIDEROT (D.), *Lettre sur le commerce de la librairie : la propriété littéraire au XVIII^e siècle*, publiée pour la première fois par le comité de l'Association pour la défense de la propriété littéraire et artistique, avec une introduction par GUIFFREY (M. G.), Paris : Librairie de L. Hachette et Cie, 1861, 112 p.

FARCHY (J.), *Et pourtant ils tournent...*, Coll. Médias essais, Paris : INA, 2011, 152 p.

GALVEZ-BEHAR (G.), *La république des inventeurs. Propriété et organisation de l'innovation en France (1791-1922)*, Rennes : PU Rennes, 2008, 352 p.

GREFFE (X.),

- *L'artiste-entreprise*, Paris : Dalloz, 2012, 254 p.
- *Économie de la propriété artistique*, Paris : Economica, 2005, 209 p.
- *Arts et artistes au miroir de l'économie*, Paris : Economica, 2002, 316 p.

HEINICH (N.),

- *Des valeurs, Une approche sociologique*, Coll. Bibl. des sciences humaines, Paris : nrf Éditions Gallimard, 2017, 416 p.
- *La sociologie de l'art*, Coll. Repères, Paris : La Découverte, 2001, 123 p.

HERSANT (G.), *L'investissement intellectuel*, Thèse dactyl. (Sciences économiques), Université de Toulouse, 1968, 446 p.

JESSUA (C.), LABROUSSE (C.) et VITRY (D.) (dir.), *Dictionnaire des sciences économiques*, Coll. Grands dictionnaires, Paris : PUF, 2001, 1096 p.

KIRAT (Th.), *Économie du droit*, Coll. Repères, Paris : La découverte, 2012, 128 p.

KOEHL (J.), *Les choix d'investissement*, Coll. Les topos, Paris : DUNOD, 2003, 124 p.

LABOULAYE (E.) et GUIFFREY (G.), *La propriété littéraire au XVIII^e siècle, Recueils de pièce et de documents*, Paris : Librairie de L. Hachette et Cie, 1859, 629 p.

LAHIRE (B.), *La condition littéraire, la double vie des écrivains*, Coll. Textes à l'appui/laboratoire des sciences sociales, Paris : Éditions La Découverte, 2006, 624 p.

LAKEHAL (M.), *Le grand livre de l'économie contemporaine et des principaux faits de société*, Coll. Références, Paris : Eyrolles, 2012, 789 p.

LANDES (W. M.) et POSNER (R. A.), *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Cambridge : Harvard University Press, 2003, 448 p.

LÉVÊQUE (F.) et MÉNIÈRE (Y.), *Économie de la propriété intellectuelle*, Coll. Repères, Paris : La découverte, 2003, 128 p.

MACKAAY (E.), ROUSSEAU (S.), LAROUCHE (P.) et PARENT (A.), *Analyse économique du droit*, Coll. Méthodes du droit, 3^e éd., Paris : Dalloz, 2021, 906 p.

MENGER (P.-M.), *Portrait de l'artiste en travailleur. Métamorphoses du capitalisme*, Coll. La république des idées, Paris : Seuil, 2003, 96 p.

MOULIN (R.), *L'artiste, l'institution et le marché (1992)*, Coll. Champs art – Poche, n° 629, Paris : Flammarion, 2009, 437 p.

PARIS (Th.), *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, Coll. Sciences sociales et société, Paris : PUF, 2002, 232 p.

PFLIEGER (S.), *La culture à quel prix ?*, Coll. La France de demain, Paris : Ellipses, 2011, 192 p.

RICORDEAU (V.), *Crowdfunding. Le financement participatif bouscule l'économie pour libérer la créativité*, collection Stimulo, Limoges : fypéditions, 2013, 96 p.

SILEM (A.) et ALBERTINI (J.-M.), *Lexique d'économie*, Paris : Dalloz, 10^e éd., 2008, 788 p.

TIROLE (J.), *Économie du bien commun*, Paris : PUF, 2016, 550 p.

VALLET (G.), *Économie : les grandes notions*, optimum, Paris : Ellipses, 2016, 250 p.

VILLIEU (P.), *Macroéconomie, L'investissement*, Repères, Économie, Paris : La Découverte, 2007, 122 p.

B. Articles

BELLEFLAMME (P.), « L'économie de la propriété intellectuelle. Introduction et description du contenu », *Reflets et perspectives de la vie économique* 2006/4, t. XLV, p. 5

BENGHOZI (P.-J.) et PARIS (Th.), « Évolutions économiques et nouveaux modèles de protection de la propriété littéraire et artistique », *Réseaux*, 1998, vol. 16, n° 88-89, p. 11

BLOCH (A.) et ROBINET (Ph.), « Innover et entreprendre : l'outil réseau », in *Innovations, Cahiers d'économie de l'innovation*, « J.A. Schumpeter, Business Cycles et le capitalisme », Paris : L'Harmattan, 1996-2

DEFFAINS (B.), « L'économie comme instrument de la recherche juridique », in AGUILA (Y.), *Quelles perspectives pour la recherche juridique ?*, Coll. Droit et justice, Paris : PUF, 2007, p. 85, disponible en ligne, <https://www.cairn.info/quelles-perspectives-pour-la-recherche-juridique---page-85.htm>

DEFFAINS (B.) et FERREY (S.), « Théorie du droit et analyse économique », *Droits* 2007, n° 45, p. 223

EWALD (F.), « Le risque dans la société contemporaine », in MICHAUD (Y.) (Dir.), *Qu'est-ce que les technologies?*, vol. 5, Paris : éd. Odile Jacob, 2011, p. 573

FREIDSON (E.), « Pourquoi l'art ne peut pas être une profession », in *L'art de la recherche, Essai en l'honneur de Raymonde MOULIN*, Ministère de la Culture et de la Francophonie,

Direction de l'administration générale, Département des études et de la prospective, Paris : La Documentation Française, 1994, p. 119

LATOURNERIE (A.), « Petite histoire des batailles du droit d'auteur », *Association Multitudes*, « *Multitudes* » 2001/2, n° 5, p. 37

PAGE (A.), « L'investissement intellectuel », *Tiers-Monde* 1962, t. 3, n° 9-10, p. 27

PARIS (Th.), « Organisation, processus et structures de la création », *Culture prospective* 2007/5, p. 1

PIERRE (C.), « L'investissement intellectuel », *Revue d'économie industrielle* vol. 43, 1^{er} trim. 1988, p. 107

SAPIRO (G.) et GOBILLE (B.), « Propriétaires ou travailleurs intellectuels ? Les écrivains français en quête d'un statut », *Le mouvement social* 2006, n° 214, p. 113

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements	3
Table des abréviations	7
SOMMAIRE	11
INTRODUCTION.....	13
I. L’OBJET.....	16
A. Les univers de l’investissement et de la propriété intellectuelle	16
1) L’investissement : un univers risqué suscitant un besoin de protection juridique	16
2) La propriété intellectuelle : un univers juridique tourné vers la création intellectuelle	23
B. La rencontre des univers.....	31
1) La rencontre naturelle au carrefour de la création intellectuelle.....	31
2) La rencontre compliquée au stade de la traduction juridique	37
C. La délimitation formelle du champ d’étude	39
II. L’INTÉRÊT	42
A. Les problèmes.....	42
1) De l’expression d’un postulat à la formulation de la problématique générale	42
2) Des problématiques incidentes et conséquentes	43
B. Les enjeux.....	44
1) Les aspects théoriques et pratiques des enjeux	44
2) L’apport général.....	45
III. LA MÉTHODE	46
PREMIÈRE PARTIE - UNE PROTECTION DISCUTÉE	51
TITRE I – L’INCERTITUDE DE LA PROTECTION	55
Chapitre 1 – L’exclusion de la protection	57
Section 1 – La teneur de l’exclusion	57
I. Les manifestations.....	58
A. L’ignorance vis-à-vis de l’investissement.....	58
1) Le désintérêt à l’égard d’un processus économique.....	58

2) L'exercice d'intégration d'une réalité économique dans le champ juridique	60
B. L'existence de techniques juridiques alternatives	62
1) La protection par le secret et le contrat	62
2) La protection par la responsabilité civile	65
II. Les raisons	69
A. La vigueur d'un dogme tourné vers l'humanisme de l'acte créateur	69
1) Le dogme traditionnel : l'acte créateur au centre du fondement du système	69
2) L'attachement au dogme : le souci de continuité du fondement humaniste	71
B. La consistance suffisante du domaine public	74
Section 2 – L'exclusion à nuancer	76
I. Les indices d'une exclusion nuancée	77
A. La propriété littéraire et artistique, mode de protection d'un investissement intellectuel	77
1) La protection du droit d'auteur	77
2) La protection du droit voisin de l'artiste-interprète	79
B. La propriété industrielle, mode de protection d'un investissement économique	81
1) L'investissement à la source du système de propriété industrielle	81
2) La dimension commercialiste de la propriété industrielle	85
II. L'hypothèse de l'unité de la propriété intellectuelle autour de l'investissement	87
A. Les limites de la justification naturaliste	87
1) La non-exclusivité et l'insuffisance du fondement naturaliste	88
2) L'insuffisance du fondement traditionnel face aux évolutions des activités	90
B. L'affirmation progressive d'un nouveau paradigme : la protection de l'investissement	93
1) L'utilitarisme, porte d'entrée de la protection de l'investissement	93
2) L'investissement, fondement autonome de la propriété intellectuelle	94
Conclusion du Chapitre 1	99
Chapitre 2 – La révélation de la protection	101
Section 1 – L'approche objective de la protection	101
I. La déformation des conditions de protection	102
A. L'évolution du critère d'originalité en droit d'auteur	103

1) Des résultats d'investissement(s) aspirant à la protection du droit d'auteur	103
2) La réponse du droit par l'objectivation de l'originalité.....	105
B. L'évolution des conditions de brevetabilité et du champ de la protection .	109
1) De la protection d'une invention à celle d'une découverte.....	109
2) L'évolution des critères positifs de brevetabilité d'une invention	113
II. La consécration de nouveaux droits	116
A. De nouvelles catégories en propriété littéraire et artistique	117
1) Les droits voisins des producteurs	118
a. La genèse des droits voisins des producteurs	118
b. Les particularités des droits voisins vis-à-vis de l'investissement.....	120
2) Le droit sui generis du producteur de base de données.....	123
a. Une protection portant ouvertement sur des investissements.....	123
b. Une technique de dissuasion des atteintes au retour sur investissement	125
B. De nouvelles catégories de droits en propriété industrielle	128
1) La multiplication des régimes de protection et de prérogatives connexes.	128
2) L'exemple de la protection des topographies de produits semi-conducteurs	132
Section 2 – L'approche subjective de la protection	133
I. L'attribution dérivée de la titularité du droit à l'investisseur économique	135
A. L'attribution dérivée du droit d'auteur à l'investisseur économique	136
1) L'attribution dérivée par le simple effet du contrat.....	136
a. Le principe de l'exclusion des cessions implicites.....	137
b. Les exceptions : la reconnaissance légale de cessions implicites	141
2) L'attribution dérivée par l'effet de la loi : les cessions automatiques....	144
a. Le cas de l'œuvre logicielle	144
b. Les cas des œuvres créées par des fonctionnaires et des journalistes	145
B. L'attribution dérivée du droit au titre à l'investisseur économique en droit des brevets d'invention.....	148
II. L'attribution initiale de la titularité du droit à l'investisseur économique	152
A. L'attribution initiale du droit d'auteur à l'investisseur économique dans le régime de l'œuvre collective	153
B. L'attribution initiale du droit au brevet à l'investisseur économique dans le régime de l'invention de mission	158
Conclusion du Chapitre 2.....	163
CONCLUSION DU TITRE I.....	165

TITRE II – L’ADÉQUATION DE LA PROTECTION	167
Chapitre 1 – La technique privative de protection	169
Section 1 – Une technique de réservation	169
I. Le droit subjectif de propriété intellectuelle, mécanisme de protection de l’investissement.....	170
A. La définition du droit au regard de l’investissement.....	170
1) L’appréhension de l’investissement dans la définition du droit.....	171
2) La nature du droit protecteur de l’investissement	173
B. La composition du droit au regard de l’investissement.....	175
1) L’objet et le titulaire du droit protecteur de l’investissement	175
a. Le résultat d’investissement, objet du droit.....	176
b. L’investisseur, sujet du droit	179
2) Le contenu du droit protecteur de l’investissement.....	180
a. La teneur de la prérogative protectrice de l’investisseur	181
b. L’action en justice sanctionnant l’atteinte au droit protecteur	183
II. Le régime du droit corrélé à la protection de l’investissement	185
A. Des prérogatives limitées dans le temps en lien avec la protection de l’investissement.....	185
1) L’existence de droits limités dans le temps liée à la rentabilité	185
a. Des droits de propriété temporaires.....	186
b. Des droits temporaires aux justifications variées	187
2) Le mouvement d’allongement de la durée des droits.....	188
a. La recherche de la durée idéale	189
b. Les cas des droits aux durées illimitées	190
B. Des sanctions d’atteintes aux prérogatives en lien avec la protection de l’investissement.....	192
1) Les fonctions de l’action en contrefaçon dans la protection de l’investissement.....	193
2) Les modalités de la réparation liées à la protection du retour attendu ...	194
a. Vers une meilleure protection de l’investissement au travers du régime de la réparation	194
b. Les modes de fixation des dommages et intérêts transformés	196
Section 2 – Une technique de valorisation	199
I. Une technique de valorisation source du retour sur investissement.....	200
A. La fonction des droits patrimoniaux dans la valorisation	200
1) Les droits patrimoniaux, lien entre la réservation et la valorisation	200
a. L’acte d’exploitation générateur du retour sur investissement.....	201

b.	Les vertus des droits patrimoniaux d'exploitation	203
2)	Le test des trois étapes, illustration de la fonction des droits patrimoniaux dans la naissance du retour sur investissement	206
B.	Les modalités contractuelles de mise en œuvre des droits.....	210
1)	Le contrat, outil d'exercice des droits patrimoniaux d'exploitation	210
a.	L'économie du contrat tendant vers l'objectif de rentabilité.....	211
b.	Le contenu du contrat témoignant de l'objectif de rentabilité.....	212
2)	La variété des modes contractuels d'exploitation au service de la rentabilité.....	215
a.	Des figures contractuelles classiques	215
b.	Des exemples de contrats plus atypiques	216
II.	Une technique d'organisation des suites de l'exploitation.....	220
A.	Le bénéfice du retour sur investissement	221
1)	Les modalités du bénéfice des fruits de l'exploitation	221
2)	Les modalités du partage des bénéfices	223
B.	La charge du non-retour sur investissement.....	225
1)	La question de l'imputation de la charge du non-retour	225
a.	L'identification du non-retour sur investissement.....	225
b.	L'examen des solutions sécuritaires.....	226
2)	Les moyens d'imputation de la charge de non-retour	228
a.	La répartition de la charge du non-retour sur investissement au cours de l'exécution du contrat d'exploitation	228
b.	La répartition de la charge du non-retour sur investissement par l'exercice des mécanismes sanctionneurs	230
	Conclusion du Chapitre 1	233
	Chapitre 2 – La préférence pour la protection privative	235
	Section 1 – Les limites des fondements extra-privatifs.....	235
I.	L'insuffisance du recours à l'outil contractuel.....	236
A.	Une portée limitée	237
1)	L'effet relatif du contrat	237
2)	La modalité de déclenchement de l'opposabilité du droit subjectif personnel	238
B.	Des vertus limitées	241
1)	Un aspect curatif incertain.....	241
2)	Un aspect dissuasif faible	244
II.	L'insuffisance du recours au fondement délictuel	246
A.	L'incertitude insécuritaire de la mise en œuvre de l'action	246

1) Une protection ex-post	247
2) Une protection soumise à l'aléa judiciaire	248
B. L'impact de la technique sur la cohérence générale du droit	251
1) Une contradiction entre les sources et règles juridiques	251
2) Une protection trop extensive risquée	254
Section 2 – Les faveurs du fondement privatif	258
I. Les vertus recherchées du modèle propriétaire	259
A. Le mode de protection de l'investissement le plus complet.....	259
1) L'étendue avantageuse de l'exclusivité et du mode d'opposabilité	259
2) Une prévisibilité assurée de la protection de l'intérêt	261
B. La mise en œuvre plus aisée du régime de réservation et de gestion de la valorisation	262
1) Le bénéfice facilité de la protection en amont d'une éventuelle atteinte	262
2) La mise en œuvre plus automatique de la sanction en aval en cas d'atteinte.....	264
II. La sollicitation continue du modèle propriétaire.....	265
A. L'évolution des autres techniques vers le modèle privatif.....	266
1) L'existence d'aménagements légaux de transferts de droits	266
2) La consécration des protections prétoriennes en régimes légaux.....	268
B. Le soutien des sources du droit dans le projet d'une réservation privative des valeurs économiques	272
1) Le rôle de l'Union européenne et du lobbying.....	273
2) Les propositions doctrinales et politiques	275
Conclusion du Chapitre 2.....	281
CONCLUSION DU TITRE II	283
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	285
SECONDE PARTIE - UNE PROTECTION REPENSÉE	287
TITRE I – LA (RE)LEGITIMATION DE LA PROTECTION.....	291
Chapitre 1 – Une protection contestée	293
Section 1 - Une négation de la vocation à la protection liée à l'existence de conflits de philosophies.....	294
I. Une conception naturaliste dominante du droit de la propriété intellectuelle	294
A. Les difficultés de justification de la protection sur le fondement du droit naturel.....	295

B.	La protection plus favorable mais contestée sur les autres fondements.....	298
II.	Une vision romantique et mystique des activités de création	301
A.	Le développement d'un dogme personnaliste rejetant la protection de l'investissement.....	302
B.	La vigueur du dogme perturbatrice de la protection de l'investissement...	305
	Section 2 - Les objections traduites par une « crise de légitimité »	311
I.	Une absence de légitimité.....	312
A.	Une absence de légitimité de la protection objective	312
B.	Une absence de légitimité de la protection subjective	317
II.	Un manque ou une perte de légitimité	320
A.	L'existence du droit et son extension.....	320
B.	L'exercice instrumentalisé du droit.....	324
	Conclusion du Chapitre 1	327
	Chapitre 2 – Une protection justifiée	329
	Section 1 - Les arguments des discours extra-juridiques	329
I.	Les arguments de la sociologie	330
A.	La professionnalisation du créateur et l'industrialisation de la création	330
B.	L'attachement au progrès, à la diffusion et l'accès de ses objets	335
II.	Les arguments des sciences économiques.....	340
A.	L'intérêt de l'analyse économique du droit.....	341
B.	L'interprétation de l'analyse économique du droit.....	346
1)	La fonction incitative	346
2)	La fonction transactionnelle	351
	Section 2 - Les arguments des discours juridiques	354
I.	La justification illustrée au travers des valeurs sociales.....	354
A.	Les valeurs inspiratrices des fondements et finalités de la protection	354
1)	L'utilité du recours aux valeurs sociales	355
a.	La teneur de la référence aux valeurs sociales	355
i.	Le sens.....	355
ii.	Les définitions.....	357
b.	Des valeurs de différentes natures potentiellement conflictuelles	358
i.	Les termes du jugement de valeur sociale.....	358
ii.	La variété de natures confinant au conflit	359
2)	L'examen particulier des valeurs justifiant la protection	361
a.	L'exemple fondamental de la valeur « justice ».....	361

i.	La justice <i>distributive</i> appliquée à la protection de l'investissement	363
ii.	La justice <i>commutative</i> appliquée à la protection de l'investissement	368
b.	Les autres valeurs susceptibles de justifier la protection	371
i.	L'ordre et la sécurité	372
ii.	Le progrès	376
B.	La valeur conciliatrice de l'intérêt général appréhendé dans sa coloration économique	377
1)	L'intérêt du recours à une valeur supérieure conciliatrice	378
a.	Le dépassement des conflits	378
i.	Les termes des conflits à dépasser	378
ii.	Une piste de résolution des conflits	380
b.	La valeur d'intérêt général au cœur de la propriété intellectuelle	381
2)	L'hypothèse d'une protection justifiée par l'intérêt général conciliateur	384
II.	La justification illustrée au travers des disciplines juridiques auxiliaires	387
A.	La protection illustrée au travers du « droit économique »	387
1)	Les objets et la méthode du droit économique	387
a.	Les objets du droit économique	388
b.	L'analyse substantielle, méthode du droit économique	389
2)	Le « droit économique » de la propriété intellectuelle protecteur de l'investissement	390
a.	Le droit de la propriété intellectuelle, droit économique	390
b.	Un droit régulateur des pouvoirs économiques justifiant la protection	392
B.	La protection illustrée au travers des disciplines comparatistes	393
1)	La protection de l'investissement dans l'histoire de la propriété intellectuelle	394
a.	L'intérêt de l'étude historique de la protection	394
b.	L'évolution historique de la protection	396
i.	La genèse	396
ii.	Les principales évolutions	400
2)	La protection de l'investissement en copyright anglo-américain	404
a.	L'intérêt de l'analyse comparatiste	404
b.	Les illustrations de l'analyse comparatiste	407
i.	L'approche objective	407
ii.	L'approche subjective	410
	Conclusion du Chapitre 2	413

CONCLUSION DU TITRE I.....	415
TITRE II – LE CHOIX D’UNE PROTECTION	417
Chapitre 1 – La nécessité d’exercice d’un choix de protection.....	419
Section 1 – Les motifs d’exercice d’un choix	419
I. Les vices de l’absence de choix	420
A. L’existence d’incohérences dans le système juridique.....	420
1) Les manifestations des incohérences du système.....	420
a. Les incohérences du système analysées en théorie	421
i. La teneur des incohérences	421
ii. L’impact des incohérences du système en termes de lisibilité.....	427
b. Les incohérences examinées au travers des discours et sources de la propriété intellectuelle	431
i. Les incohérences dans les normes et les discours doctrinaux.....	431
ii. Les répercussions jurisprudentielles et factuelles	435
2) Les raisons de l’absence de choix génératrice des incohérences	439
a. Un manque de réflexion sur le sujet en tant que tel	439
i. Manque de volonté dans l’exercice d’un choix global.....	439
ii. Traduction par des politiques ponctuelles.....	441
b. Des inconvénients dans l’exercice effectif d’un choix.....	442
i. L’hypothèse de l’impossibilité.....	442
ii. L’hypothèse du manque d’opportunité	444
B. L’existence de déséquilibres entre les intérêts et dans leur traitement juridique	446
1) Les manifestations des déséquilibres	447
a. Des déséquilibres au stade du fait, motif d’une intervention juridique.....	448
i. La variété des catégories d’intérêts conflictuels	448
ii. Le besoin d’intervention juridique équilibrante dirigée par des choix politiques	451
b. La permanence des déséquilibres symptomatique de l’absence d’exercice de choix.....	452
i. Le paradoxe de la continuité des déséquilibres.....	452
ii. Des déséquilibres symptômes d’absence de choix de priorisation d’un intérêt et de finalité du système.....	454
2) Les raisons de l’absence de choix impactant l’équilibre.....	456
II. Les vertus de l’exercice d’un choix.....	457
A. Les enjeux de la garantie d’un système juridique cohérent	458
1) L’assurance d’une sécurité juridique.....	458

2) L'assurance subséquente d'une sécurité matérielle.....	460
B. Les enjeux de la garantie d'un équilibre entre les intérêts	462
1) L'assurance d'une justice dans la protection.....	462
2) L'assurance de l'utilité de la protection	465
Section 2 – Le processus d'exercice d'un choix	467
I. Les modalités d'exercice d'un choix de protection.....	468
A. Le choix, passage obligé de la part des décideurs publics	468
1) Les raisons d'un passage obligé	468
a. Les limites du caractère facultatif du choix.....	469
b. Les bienfaits du caractère obligatoire du choix.....	471
2) Les auteurs de l'exercice du choix	472
a. La compétence du législateur	472
b. L'appui collaboratif des autres acteurs.....	474
B. Les options d'un choix obligé	478
1) Décider de ne pas protéger	479
2) Décider de protéger	480
II. La méthode d'exercice du choix de protection	481
A. Le recours à l'outil téléologique.....	481
1) L'intérêt du recours à l'outil téléologique.....	481
a. Un outil incontournable	481
b. Un outil de garanties	482
2) Les conséquences de la mise en œuvre de l'outil téléologique.....	483
a. L'accord sur les finalités à organiser	484
b. La redéfinition des fondements adéquats	486
B. L'appréhension juridique de la réalité à traiter par des choix	487
1) La collecte et le tri des données	488
a. L'intérêt et les moyens de la collecte	488
b. Le tri méthodique des données pertinentes	489
2) La hiérarchisation des intérêts.....	490
a. La priorisation de l'intérêt de l'investisseur jugé le plus légitime	490
b. L'aménagement des intérêts alternatifs jugés secondaires.....	492
Conclusion du Chapitre 1	493
Chapitre 2 – La traduction juridique du choix de protection	495
Section 1 - Les aspects substantiels de la protection.....	496
I. L'aspect objectif de la protection	497
A. L'institution du droit de réservation limité dans son existence.....	497

1)	Identifier la source, l'objet et le titulaire du droit de réservation	497
a.	La source et le fait générateur du droit	497
b.	L'objet du droit de réservation et la condition de protection	500
c.	L'investisseur titulaire du droit	512
2)	Déterminer la nature, la portée et la composition du droit de réservation 513	
a.	La nature et portée du droit	514
b.	Le contenu du droit	515
c.	La durée du droit	517
d.	La sanction de l'atteinte au droit	519
B.	La mise en œuvre du droit de réservation limité dans son exercice	521
1)	L'obligation d'exploiter et de respecter le cadre de la fonction du droit... 522	
a.	Une obligation d'exploitation assortie de sanctions utiles	522
b.	Une sanction de l'exercice antisocial du droit	524
2)	L'institution d'exceptions au respect du droit.....	526
a.	Dispenser les tiers du respect des droits	527
b.	Limiter l'effet de la dispense à l'égard du titulaire	529
II.	L'aspect subjectif de la protection.....	531
A.	Définir des règles de titularité du droit de réservation sur un résultat d'investissements combinés	533
1)	Un principe de titularité favorable à l'investisseur économique.....	533
2)	Des mesures correctives favorables à l'investisseur intellectuel	538
B.	Déterminer le régime de répartition des suites de l'opération d'investissement	543
1)	Le partage du retour sur investissement.....	543
2)	La charge du non-retour sur investissement	545
	Section 2 - Les aspects formels de la protection prospective.....	547
I.	L'organisation du code	549
A.	Réorganiser le contenu du Code de la propriété intellectuelle	550
1)	La nécessité de réorganiser le Code de la propriété intellectuelle	550
a.	Une organisation non satisfaisante en l'état	550
b.	Les enjeux d'une réorganisation	552
2)	Les pistes de réorganisation du Code de la propriété intellectuelle	553
a.	Recherche d'unité et de cohérence du code par la logique finaliste....	553
b.	Remodelage de l'architecture du code par le réagencement des catégories.....	555
B.	Organiser le contenu d'un nouveau code	558
1)	Définir l'architecture du nouveau code.....	559

2) L’insertion de dispositions directrices	562
II. Le nom du code	564
A. Renommer le Code de la propriété intellectuelle	565
1) L’opportunité de renommer le Code de la propriété intellectuelle	565
2) La recherche d’une appellation adéquate	566
B. Nommer le nouveau code	567
1) Une appellation du contenant en cohérence avec son contenu	567
2) Un Code de la protection des investissements immatériels	568
Conclusion du Chapitre 2	571
CONCLUSION DU TITRE II	573
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	575
CONCLUSION GÉNÉRALE	577
INDEX ALPHABÉTIQUE	583
BIBLIOGRAPHIE	593
I. Sources juridiques	595
A. Ouvrages généraux	595
1) Traités	595
2) Manuels	596
B. Ouvrages spéciaux	598
1) Monographies	598
2) Ouvrages collectifs	608
C. Articles et notes de jurisprudence	610
D. Rapports et publications en ligne	631
E. Jurisprudence	633
1) Jurisprudence européenne	633
2) Jurisprudence interne	636
II. Sources extra-juridiques	641
A. Ouvrages	641
B. Articles	643
TABLE DES MATIÈRES	647
RÉSUMÉ ET MOTS CLÉS	660

Résumé : La thèse porte sur les rapports entre l'investissement dans la conception d'objets immatériels et la propriété intellectuelle. Elle interroge la vocation du droit de la propriété intellectuelle à la protection d'un tel investissement. À l'examen du droit positif, il n'est pas aisé d'identifier une réponse claire à cette question. L'existence de la protection est incertaine, alors même que la technique employée est adéquate. Discutée, elle mérite d'être repensée. Son avenir dépend par ailleurs de son caractère souhaitable, et donc de sa légitimité. Aussi, pour être effective, la protection doit faire l'objet d'un choix politique de société. Proposant une lecture de la propriété intellectuelle sous l'angle de sa finalité de protection de l'investissement, l'étude est menée à l'appui de la construction d'un concept juridique d'investissements immatériels. Celle-ci permet de présenter le sujet et ses problématiques de façon renouvelée, afin de dépasser les difficultés. Le résultat de l'exercice de conceptualisation, conjugué à un exercice de classification juridique de la réalité, sert de base à un essai de reconstruction prospective du système juridique de la propriété intellectuelle. Les catégories, qualifications et régimes de ce dernier sont réaménagés, pour le faire évoluer en équilibre et cohérence, vers une fonction assumée de protection de l'investissement. L'enjeu est d'aboutir à un système de protection légitime, sécurisant et fidèle à la réalité et ses attentes.

Mots clés : Investissement – rentabilité – risque – propriété intellectuelle – propriété littéraire et artistique – propriété industrielle – système juridique – création – immatériel – protection – droit subjectif – réservation – titularité – valorisation – finalité – fonction – fondement – légitimité – équilibre – cohérence – sécurité – justice – utilité – intérêt général – incitation – efficacité économique – valeurs sociales – concept – catégorie – qualification – régime – Code de la propriété intellectuelle.

Investment and intellectual property

Abstract : The thesis focuses on the relationship between investment in the design of intangible objects and intellectual property. It questions the intellectual property law vocation to the protection of such an investment. On the positive law examination, it is not easy to identify a clear answer to this question. The existence of protection is uncertain, even though the technique employed is adequate. Discussed, it deserves to be rethought. Its future also depends on its desirability, and therefore on its legitimacy. Furthermore, in order to be effective, protection must be the subject of a societal political choice. Providing a discourse of the intellectual property from the perspective of its investment protection purpose, the study is conducted in support of the construction of a legal concept of intangible investments. The study allows to present the subject and its complexities in a new way, in order to overcome the difficulties. The result of the conceptualization exercise, combined with an exercise of legal classification of reality, serves as a basis for an attempt at prospective reconstruction of the legal system of intellectual property. The latter's categories, qualifications and regimes are rearranged, to ensure it evolves in balance and coherence, towards an assumed function of investment protection. The challenge is to achieve a legitimate protection system that is secure and faithful to reality and its expectations.

Keywords : Investment - profitability - risk - intellectual property - literary and artistic property - industrial property - legal system - creation - intangible - protection - subjective right - reservation - ownership - valuation - finality - function - foundation - legitimacy - balance - consistency - security - justice - utility - general interest - incentive - economic efficiency - social values - concept - category – qualification - Code of intellectual property.

Unité de recherche/Research unit : *Centre de Recherche Droits et Perspectives du Droit (CRDP) – L'Équipe de Recherches Appliquées au Droit Privé (L'ERADP)*, 1 place Déliot, 59000 Lille, crdp@univ-lille.fr, <https://crdp.univ-lille.fr/le-centre/presentation>
Ecole doctorale/Doctoral school : *Ecole doctorale des sciences juridiques, politiques et de gestion*, n° 74, 1 place Déliot, 59000 Lille, ecodoc.univ-lille2.fr, <http://edocentrale74.univ-lille2.fr>
Université/University : *Université Lille 2, Droit et Santé*, 42 rue Paul Duez, 59000 Lille, <http://www.univ-lille2.fr>